

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29 2017 137 01 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ROSA MELIDA ORTIZ ABRIL

DEMANDADO: PAR CAPRECOM – FIDUPREVISORA

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintinueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte actora de la parte actora.

ANTECEDENTES

El proceso estuvo encaminado a buscar la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1991 y hasta el 9 de mayo de 2016 y que la demandada no ha cumplido con los acuerdos convencionales. Como consecuencia de lo anterior, solicita se sirva declarar que los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2015 y 2016 por suspensión extraconvencional deberán ser cancelados por la demandada, como lo son reajustes de sueldos, primas de servicios, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, quinquenio, descanso especial o adicional, aportes educativos de los hijos, plan complementario actualizado y dotaciones extralegales, todos éstos de manera indexada, más las costas y los gastos el proceso. (fl.186 - 189)

HECHOS

1. Que fue vinculada a la demandada CAPRECOM mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajadora oficial desde el 27 de mayo de 1991 hasta el 9 de mayo de 2016, desempeñando el cargo de tecnólogo II y como último salario la suma de \$1.889.700,00.
2. Que durante toda su vida laboral, le realizaron descuentos con destino a la Organización Sindical "SINTRACAPRECOM".
3. Que el día 14 de noviembre de 1996, se suscribió una convención colectiva de trabajo.
4. Que el 12 de junio de 2003, CAPRECOM y la Organización Sindical, suscribieron un acta de acuerdo extraconvencional, en la que acordaron suspender algunos beneficios convencionales, sometiendo dicha suspensión a una condición suspensiva, condición que consistió en que se suspendería dichos beneficios en un principio por 10 años, sin embargo si la entidad se liquida o si se incumplían los acuerdos alcanzados por las partes, dicha acta no se aplicaría y se entendería que la suspensión no existió debiendo la entidad reconocer y pagar lo

generado por dicha suspensión a partir de la misma fecha en que se firmó el acta ya enunciada.

5. Que posteriormente en el año 2013, decidieron la prórroga de los derechos convencionales por 5 años más.

6. Que a partir del año 2015, se dispuso la liquidación total de la empresa.

7. Que para la terminación del vínculo se acogió al Plan Único de Retiro, por lo que se realizó un acuerdo conciliatorio.

8. Que por haberse decretado la liquidación de la empresa se reactivaron en su favor, todos los beneficios que habían sido suspendidos, a partir del 28 de diciembre de 2015.

9. Que los derechos que se reclaman, no fueron objeto de conciliación.

10. Que se elevó la reclamación administrativa en la que se solicitaban los conceptos reclamados, pero los mismos le fueron negados. (fl. 172-186).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada la demandada, ésta procedió a dar contestación, en la que se opone a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3, en relación con los demás señaló que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción y cosa juzgada. (fl. 282 - 299)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primer grado, en decisión de fecha 16 de septiembre de 2019, resolvió:

- 1. Absolver al patrimonio de remanentes caprecom liquidado administrado por fiduciaria la previsora s.a. fiduprevisora s.a. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Rosa Melida Ortiz Abril;*

2. Sin condena en costas;
3. De no ser apelada la presente sentencia, consultarse con el honorable tribunal superior de Bogotá, se notifica esta decisión en estrados.

La juez *a-quo* fundamentó la providencia señalando:

“En primer lugar, y en lo que tiene que ver con el vínculo laboral alegado, pues no hay discusión alguna, como quiera que el mismo quedó demostrado mediante las pruebas aportadas al proceso, entre otras, la certificación laboral que obra a folio 3 del plenario y que señala pues que la señora demandante estuvo vinculada a caprecom como trabajador oficial desde el 27 de mayo de 1991, en el cargo de tecnólogo 2 en regional Santander, hasta el 5 de septiembre de 2016, igualmente pues obra el acta de conciliación suscrita entre las partes el 5 del mes de mayo del 2016, mediante la cual se pone fin al vínculo laboral que unía a las partes. Sentado lo anterior, abordaremos el problema jurídico planteado, en primer lugar debe señalar el juzgado que se aportó documental mediante la cual se demuestra el agotamiento de la reclamación administrativa, así entonces pues establecido lo anterior, se abordará el problema jurídico planteado que consiste en determinar si en efecto hay lugar al pago de los beneficios extra convencionales que a juicio de la parte actora deben cancelarse a la demandante, esto en virtud de lo establecido en el acuerdo extra convencional suscrito entre las partes el 12 de junio de 2003, y que señalaba en su artículo 8 lo siguiente: “las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extra convencional y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación”.

Debe señalar en primer lugar que como quiera que se pretende la aplicación de unos beneficios de carácter extra convencional, es decir, la prueba de esos beneficios es la convención colectiva de trabajo suscrita entre las partes y esa convención debería hacer aportada al proceso con el correspondiente sello de depósito, recordemos que sobre este particular ya la jurisprudencia y la corte suprema de justicia se ha manifestado desde la misma época de la existencia casi del tribunal supremo y eso por ser una prueba solemne, debe aportarse al proceso la convención colectiva de la cual se pretendan derivar beneficios. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia lo siguiente, por ejemplo, la radicación 15120 del 16 de mayo de 2001, señaló lo siguiente: al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual si se le aducen el litigio del trabajo como fuentes del derecho, su acreditación no puede

hacerse sino alegando, puntos suspensivos, así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo. En la sentencia su 1185 de 2001, se señaló lo siguiente: “...En este contexto, se tiene que el artículo 469 del código sustantivo de trabajo consagra unas formalidades *ad substantiam actus* que resultan ser necesarias para acreditar la existencia de la convención colectiva, consistentes en que la misma se celebre por escrito y que una de las copias del documento sea depositada oportunamente ante la autoridad laboral, ministerio de trabajo y seguridad social, de manera que si se omite el cumplimiento de cualquiera de estos requisitos, la convención no está llamada a producir ningún efecto. Si la convención colectiva requiere como prueba de su existencia y validez del cumplimiento de formalidades *ad substantiam actus*, no es en ningún caso admisible que el juez laboral pueda acudir a otro medio de prueba diferente a la propia convención para establecer su verdadero alcance y poder obligacional. En realidad, el carácter solemne de la convención colectiva, sumado a su condición de fuente formal del derecho y a la imposibilidad de que ésta pueda acreditarse por otro medio de prueba, impide que el valor jurídico de esa institución pueda determinarse por la vía de la incorporación de nuevos elementos normativos, del todo ajenos a lo expresado puntualmente en sus disposiciones o cláusulas contractuales. En este sentido, la sala de casación laboral de la corte suprema ha sostenido que: “...La prueba de un acto solemne no puede ser sustituida por otra, así lo manda el código procesal del trabajo en su artículo 61, en armonía con esa previsión legal, el mismo estatuto en su artículo 87, inciso del numeral 1, ve error de derecho cuando el juzgador pretermite la prohibición establecida en la norma primeramente citada...” igualmente recordemos que el artículo 60 del código procesal del trabajo y la seguridad social señala que el juez al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo y también sobre lo mismo se ha pronunciado la honorable corte suprema de justicia, por ejemplo, en sentencia sl13682 de 2016, radicación número 44786, acta número 27, se dijo: “...cabe recordar que de conformidad con el artículo 60 del código procesal del trabajo y la seguridad social, el juez al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo, de aquí como lo prevé la citada normativa, al llegar a tiempo las probanzas implica que las partes las aporten dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieren sido solicitadas como prueba y decretadas como tal; por consiguiente, los documentos que no son incorporados debidamente resultan inoponibles, no siendo viable que de manera desprevenida los litigantes aporten cualquier prueba en estas condiciones para que se les imparta valor probatorio y se tenga en cuenta la decisión de fondo. Sobre este puntual tema de la aportación de pruebas en tiempo y en legal forma, en

sentencia de la corte suprema de justicia, sala laboral, 30 de marzo de 2006, radicación 263336 que fue reiterada en decisiones sala laboral 12 de noviembre de igual año, radicación 34267, sala laboral 5620 de 2016, 27 de abril de 2016, radicación 46209 se dijo: “los jueces están obligados a proferir su decisión apoyados únicamente en las pruebas que regular y oportunamente se han allegado al proceso de acuerdo con lo previsto en el artículo 174 del código de procedimiento civil, y a su vez para que una prueba pueda ser apreciada deberá conforme lo enseña el artículo 183 ibidem. Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 60 del código procesal del trabajo y la seguridad social que reza: así las cosas, importa destacar que una prueba es inexistente o más bien inoponible en la medida que no sea debidamente incorporada al proceso, esto es, de manera regular y en tiempo, dado que no basta con que una de las partes en forma desprevenida o extemporánea la hubiera allegado y que como consecuencia de ello obre en el expediente para que el juzgador pueda válidamente considerarla e impartirle valor probatorio al momento de proferir la decisión de fondo, pues en estos casos se requiere del pronunciamiento previo del juez de conocimiento en relación a su aportación a efecto de cumplir los citados principios y por ende con el debido proceso, al tenor del artículo 29 de la carta mayor...” El despacho trae a colación lo anterior en razón a que las documentales aportadas al proceso, es decir, la convención colectiva de la cual se pretende derivar los beneficios convencionales que, según la tesis de la parte actora, pues revivieron una vez se decidió liquidar caprecom fueron aportadas al proceso a folios 95 y siguientes, sin el correspondiente sello de depósito, lo que significa que no tienen a juicio de lo ya señalado, ningún valor probatorio en el presente proceso. Recordemos que en audiencia celebrada con posterioridad, sin embargo se aportaron de manera extemporánea y en audiencia celebrada, en la audiencia de conciliación el de 3 de agosto de 2018, tal como obra a folios 330 y 331, el juzgado señaló que las documentales aportadas por el apoderado de la demandante no serían tenidas en cuenta por presentarse con posterioridad a la presentación de la demanda y reforma de la demanda, sobre ese auto pues no se dijo nada, quedó en firme encontrando el despacho que en efecto pues las convenciones colectivas aportadas al proceso en su momento pues no tienen el valor probatorio que se requiere para definir la presente litis, en razón a que no contienen el sello de deposito y tampoco en documental posterior emanada del ministerio de trabajo que señale o no se aportó documental que señale que dichas convenciones fueron depositadas. Recordemos que con la evolución de la jurisprudencia, pues inicialmente únicamente tenían validez las copias de la convención con el sello de depósito, sin embargo la jurisprudencia ha variado y ha señalado que una prueba puede ser esa certificación del ministerio, donde señale que dichas convenciones fueron aportadas, así entonces, el despacho encuentra que el juzgado considerase que efectivamente al momento de indicarse que se liquidase caprecom pues cobraba vigencia los derechos suspendidos, pues no

habría lugar a su reconocimiento en el sentido de que no fue aportada la convención colectiva con el sello de depósito que consagra tales beneficios.

No obstante lo anterior, debe señalar el juzgado que de acuerdo con las pruebas aportadas pues aunque digamos no podríamos reconocerlos porque en gracia de discusión si se estableciera que dichos beneficios recobran vigencia por dos razones. En primer lugar, considera el juzgado que ese acuerdo, esa cláusula extra convencional, ese numeral 8 de ese acuerdo extra convencional de alguna manera no obliga a la entidad demandada y al sindicato por una razón, recordemos que dice en los términos que se termine por parte del gobierno su fusión o liquidación, porque de alguna manera la convención colectiva como bien lo señalaron en los alegatos de conclusión la parte actora, es ley para las partes, es decir, en ese caso sería para caprecom y para la organización sindical, pero recordemos que aquí se está también haciendo extensivo ese acuerdo a una decisión que tome el gobierno nacional, como fue la de con posterioridad liquidar la entidad, es decir, que de alguna manera para que atara al gobierno nacional se necesitaría a juicio del despacho y así someramente que el gobierno hubiera avalado ese acuerdo extra convencional porque no se puede, digamos, incluir a un tercero para posteriormente derivar unas consecuencias de la decisión de un tercero cuando, inicialmente no se ha vinculado, digamos, a esa decisión. En este caso, así de manera general porque como el juzgado lo señala, aunque considerásemos que se deben aplicar, no habría lugar a condenar, precisamente porque no se aportó la prueba de la convención colectiva de trabajo, sin embargo el despacho considera que la interpretación que esta cláusula carecería de efecto, en razón que la decisión de liquidar precisamente caprecom es el gobierno nacional y por un acta extra convencional suscrita entre el sindicato y la organización sindical que es ley para las partes, no se podría obligar al gobierno nacional atar esa decisión extra convencional a una decisión del gobierno nacional.

Por otra parte, el despacho revisando el articulado que se pretende dar aplicación encuentra tal y como lo señalaba la apoderada de la parte demandada que son beneficios que se aplicaban en el desarrollo del contrato laboral, como eran por ejemplo las dotaciones, la prevención del sida, la vacunación de la hepatitis B, la nutrición infantil, bonificación por recreación, guardería, dotación de libros, aportes educativos, se reconocían durante el desarrollo del vínculo laboral o por demás debían haberse aportado pruebas que demostrasen que en desarrollo de ese vínculo laboral, por ejemplo, se tuvo derecho a guardería, a dotación de libros y demás beneficios, sin embargo en este caso no se aportó, y en conclusión aunque se hubiese demostrado que eran exigibles estos derechos y no existe la prueba, ósea no se aportó la convención colectiva de la cual emanan los mismos con el sello de depósito, recordemos que de no aportarse con esta solemnidad, pues no debe ser tenido en cuenta,

así es que el despacho absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y esto por lo ya expuesto. En mérito y razón de lo expuesto, el juzgado 29 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve..”

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

“Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la presente sentencia que acaba de dictar y la sustentaré en los siguientes términos: como primera medida, nos permitimos informar que las normas aplicables en esencia son normas internacionales como lo son el convenio 98 con relación a la negociación colectiva, artículo 55 constitucional, así como el artículo 467 del código sustantivo de trabajo, a que se refiere que la convención colectiva la cual tiene que ver con el mecanismo documento celebrado entre empleadores y sindicato de trabajadores para fijar condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. Igualmente me permito referirme a los acuerdos de carácter extra convencional bajo la jurisprudencia de años anteriores, como es la sentencia sl548 de 2019, sl2105 de 2015, 39744 de 2012, 32347 de 2018, la corte suprema de justicia en estas sentencias explica que debe distinguirse en estos acuerdos entre los de carácter aclaratorio y los de carácter modificatorio, siendo extra convencionales para precisar que los de carácter modificatorio bajo algunos requisitos siempre y cuando mejoren las condiciones pactadas en la convención, en tanto nada impide a los trabajadores y sus representantes en caso de ser sindicalizados, parte con sus empleadores prerrogativas superiores a las legales o convencionalmente establecidas. En esencia en esta sentencia del 2019, se recuerda la sentencia del 2012 que indica que nada se opone a que los trabajadores por sí mismos, representados por el sindicato, celebren estos acuerdos con empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y no puede haber oposición cuando con ello se superen los mínimos derechos legales e incluso los de carácter convencional. De igual manera, su señoría, no puede estar por encima derechos irrenunciables, máxime cuando se trate de derechos totalmente ciertos e indiscutibles como ocurre en el presente caso, donde se está discutiendo ajustes salariales, ajustes de planes complementarios de salud, reconocido con el derecho constitucional y una serie de primas, cesantías que si bien es cierto como lo comenta la apoderada de la entidad, dotaciones finalmente pues no era el momento para allegarlos pero hay que reconocer primas, reliquidación de cesantías, cosas que de alguna manera debieron reconocerse en dinero o en especie. Por otra parte, señoría, no hubo oposición de parte de la demandada sobre la convención colectiva que se aporta sin el sello de depósito. De igual

manera su señoría, y para segunda instancia allegaré, mientras se solicita la convención colectiva, con el sello de depósito y es así su señoría que no puede estar por encima derechos adquiridos sobre, pasar por encima de todos estos derechos adquiridos por el sello de depósito de la convención colectiva y de igual manera con el principio de favorabilidad de todos los operarios y sindicales que suscribieron este plan complementario y que de alguna u otra manera fueron objetos de una cortina de humo, planteada por CAPRECOM e ISS durante todo este tiempo y en el 2013 volver a prorrogar por 5 años otra vez la convención colectiva, enmascarando así una situación que a todas luces se puede ver que finalmente el plan era dejar derechos vulnerables a todos sus trabajadores. Muchas gracias, señoría...”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en el recurso, encontrando como puntos de reproche: i) Establecer la aplicación de la convención colectiva en el presente caso y ii) Establecer si la actora tiene derecho a los beneficios convencionales que reclama.

Así las cosas, se encuentra que se acreditó en el presente proceso que la demandante estuvo vinculada a CAPRECOM como trabajadora oficial, desde el pasado 27 de mayo de 1991, en el cargo de tecnólogo 2 en regional Santander y hasta el 5 de septiembre de 2016, circunstancias que se corroboran con la copia del acta de conciliación suscrita entre las partes el 5 del mes de mayo del 2016 y la certificación visible a folio 3 del plenario.

Ahora bien, en el presente proceso, la Juez de Primera Instancia, indicó que no era posible abordar el estudio del texto convencional, ya que el mismo había sido allegado al plenario sin la respectiva constancia de depósito, requisito indispensable para al fin.

Así mismo, la parte actora señala, en síntesis, que lo pretendido, son derechos adquiridos e irrenunciables y que además, “no hubo oposición

de parte de la demandada sobre la convención colectiva que se aporta sin el sello de depósito”, por lo que los mismos, deben ser reconocidos.

En relación con este aspecto, conviene señalar que, al contestar la pasiva señaló: *“es de anotar que de los pronunciamientos expuestos por el demandante y de los documentos aportados a la misma se infiere que es cierto que se suscribió un Acuerdo extra Convencional suspendiendo una serie de derechos convencionales, por el término de 10 años. No obstante, lo anterior, en ningún aparte se estipuló, que tenía efectos retroactivos.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede establecer que la demandada no desconoce la existencia de la convención colectiva ni mucho menos, el Acuerdo Extra convencional, lo que señala es que en el mismo se establecieron efectos retroactivos, luego no hay duda ni de la existencia ni de la validez del mismo, siendo claro que cuando ello no se discute no es posible acudir a que no existe constancia de depósito, pues la validez y efectos del mismo fueron expresamente aceptados, quedando el asunto fuera del debate tal y como ha señalado la Corte suprema de justicia en reiteradas sentencias, siendo una de las más recientes la SL1621-2019 Rad 58164 de mayo 8 2019, MP FERNANDO CASTILLO CADENA, en donde se expresó:

“(…)

***Pero lo más importante** que hay que destacar es que las reglas de aportación y valoración probatoria que se acaban de relacionar operan frente a **hechos controversiales** del proceso, es decir, sobre los cuales las partes no han coincidido, sobre los que no están de acuerdo, mas no en los que no ofrecen discrepancia, como ocurre en el caso que aquí se analiza.*

*Basta así recordar que, como se dejó plasmado en esta providencia a la hora de hacer el recuento de los antecedentes del litigio, Ecopetrol S.A. al contestar el escrito inicial de la contienda **no desconoció la existencia de la convención colectiva** que a su favor invocó el demandante **e incluso tampoco tuvo reparo en el texto de la cláusula 109**, veneno de la pensión, pues aceptó su validez y existencia, la defensa se fundó exclusivamente en que la interpretación*

que de dicho artículo hacía el actor, no era la correcta, pero jamás en que aquella no existiera ni tampoco en que careciera de validez.

De igual forma, y dado que los ataques se dirigen por el sendero de puro derecho, no existe discrepancia alguna en que para ECOPETROL no hubo duda acerca de que el acuerdo convencional se le aplicaba a Palenque Mariño, tampoco sobre su vigencia y validez, ni del contenido de su artículo 109, al que aquel acudía para reclamar la pensión, pues al dar respuesta a la reclamación administrativa incoada por el demandante (folios 26 y 27), al acordar una conciliación extra judicial para resolver una contienda diferente a la que aquí se resuelve (folio 47) y en los alegatos de conclusión, **la empresa palmariamente aceptó esos pilares**, aunque adujo que la interpretación que hacía la parte actora de la cláusula convencional no era la correcta.

Textualmente en la última de las documentales señaladas dijo la demandada:

“el demandante no cumple con lo establecido en el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente, el cual establece. “...la empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicita de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengado en el último año de servicio, a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado sus servicios por veinte años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado sus servicios por más de veinte (20) años reúnan setenta y cinco (75) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto” (folio 513).

Llegados a este punto del sendero, se impone traer a colación lo sostenido por esta Sala, precisamente en un asunto de similares contornos, en sentencia SL, del 20 de abr. 2010, rad. 35963, se dijo:

Es indiscutible que en la contestación de la demanda la sociedad Avianca S. A. no puso en duda la existencia de la cláusula convencional que le sirvió al Tribunal para imponer el reintegro del demandante. Su defensa jamás se fincó en la supuesta inexistencia de la referida cláusula (...)

El argumento esencial y básico de la defensa radicó en que, según su propia interpretación del precepto contractual, el actor no tenía derecho al restablecimiento de su contrato de trabajo. Es decir que

lo que alegó la parte demandada fue sobre los alcances de la disposición convencional, más nunca sobre su invalidez.

Lo anterior suponía que ese tema había quedado por fuera del marco procesal, por lo que pretender a través del recurso extraordinario invalidar la sentencia planteando ahora un supuesto error de derecho que apuntaba a la destrucción de la fuente normativa del derecho controvertido, no deja de ser una actuación que riñe con los principios de la buena fe y de la lealtad procesal que se debe observar en los procesos (resaltado y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, lo que se evidencia es al menos una falta de lealtad procesal con la parte actora y con la administración de justicia, ya que no tiene soporte jurídico, fáctico ni lógico el desconocimiento del acuerdo convencional del que se sabía su contenido, existencia y validez, al punto que la llamada a juicio en varias piezas procesales la replicó textualmente.

El comportamiento procesal de la aquí demandada se ha protagonizado en otros procesos, y la Sala ha tenido la oportunidad de reprocharlo en los siguientes términos:

Por lo anterior no resulta viable que en este escenario casacional la empresa aspire a debatir un punto que no fue controvertido ni cuestionado en las instancias por las partes; sobre comportamientos como el reseñado, la Sala ha sostenido que si los litigantes aceptan la existencia de la convención colectiva, ello implica que tal aspecto queda por fuera de la cuestión litigiosa, como se dijo por ejemplo en las sentencias CSJ, SL660-2015, 28 ene. 2015, rad. 45333, CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 37572, y la CSJ SL, 28 jul. 1998 rad.10475, esta última en la que se precisó:

Resulta evidente entonces que las partes no desconocieron la existencia y eficacia de los pactos colectivos que rigieron sus relaciones de trabajo, por lo que este hecho no era materia del litigio, quedando sujeto a prueba únicamente cuáles de los beneficios extralegales allí consagrados le fueron reconocidos al demandante.

Al respecto es pertinente traer a colación el criterio de la Corte reafirmado en sentencia de 4 de junio de 1998 (Rad. 10658), que

resulta enteramente aplicable al caso. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

"...conviene reiterar que en principio la existencia de la convención colectiva debe acreditarse en el proceso mediante la aportación de su texto auténtico con la respectiva constancia de depósito oportuno, a menos que el tema esté fuera de toda cuestión litigiosa porque las partes coincidan en reconocer la vigencia de un determinado acuerdo convencional..."

Si bien el criterio jurisprudencial se refiere específicamente al caso del reconocimiento por las partes de la vigencia de una convención colectiva, igual cabe decir cuando se trata de pactos colectivos cuya existencia y vigencia no son materia de discusión, por haberlos reconocido expresamente los litigantes. (Sentencia SL20748 – 2017, 6 dic.2017, rad.48909)"

Teniendo en cuenta el anterior, criterio jurisprudencial, no puede la Juez de primer grado, sustraerse del estudio de las pretensiones de la demanda, so pretexto, de la falta de la constancia de depósito, ya que, en el presente caso, no fue objeto de discusión, la existencia y vigencia de la convención colectiva ni del Acuerdo extra convencional.

Superado este aspecto, procede la Sala al estudio de las pretensiones de la demanda, encontrando que mediante acuerdo extraconvencional suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003 (fl.- 406 – 408), prorrogado el 7 de junio de 2013 (fl.- 395 – 401), las partes acordaron la suspensión de algunos beneficios convencionales contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 (fl.- 96 - 127); Que mediante el Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 se ordenó la supresión y liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", EICE; y que, como ya se indicó, la demandante y CAPRECOM EICE en liquidación suscribieron acta de conciliación No. 1522 del 5 de mayo de 2016, a través de la cual, la

trabajadora se acogió al Plan Único de Retiro Consensuado que le ofreció la entidad, y se conciliaron los derechos inciertos y discutibles. (fl.- 4-10).

En este orden de ideas, es necesario establecer si como consecuencia de la liquidación de CAPRECOM EICE en el año 2015, se reactivó el pago, de forma retroactiva de los beneficios convencionales suspendidos mediante el acuerdo extraconvencional firmado en el año 2003, prorrogado en el año 2013, y por ello, le asiste derecho al actor al reconocimiento de los beneficios dejados de percibir, en este caso puntual el Plan de Salud Complementario, al cual fue condenado la demandada.

Así las cosas, para resolver lo anterior, se debe advertir que el Acuerdo suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 23 de junio del 2003 dispuso la suspensión, por un término inicial de 10 años, de los siguientes beneficios contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo: dotación, auxilio de transporte, descanso especial o dominical, prevención del SIDA, vacunación contra la Hepatitis B, nutrición infantil, guardería, dotación de libros y aportes educativos. De igual manera, se acordó que en caso de que se decretara aumento salarial por el gobierno nacional, sólo se incrementaría para el año 2003 a los funcionarios que devengaban \$750.000 y sólo a partir de la fecha de expedición del Decreto, en los años subsiguientes conforme al IPC establecido por el gobierno nacional. Lo anterior, a fin de conseguir la viabilización de la entidad, dada la crisis económica en la que ésta se encontraba, advirtiéndose en el numeral 8 de este texto que *“en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación”* (ver folio 73).

Mediante Acuerdo Extraconvencional suscrito entre las mismas partes el 7 de junio de 2013, se decidió la ampliación de la vigencia del anterior Acuerdo por 5 años más, a excepción de algunas modificaciones que se

introdujeron como la de establecer un incremento salarial y la de reactivar el pago del beneficio convencional contenido en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, denominado descanso especial o adicional. En este Acuerdo se reprodujo el texto contenido en el numeral 8 del Acuerdo suscrito el 23 de junio de año 2003 antes transcrito.

Así las cosas, es claro que estos Acuerdos extraconvencionales establecieron una condición suspensiva, según la cual, el NO reconocimiento de los beneficios convencionales cesaría con la apertura del proceso liquidatorio de la entidad, lo que sucedió con el Decreto 2519 del 28 de diciembre del 2015, por lo que solo a partir de dicha data se hicieron exigibles los derechos, sin que se pueda pretender como lo hace la parte actora, el reconocimiento de los mismos de manera retroactiva.

Así las cosas, la Sala considera que, si bien dichos Acuerdos extraconvencionales perdieron su aplicabilidad por la liquidación de CAPRECOM, lo cierto es que ello no implica el reconocimiento retroactivo de los beneficios que se encontraban suspendidos, pues así no se acordó en dichos textos. Tales beneficios solo se hicieron exigibles a partir de la liquidación (28 de diciembre del 2015). De todas formas y ante cualquier interpretación en contrario, se debe recordar que *“por mandato categórico del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, las disposiciones legales de trabajo, y también las de la seguridad social, carecen de efecto retroactivo y, por tanto, no tienen virtud para disciplinar situaciones jurídicas definidas o consumadas al amparo de leyes anterior”* (sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado No. 40438, del 2 de mayo de 2012), o como sucede en el presente caso, al amparo de normas convencionales cuya vigencia fue suspendida por la manifestación de voluntad de la empresa y el sindicato.

Finalmente es necesario señalar, que en el presente caso, entre las partes se suscribió un acta de conciliación de fecha 5 de mayo de 2016, en el que señalan de manera expresa, que ante la liquidación de CAPRECOM,

se reactivaron en favor de los trabajadores, los beneficios que habían sido suspendidos mediante acuerdos extra convencionales; que dichos beneficios, esto es, los que fueron suspendidos, quedan por fuera del acuerdo conciliatorio.

Así las cosas, esta Sala encuentra que los beneficios causados con posterioridad a la liquidación de CAPRECOM y hasta la terminación del vínculo, se encuentran cobijados por la conciliación efectuada entre la parte actora y a extinta CAPRECOM, ya que se dejó expresa constancia, que con ella, se conciliaban la totalidad de los derechos legales, salarios y prestaciones sociales y convencionales y se itera, la única excepción que se dejó plasmada, fue sobre los derechos convencionales causados desde el año 2003 y hasta la liquidación de CAPRECOM, que como ya se indicó anteriormente, se encontraban suspendidos, sin que se pueda dar lugar al pago de los mismos de manera retroactiva.

Por todo lo anterior, se habrá de confirmar la sentencia objeto de alzada, la cual absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, por lo aquí expuesto.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 27-2017-446-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: EDITORA GEMINIS SAS

DEMANDADO: MILTON ARIEL FORERO

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día nueve (09) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), en cuya virtud se declaró probada la excepción de cosa juzgada y se ordenó seguir el proceso únicamente frente a la demanda de reconvención presentada por el demandado. (fl 321)

HECHOS

La sociedad **EDITORA GEMINIS SAS**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra del señor MILTON ARIEL FORERO para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que este último no goza de estabilidad laboral reforzada y que por tanto la empresa puede terminar el contrato de trabajo. (fls 3 al 10).

La Juez 27 laboral del Circuito aceptó la excepción previa propuesta y en consecuencia ordenó seguir solo con la demanda de reconvención afirmando

en síntesis:”...Se procede a resolver las excepciones previas de cosa juzgada y falta de competencia del juzgador, formuladas por la parte demandada. Propuso la parte demandada la excepción previa de cosa juzgada, bajo el argumento que el señor MILTON ARIEL FORERO, inició acción de tutela en contra de la empresa editora Géminis S.A.S, a efectos de que se protegieran los derechos fundamentales transgredidos por la misma, dicha acción curso en primera instancia en el juzgado 62 penal municipal con función de control de garantías, el cual amparo de manera transitoria el derecho fundamental del señor ARIEL FORERO ordenando a la empresa accionada su reintegro y exhortó al trabajador para que acudiera la jurisdicción competente en el término de cuatro meses siguientes a la notificación de esta sentencia.

Impugnado el fallo de tutela, el Juzgado Quinto Penal del Circuito para adolescentes con función de conocimiento en Segunda Instancia, confirmó el fallo de tutela proferido por el a quo y modificó el numeral primero, en el sentido de tutelar el derecho fundamental del señor ARIEL FORERO advirtiéndole que lo dispuesto en esa sentencia hace tránsito a cosa juzgada y resuelve de manera definitiva la controversia, por lo que lo ordenado no está condicionado, razón por la cual solicita el demandado que se declare probada la excepción propuesta.

Lo primero a indicar es que en aras de garantizar el principio de economía procesal, el artículo 32 del código procesal del trabajo y de la seguridad social permite la interposición de la excepción de cosa juzgada, siendo una excepción de fondo, para que se resuelva como excepción previa, es decir, justamente en esta etapa del proceso sin que esta excepción pierda su carácter de ser de fondo en la medida que ataca las pretensiones de la demanda, definido lo anterior entonces para efectos de resolver la excepción previa formulada el despacho tiene en cuenta las siguientes premisas de carácter fáctico; el señor MILTON ARIEL FORERO instauró acción de tutela en contra de la empresa editorial Géminis S. A. S, en la que solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el mínimo vital y al debido proceso, y se ordene a la accionada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando a uno de igual o superior jerarquía, así como el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir y al pago de la sanción del artículo 26 de la ley 361 de 1997, **acción constitucional que conoció el juzgado 62 penal municipal con función de control de garantías, bajo el número 2017 037 que mediante sentencia de tutela del 6 de abril de 2017 resolvió lo siguiente;**

Primero, tutelar como mecanismo transitorio los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada, del señor Milton Ariel Forero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

Segundo, ordenar a la empresa editorial Géminis a reintegrar laboralmente al señor Milton Ariel Forero, en el término prorrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo en un cargo igual o similar al que venía desempeñando, sin que se le puedan desmejorar sus condiciones laborales y acorde las recomendaciones médicas y laborales, así mismo, al pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y los salarios dejados de percibir desde el momento que terminó la relación laboral y hasta que se efectuó el reintegro, así como las prestaciones sociales a que tuvo derecho el trabajador en ese mismo período sin solución de continuidad y enviar los documentos solicitados por la EPS el día 11 de noviembre 2016 para qué y así el actor pueda ser valorado por medicina laboral, para el reconocimiento de las sumas adeudadas la entidad

podrá descontar los valores que fueron reconocidos al trabajador como la liquidación, sin afectar su derecho fundamental al mínimo vital.

Tercero, exhortar al Señor MILTON ARIEL FORERO para que, en el término máximo de 4 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, acuda a la jurisdicción competente a fin de iniciar las acciones legales pertinentes con ocasión de la terminación de la relación laboral, so pena de que cesen los efectos del numeral segundo de la presente acción. (folio 74 al 79 del expediente).

El juzgado Quinto Penal del Circuito para adolescentes con función de conocimiento al resolver la impugnación interpuesta por la empresa accionada mediante sentencia del 16 de mayo 2017 indicó en la parte considerativa que se acreditó con la prueba documental cómo son incapacidades médicas, citas, prescripción de medicamentos, recomendaciones, terapias, etc. que inicialmente se le diagnosticó a la accionante hernia umbilical y posteriormente hipoacusia neurosensorial posiblemente de origen laboral, igualmente la empresa empleadora tenía conocimiento de dichos padecimientos y del trámite que se había adelantado por parte de Medicina laboral por cuanto el trabajador reportó las respectivas incapacidades y resolvió primero, **confirmar el numeral primero de la parte resolutive del fallo de tutela fechado el 6 de abril de 2017 emitido por el juzgado 62 penal municipal para adolescentes con función de control de garantías de Bogotá, en cuanto tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y estabilidad laboral reforzada al Señor Milton Ariel forero y modificar el mismo numeral en el sentido que el mecanismo constitucional procede de manera definitiva y no transitoria.** Segundo, revocar el numeral tercero de la parte resolutive del fallo. Tercero, confirmar en los restantes la parte resolutive del fallo materia de impugnación tratado 6 de abril de 2017. Cuarto, advertir a la empresa editorial Géminis que en adelante debe abstenerse de adelantar cualquier retaliación o acción en contra del ciudadano Milton Ariel forero colocación a su limitación física o esta solicitud da amparo constitucional impetrada, so pena de incurrir en desacato de este fallo con las consecuencias de orden de las que ello conlleva. Quinto, advertir a la accionada y al accionante que lo dispuesto en esta sentencia hace tránsito a cosa juzgada y resuelve de manera definitiva la controversia suscitada en razón a ello el cumplimiento de lo ordenado no está condicionado la interpretación de ningún recurso o procesos judiciales, (folios 79 al 91 del plenario).

La empresa demandante Editora Géminis SAS. solicitó en este proceso ordinario laboral de primera instancia que se declara que el señor MILTON ARIEL FORERO no goza de estabilidad laboral reforzada alguna, pues al encontrarse con una limitación en su capacidad laboral debidamente calificada y como consecuencia se declara que la empresa demandante tiene la facultad legal de dar por terminado el contrato de trabajo del demandado, fundamento sus pretensiones en que la hipoacusia moderada que señala parecer el señor MILTON ARIEL FORERO no es una enfermedad crónica catastrófica o grave que afecte la capacidad laboral y que a la fecha le demandado no ha sido calificado con pérdida de la capacidad ocupacional igual o superior al 15%.

Como premisa normativa tenemos la sentencia SL15.882 del 20 de septiembre 2017 de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, proferida con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que la alta corporación indicó lo siguiente, "En estos términos

el recurrente no tiene razón en su argumento pues también existe la posibilidad de conseguir un amparo de manera definitiva, lo cual debe ser objeto de análisis por el juez de tutela en cada caso, ahora bien, el juicio de procedibilidad que se esboce al respecto, es un elemento constitutivo e inescindible del fallo que por tanto hace tránsito a cosa juzgada, dicho de otro modo, la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva corresponde al juez constitucional y tal determinación es un aspecto que se dilucida en la sentencia de tutela, otra precisión, la cosa juzgada constitucional derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los iusfundamentales se proyecta sobre el proceso ordinario en efecto si es del prisma la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal que hoy se redimensiona e integran un plano constitucional, la protección no tiene cabida, la coherencia sistema jurídico se aseguran la medida en que cada uno de los enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptará que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene, hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y por consiguiente debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos, no transitorios impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional, de esta manera el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos, ambos interactúan en un mismo universo jurídico y por tanto no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela puedan ser recibidas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que esté actúa en un mundo extraño al imperio de la constitución, ambos jueces, constitucional y ordinario se repite, operan en un mismo orden jurídico y en esa medida la posibilidad planteada por el recurrente que la justicia ordinaria puede modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional raya con la coherencia normativa que caracteriza a los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un estado constitucional de derecho". **Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, observa el despacho que lo pretendido por la empresa demandada en este proceso ordinario laboral ya fue objeto de análisis por la jurisdicción constitucional en cabeza de los juzgados 62 penal municipal con función de control de garantías y 5 penal del circuito para adolescentes con función de conocimiento, dónde fueron amparados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada del señor MILTON ARIEL FORERO de manera definitiva y no transitoria y si bien es cierto en el caso que nos ocupa, es la empresa a la que demanda al trabajador, la finalidad de este proceso ordinario laboral es que se revisa el plano legal la estabilidad laboral reforzada y se reverse la decisión del juez de tutela que decidió amparar los derechos fundamentales en forma definitiva.**

Por lo anterior, en los términos de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que acaba de ser señalada el fallo de tutela hizo tránsito a cosa juzgada, por lo que analizar o decidir nuevamente sobre el petitum de la demanda atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y el carácter de cosa juzgada de las sentencias que profiere la jurisdicción constitucional al amparar de manera definitiva el derecho constitucional invocado. En consecuencia, se declara probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada y como quiera que el señor MILTON ARIEL FORERO presentó demanda de reconvención se

continúa el proceso únicamente respecto de la demanda de reconvención, la anterior decisión queda notificada en estrados.

Inconforme con esta decisión la parte actora interpuso recurso afirmando. "...De manera respetuosa me permitiendo interponer recurso de apelación en contra de la decisión que usted acaba de adoptar, recurso que sustentó de la siguiente manera. Como se ha indicado en el escrito de demanda no se desconoce cuál fue el objeto de la pretensión o de la protección realizada por los juzgados de primera y segunda instancia a favor del señor Milton Forero. **Sin embargo, el objeto del proceso está encaminado precisamente a definir la arbitrariedad que fue determinada por el juez de segunda instancia al modificar sin razonamientos ni justificación alguna la existencia de una protección y permanente no transitoria y la jurisprudencia** también de la corte suprema de justicia ha indicado que no cualquier circunstancia médica o situación de salud es incapacitante o que ubica a el trabajador en un estado especial de protección constitucional o legal. Acá lo que se observa y es lo que se pretende probar a través de este proceso es que el señor Milton Forero es una persona que no tiene calificación de pérdida de capacidad laboral, que por el hecho de que le hayan dicho que es una hipoacusia moderada o leve, ello no lo imposibilita para prestar sus servicios, tanto así, que hoy lo vemos en esta diligencia perfectamente atendiendo el requerimiento del despacho y desarrollándose totalmente capaz en todas sus manifestaciones, no ha emitido manifestación alguna de que no escucho que no atiende o que no entiende lo que se le dice, por el contrario pues es una persona que ha estado desarrollando medianamente algunas funciones y eso lo que se pretende probar dentro de este proceso que el señor MILTON FORERO no es una persona especial protección y que las consideraciones realizadas por el juez de segunda instancia que modificó el fallo, no son acordes a la realidad procesal y probatoria que gobierna el tema, y el artículo 26 de la ley 361 del año 97, indica que las personas que son sujetos de especial protección deben presentar un estado de incapacidad o discapacidad circunstancia que no se presenta por parte del señor Milton Ariel forero. Adicionalmente y como ataque directo de la decisión adoptada solicitó tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia SL 13657 del año 2015 con ponencia el doctor Rigoberto Echeverri Bueno, en donde se indicó parafraseando que las decisiones constitucionales de tutela no atan, ni obliga a la justicia ordinaria laboral, no tienen carácter erga omnes y que por tal razón pueden ser revisadas o apartándose respetuosamente de lo expuesto en la decisión que usted ha proferido señora juez por qué es que no se puede y reitero y con esto finalizó mi recurso, la sustentación de recurso mantener a una persona con una protección de la cual no es beneficiario de manera permanente, porque así se demuestra con la prueba documental que se presentó y que ni siquiera él mismo demandante en reconvención ha presentado calificación de pérdida de capacidad laboral. Bajo esos argumentos solicitó de al honorable tribunal en su sala laboral que se revoque la decisión, que se declare no probada la excepción y que se permita a través del juez natural de esta controversia, que es el juez laboral se debata y que se permita tener un debido proceso y una valoración correcta de las pruebas para verificar y llegar a la única conclusión que el señor MILTON FORERO no es una persona de especial protección.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, resolviendo la inconformidad del demandante que justamente en el proceso se quiere debatir la arbitrariedad cometida por el Juez de segunda instancia, cuando ordenó el reintegro de manera definitiva, siendo claro en su sentir que el demandado no padece ninguna condición médica que lo haga sujeto de estabilidad laboral reforzada asunto que debe debatir un Juez laboral.

Bien, la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial**. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerar derechos de especial protección.

En el presente caso efectivamente y sin lugar a dudas la Juez analizó juiciosamente la cosa juzgada constitucional, en providencia que desde ya advierte la Sala acertada y que encuentra apoyo no solo en la sentencia de la Corte Suprema citada en la providencia sino en varios y reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues el Juez constitucional en este caso resolvió el asunto, decisión que quedó en firme y que no puede el ciudadano discutir o tildar de arbitrarias, sino única y exclusivamente acudiendo a los mecanismos que otorga la ley para ello; aceptar lo contrario sería desconocer las decisiones atribuidas a los jueces en este caso, se itera el Juez constitucional.

Vale entonces recordar algunas de ellas, por ejemplo, en sentencia T 649 de 2011 la Corte Constitucional explica el concepto de cosa juzgada constitucional así:

“(…)

Las sentencias de tutela por medio de las cuales se dirime la cuestión de la existencia de una amenaza o violación de un derecho fundamental tienen, como uno de sus efectos principales el de constituir cosa juzgada. De acuerdo con la jurisprudencia, este fenómeno ocurre cuando la Corte Constitucional adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirllos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria¹.

Cuando acaece alguno de los dos eventos mencionados, la declaratoria de no selección o la revisión del fallo, opera el fenómeno de la ejecutoria formal y material de la tutela, que hace inmutable e intangible la providencia adoptada, salvo en el excepcional caso de que la misma Corte Constitucional decida anular la sentencia. Consciente la Corte de que sus pronunciamientos no son infalibles, pero que la tensión entre la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales no puede dar lugar a la incertidumbre perpetua respecto de la adjudicación de bienes, recursos y derechos, se hace necesario establecer un momento procesal de cierre en el sistema jurídico que, en este caso, no es otro que el de la decisión de la Corte Constitucional respecto de una determinada tutela.

La consecuencia principal de esta figura consiste en que la cuestión litigiosa no puede ser discutida de nuevo dentro del mismo proceso y, por esta razón, no están habilitadas las partes en el trámite de una tutela para acudir ante los jueces que fallaron su caso y promover actuaciones posteriores, solicitar la nulidad, o interponer nuevos recursos contra la sentencia, luego de que la decisión ha quedado ejecutoriada. Otra resulta consiste en la imposibilidad de reabrir la controversia en otro proceso de tutela, en lo que se ha conocido como “tutela contra tutela”². No puede un juez entrar a pronunciarse sobre un asunto estudiado previamente en otro trámite de tutela, pues la decisión tomada respecto de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados tiene un carácter inmutable e intangible. Además, la Corte ha resaltado que otro efecto de tipo positivo consiste en que a ningún juez le es permitido rehusarse a tener en cuenta lo resuelto en la sentencia³.

También en sentencia T 611 de 2019 aclaró:

(...)

2.2. La cosa juzgada es un elemento integrante del derecho al debido proceso judicial que reconoce el respeto que se debe tener por las decisiones tomadas por los jueces, en ejercicio de sus funciones. Las sentencias pasan a ser imperativas, susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir hacen tránsito a cosa juzgada. El impedir que asuntos decididos por medio de sentencias debidamente ejecutoriadas se sometan nuevamente al debate judicial, busca poner fin a la controversia y al estado de incertidumbre que se generaría si quien

¹ SU-1219/01.

² Ver, entre otras, las sentencias T-813/10, T-754/10, T-441/10, T-137/10, T-104/07 y T-268/97.

³ SU-961/99.

obtuvo una providencia contraria a sus intereses, pudiera seguir planteando el mismo debate hasta lograr un fallo que se ajuste a su propósito.⁴

En este sentido, la Constitución en su Artículo 243 dispuso que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. **De modo que, en el marco del control concreto de constitucionalidad, las acciones de tutela se someten a los parámetros de la cosa juzgada, con el fin de garantizar que controversias que ya han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes no sean reabiertas y, por lo tanto, se evite la afectación del principio de seguridad jurídica⁵. Específicamente, una sentencia proferida en un proceso de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional (i) cuando es seleccionada para revisión por parte de la Corte Constitucional y fallada en la respectiva Sala o, (ii) cuando, surtido el trámite de selección, sin que ésta haya sido escogida para revisión, concluye el término establecido para que se insista en su selección⁶.**

Ahora bien, la Corte no está llamada a elegir todos los asuntos que, en sede de instancia, hayan sido decididos en un sentido jurídicamente impreciso o con base en criterios controvertibles⁷. Como lo ha advertido esta Corporación, la corrección de las decisiones de tutela, en concreto, está reservada primordialmente al agotamiento de las dos instancias.⁸ La no selección no implica aceptación o conformidad, por parte de la Corte, con la decisión adoptada en primera instancia, ni su rechazo. Su única consecuencia jurídica, radica en que, en particular, el veredicto emitido por las autoridades judiciales de instancia hizo tránsito a cosa juzgada.⁹

En consecuencia, si la parte actora en este proceso consideraba que la decisión de segunda instancia proferida por el Juez constitucional, era equivocada, en virtud del debido proceso y reconociendo la cosa juzgada como elemento integrante del mismo, y ante el respeto que se debe tener por las decisiones judiciales; debió insistir en la revisión por parte de la Corte Constitucional y no ahora pretender tildarla de arbitraria, lo que evidentemente se opone a esta actitud respetuosa, recordando así. en palabras de la Corte, la única consecuencia jurídica, esto es, **que el veredicto emitido por las autoridades constitucionales de instancia hizo transito a cosa juzgada, tal y como concluyó la Juez, se itera, de forma acertada, por lo que se confirmará el auto apelado.**

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado.

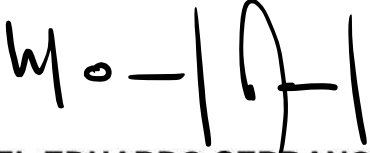
SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2017-419-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: HANS JOACIIM FINK

DEMANDADO: SIEMENS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este alegaciones por ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor HANS JOACIIM FINK actuando a través de apoderado judicial, solicita se declare que se vinculó laboralmente con la demandada desde el 1 de junio de 1973 al 31 de diciembre de 1990, que la demandada no efectuó aportes pensionales al ISS, para el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1973 al 31 de agosto de 1983, por lo que se encuentra obligada a efectuar el pago de cálculo actuarial por dicho periodo; como consecuencia de tales



declaraciones, peticiona se ordene a la demandada a efectuar el pago de dicho cálculo por el periodo en mención, a cancelar a su favor intereses moratorios sobre el valor del título pensional e indemnización por los perjuicios económicos que le causó no recibir su pensión a tiempo. (fl. 3).

Fundamenta sus pretensiones señalando que prestó sus servicios para la demandada entre mayo de 1973 al 31 de diciembre de 1990, que al inicio de dicha relación laboral, devengaba un salario que ascendía a \$18.000; afirma que el ISS, a través de resolución 0092801 del 27 de agosto de 1988, le concedió indemnización sustitutiva, con base en 587 semanas cotizadas y un IBL de \$2.108.988, que mediante solicitud del 9 de octubre de 2014, solicitó ante la demandada convalidación de las semanas dejadas de cotizar por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1973 al 31 de agosto de 1983, a lo que esta le respondió que había cumplido con la obligación de cotizar en el país de origen del actor.

Indica por último que solicitó elaboración de cálculo actuarial a Colpensiones por el periodo en mención, el que arrojó la suma por pagar de \$390.692.528, que elevó solicitud de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, la que el 18 de mayo de 2009, se declaró fracasada ante la falta de ánimo conciliatorio de la demandada. (fls. 4 y 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó aceptar los contenidos en No. 1, 3, 9, referentes a la existencia de la relación laboral con el actor en los extremos temporales allí señalados, la suscripción del contrato de trabajo con este y la citación a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago y prescripción. (fl. 64).

Por su parte, la convocada como litisconsorte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, adujo no constarle



ninguno de ellos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho a reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 135).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ORDENÓ a Colpensiones a realizar cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el actor por el periodo comprendido entre el 15 de mayo al 31 de julio de 1973, teniendo en cuenta para el efecto como salario de \$18.000, CONDENÓ a la demandada a efectuar el pago de cálculo actuarial que emitiera la entidad de seguridad social y condenó en costas a la sociedad demandada (fl. 166).

Fundamentó su decisión la Juez de conocimiento señalando:

“El problema jurídico que corresponde dilucidar al despacho se centra en determinar si debe la demandada siemens s.a. efectuar los aportes a pensión del señor Hans Joaciim Fink por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1973 y el 31 de agosto de 1983, pese estar exceptuados de la afiliación obligatoria los extranjeros dependientes de empresas subsidiarias o filiales de una organización extranjera. Como premisas normativas tenemos el artículo 13 del decreto 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 del mismo año, emanando del consejo directivo del ISS, por el cual se aprobó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, según esta norma quedan excluidos del seguro obligatorio y de invalidez, vejez y muerte, numeral 4: los extranjeros que hayan venido o vengán al país en virtud de contratos de duración fija, no mayor de 1 año, mientras esté vigente el contrato inicial y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos. En cada caso la excepción deberá ser solicitada al instituto, adjuntándose las pruebas pertinentes. El artículo 5 del decreto 433 de 1971 por el cual se reorganizó el ISS, que señala: no quedan sometidos al régimen del seguro social obligatorio, numeral 1, únicamente con relación a los seguros de invalidez, vejez y muerte, los extranjeros que vengán o hayan venido al país en virtud de contratos de trabajo duración fija no mayor de 1 año, mientras esté vigente el contrato original y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, puedan ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que además la respectiva organización extranjera tenga previsto para ellos algún régimen de seguros contra los mismos riesgos.

Como premisas fácticas tenemos las siguientes. Entre el señor Hans Joaquín Fink y la empresa Siemens s.a. se celebró un contrato de trabajo a término fijo con una duración de 2 años, a partir del 15 de mayo de 1973 en virtud del cual el demandante se comprometió a trabajar en calidad de comerciante técnico en la ciudad de Bogotá, o en cualquier lugar de la República de Colombia, como se verifica en el contrato de trabajo que obra a folios 82 y 83 del plenario. El demandante Hans Joaquín Fink laboró para la empresa siemens s.a. desde el 1 de junio de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1990, en el cargo de presidente ejecutivo, como lo aceptó la empresa demandada en la contestación de la demanda y como consta en la certificación obrante a folio 14 del plenario. La empresa siemens s.a. cotizó al instituto de seguros sociales a favor del señor Hans Joaquín Fink un total de 474 semanas durante el periodo comprendido entre el 1



de agosto de 1973 y el 31 de enero de 1990, como consta en los reportes de semanas y categorías facturadas que obran a folios 86 al 91 del plenario. Conforme el reporte de semanas de cotización de folio 142 a 145, el demandante cuenta con 587.14 semanas de cotización entre el 1 de septiembre de 1982 y el 31 de diciembre de 1994. Las anteriores premisas fácticas y normativas permiten concluir al despacho que la encartada siemens s.a. cumplió con el deber de afiliar y efectuar los respectivos aportes a pensión del señor Hans Joaquín Fink por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1973 y el 31 de agosto de 1982, pues si bien en la historia laboral de Colpensiones que obra a folios 86 a 91 no aparecen reflejadas las semanas de cotización correspondientes a dicho periodo, lo cierto es que conforme el reporte de semanas y categorías facturadas de folios 86 a 91, la empresa demandada si reportó y efectuó esos aportes, razón por la cual y en los términos solicitados en el libelo demandatorio no podría condenarse a siemens s.a. a efectuar un doble pago por los mismos periodos. Si lo que pretende el actor es que Colpensiones tenga en cuenta dentro de su historia laboral las semanas cotizadas por la empresa siemens s.a. sería una situación que nos pone en un escenario distinto al pago del cálculo actuarial aquí reclamado, que deberá ventilarse en otro escenario jurídico o administrativo directamente con Colpensiones y no con la empresa empleadora la que demostró haber efectuado el pago que se solicita efectuar a través de este proceso. Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo que vinculó al señor Hans Joaquín Fink con la empresa Siemens s.a. inició el 15 de mayo de 1973, advierte el despacho que la empresa empleadora no cumplió con el deber de afiliar y efectuar los respectivos aportes a pensión del demandante por el periodo comprendido entre el 15 de mayo y el 31 de julio de 1973, pues esta juzgadora no encuentra fundamento razonable para que se haya omitido efectuar dichos aportes por 2 meses y medio, bajo la justificación de que para la época en que inicio la relación laboral la normatividad aplicable eran los decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971, que establecían que no era obligatorio efectuar cotizaciones a favor del extranjero que tenía la calidad de dependiente de una empresa subsidiaria o filial de una organización extranjera, que a su vez tenía la vocación de ser trasladado al exterior en cualquier momento, toda vez que la empresa siemens no demostró haber protegido al demandante con algún régimen de seguro para el riesgo de vejez, como lo exigían los artículos 3 del decreto 3041 de 1966 y 5 del decreto 433 de 1971. Ni tampoco se encontró probada la vocación de ser traslado el demandante al exterior en cualquier momento, pues todo lo contrario, se concluye con el contrato de trabajo celebrado por las partes, ya que en el mismo se estipuló que el lugar de prestación de servicios sería en la ciudad de Bogotá o en cualquier lugar de la República de Colombia, y por una duración inicial de 2 años, contrato que fue prorrogado hasta el año 1990, razón por la cual no podía la empleadora sustraerse de realizar el aporte correspondiente, en perjuicio única y exclusivamente del derecho pensional del trabajador. Por lo anterior, se ordenará a Colpensiones realizar el respectivo calculo actuarial por el periodo comprendido entre el 15 de mayo y el 31 de julio de 1973, teniendo en cuenta el salario mensual de \$18.000 que fue el pactado entre las partes en el contrato de trabajo conforme se verifica a folios 82 y 83 del plenario. Así mismo, se condenará a la demandada siemens s.a. a efectuar el pago de los aportes a pensión del actor Hans Joaquín Fink por el periodo comprendido entre el 15 de mayo y el 31 de julio de 1973, conforme el cálculo actuarial que elabore Colpensiones. Además de lo anterior, como quiera que la demandada no probó en el debate que durante la vinculación laboral del actor con siemens s.a. se le hicieron los descuentos correspondientes al trabajador para efectuar los aportes a pensión como era su obligación hacerlo, el cálculo actuarial se deberá realizar teniendo en cuenta la totalidad del porcentaje de aportes que estaba a cargo tanto del trabajador como del empleador.

Por último, no resulta procedente la condena por intereses moratorios solicitados, pues los mismos no están previstos cuando existe omisión de afiliación o por lo menos no lo estaban en las normas anteriores a la ley 100 de 1993, toda vez que para dicha situación precisamente se efectúa el cálculo actuarial, tal como fue ordenado. Solicitan las demandadas se declare la prescripción por cuanto han transcurrido más de 3 años entre la fecha en que se debieron efectuar los aportes reclamados y la presentación de la demanda. Para ello o para decidir esta excepción, basta simplemente tomar lo señalado por la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, entre otras en la sentencia 21378 del 18 de febrero de 2014, para efectos de concluir que los aportes que debió efectuar siemens s.a., en calidad de empleador son elementos constitutivos del derecho pensional del señor Hans Joaciin Fink, por lo que no están sujetos a término de prescripción. En consecuencia, se declara no probada la referida excepción. Y por las



resultas del proceso se declaran parcialmente probadas las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, pago y cobro de lo no debido y no probadas las de prescripción y buena fe formuladas por siemens s.a. y las de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas formuladas por Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad demandada, señaló:

Como se manifestó en la contestación de la demanda y en el transcurrir del proceso, la legislación que se encontraba vigente para la fecha en que inició la relación laboral con el señor Hans Fink y lo relacionado con el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, era el decreto ley 433 de 1971 y el decreto 3041 de 1966, y en dicha normatividad en el artículo 2 establecía los trabajadores que se encontraban forzosamente obligados a cotizar al ISS y así mismo en el artículo 5 de esa disposición se consagraban las exclusiones y exoneraciones donde textualmente se consagraba que no quedaban sometidos al régimen de seguro obligatorio los trabajadores que por virtud, los trabajadores extranjeros que hayan venido al país en virtud de contratos de trabajo de duración fija no mayor a 1 año mientras esté vigente el contrato original y los que por depender empresas subsidiarias y filiales y organizaciones extranjeras que cubran varios países puedan ser trasladados al exterior en cualquier momento siempre que la respectiva organización extranjera tenga previsto para ello algún régimen de seguro contra los mismos riesgos. En el presente caso es evidente que el señor Hans Fink cumplía con todas las condiciones establecidas en dicho artículo, es decir en el artículo 5 del decreto ley 433 de 1971. Teniendo en cuenta que el era contratado por una empresa subsidiaria, como era siemens Colombia, de una casa matriz siemens, que queda en el país de Alemania, igualmente como se demuestra en los diferentes documentos que fueron allegados en el expediente, siemens casa matriz le garantizó al señor Hans Fink un seguro pensional que era o se estableció en el documento que dice anticipos sobre pagos de indemnización, en dicho documento se estableció que recibiría de nosotros, es decir de siemens, al momento de entrar en jubilación, una cifra matemática que se plasma en dicho documento y en donde el valor de ese seguro era de marcos canadienses de 1.979 anual, es decir que se cumplía también con ese requisito tener un seguro que cubriera esos riesgos de vejez, por lo que no puede salir adelante la condena del periodo comprendido entre el 15 de mayo de 1973 al 30 de julio de ese mismo año, teniendo en cuenta que mi representada no estaba obligada de conformidad vigente para dicha época a afiliar al señor Hans Fink, teniendo en cuenta que este era extranjero, que podía ser trasladado en cualquier momento a una subsidiaria, a una filial, inclusive se demuestra en la hoja de vida del señor Hans Fink que fue allegada en el expediente que él estuvo por diferentes regionales de siemens, estuvo en Brasil, estuvo en Alemania, estuvo en Panamá y lo que demuestra que él podía ser trasladado en cualquier momento y adicionalmente no se verificó por parte del juez ad quo, que en efecto y conforme a la documental que se allegó, mi representada siemens si garantizó un seguro contra los mismos riesgos de vejez, invalidez y muerte que se encuentra referido en el documento que acabe de leer.

En ese orden de ideas, no puede existir condena, pues no se encontraba la obligación legal de afiliar al señor Hans Fink por ningún periodo a pesar de que se realizaron algunas cotizaciones, como en efecto las encontró el juzgado, no se puede fulminar condena por esos dos meses y medio dado que no existía la obligación por cuanto el señor Hans Fink se enmarcaba dentro de los presupuestos establecidos para ser efectuadas las cotizaciones para invalidez, vejez y muerte.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el



estudio del mismo; teniendo como punto de inconformidad a resolver la procedencia del cálculo actuarial objeto en primer grado.

Sea lo primero señalar, que no existió reparo en cuanto a la existencia de la relación laboral sostenida por el actor con la demandada Siemens S.A., y que tuvo lugar entre el 15 de mayo de 1973 al 31 de diciembre de 1990, cuestión que fue aceptada por esta última en escrito de contestación de demandada y que se corrobora con documental contentiva de contrato de trabajo visible a folio 15 del plenario y que da cuenta que el demandante empezaría a prestar sus servicios para la demandada el 15 de mayo de 1973, por un término inicial de 2 años.

Es así como estando demostrada la prestación del servicio del actor a favor de la demandada SIEMENS S.A., en principio es clara su obligación desde el inicio de la relación contractual y en vigencia de esta para con el trabajador demandante es efectuar la afiliación y cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de vejez invalidez y muerte.

La decisión de primer grado encontró que los periodos comprendidos entre el 1 de agosto de 1973 al 31 de agosto de 1982, si bien no aparecían en la historia laboral expedida por Colpensiones, con documentales visibles a folios 86 a 91, se verificaba que la demandada sí había efectuado tales aportes, argumento este que no fue objeto de reparo alguno por la parte demandante cuando tuvo la oportunidad de recurrir la decisión; no obstante indica en sus alegaciones que se debió condenar al cálculo actuarial por la totalidad de duración de la relación laboral, no siendo la etapa de alegatos, el escenario para controvertir dicha decisión, en gracia de discusión, a igual conclusión llegaría la Sala pues como advirtió la Juez de primer grado, en documentales antes señaladas expedidas por el entonces ISS y allegadas por la demandada, se observa que en efecto esta realizó los aportes pensionales a favor del demandante entre el 1 de agosto de 1973 al 31 de agosto de 1982, debiendo entonces esta parte solicitar ante la hoy Colpensiones, la actualización de su historia laboral con fundamento en dichas documentales.



Ahora y no siendo objeto de reproche que la relación laboral del actor y la demandada inició el 15 de mayo de 1973, con la documental antes citada, se determina que la demandada sólo comenzó a cotizar para los riesgos de IVM a favor del actor a partir del 1 de agosto de dicha anualidad.

Indica la demandada que ello se debió a que el demandante estaba sujeto a traslados a su país de origen como lo es Alemania en los términos del numeral 4 del artículo 3 del Decreto 3041 de 1966, que señala que se encuentran excluidos de los seguros de IVM, entre otros:

4. Los extranjeros que hayan venido o vengán al país en virtud de contratos de duración fija no mayor de un (1) año mientras esté vigente el contrato inicial, y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos. En cada caso la excepción deberá ser solicitada al instituto, adjuntándose las pruebas pertinentes.

En cuanto a dicho argumento, tal circunstancia se corrobora con la experiencia laboral que se relaciona en la documental a que se alude del actor con la compañía visible a folios 81 y s.s., del plenario; documental que contrario a lo manifestado por esta parte en su recurso y alegaciones, si bien se plasma que el demandante se desempeñó para el servicio de la demandada en otros países diferentes a Colombia, la experiencia que allí relaciona, data de periodos distintos respecto al cual, se ordenó el cálculo actuarial, evidenciándose igualmente que para los años de 1973 y 1974, se encontraba laborando en Bogotá, de lo que claramente se establece que durante dichas anualidades no fue objeto de traslado alguno, sino que prestó sus servicios en este país.

Aunado a lo anterior, es clara la norma en cita, cuyo contenido se reproduce de manera idéntica en el artículo 5 del Decreto 433 de 1971, al señalar la exclusión de los trabajadores extranjeros de los seguros de IVM, siempre y cuando hayan suscrito contratos **a término fijo, no mayor a un año**, situación que no es la del demandante, pues del contenido del contrato de trabajo (fl. 15), claramente se establece que se pactó por un **vigencia de 2**



años a partir del 15 de mayo de 1973, de igual forma y como bien se puso de presente en la decisión de primer grado, el contenido de dicho contrato, da cuenta de que la prestación del servicio allí contratada por Siemens, se ejecutaría en la ciudad de Bogotá o en otras ciudades de la República de Colombia, sin que se prevean traslados del trabajador para prestar sus servicios en el exterior; contrario sensu, en el numeral QUINTO del mismo, se señala claramente que el único traslado al país de origen del actor, tendría lugar cuando prestara sus servicios por más de 2 años en este país, tiempo luego del cual, la empresa le pagaría a él y su familia los pasajes de retorno al país de origen para **disfrute de vacaciones**.

De lo señalado en precedencia, no se puede tener al demandante como excluido del cubrimiento de los seguros de IVM, pues es claro que no cumple con los presupuestos para el efecto señalados en las normas invocadas por la recurrente, esto es, su contrato excedió el término de un año y no se probó que haya sido objeto de traslado a otros países durante la vigencia del mismo, contrario a ello y como se indicó en su hoja de vida quedó plasmado que para los años de 1973 y 1974, prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá, pues de estar excluido del cubrimiento de los seguros estatuidos por la República de Colombia como lo señala la demandada, no hubiera efectuado ningún aporte por la vigencia de dicha contratación, no obstante como quedó probado, aportó para el ISS y a favor del trabajador demandante con posterioridad al 1 de agosto de 1973.

Por último de las documentales visibles de folios 95 a 108 del plenario contentivas de distintas comunicaciones expedidas en el país de Alemania respecto al seguro de vejez y cotizaciones del demandante en ese país, no se logra establecer que para el periodo objeto de cálculo actuarial que aquí se **confirmará**, la sociedad demandada haya cubierto dicho riesgo en ese país, pues no se relaciona con claridad tal aspecto.

Sin costas en esta instancia



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

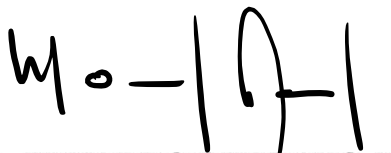
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSK
Magistrado

treinta REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL**

**ORDINARIO No. 26-2019-60-01
ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO
DEMANDANTE: SAUL SANTOS ESPINOSA
DEMANDADO: CREPES & WAFLES SA**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

APELACIÓN

Dentro del término concedido por la Corporación, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderado de la parte demandada, contra el auto proferido por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día

veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), por medio del cual se negó una prueba.

HECHOS

El señor SAUL SANTOS ESPINOSA, instauró demanda en contra de CREPES & WAFFLES SA para que mediante el trámite de un proceso especial de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, solicitado el pago de los derechos derivados del mismo. (fls 2 al 6

La Juez de instancia, durante la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, negó el decreto de la prueba denominada inspección, expresando que no se dan los requisitos contemplados en el artículo 55 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

El apoderado de la demandada interpone recurso de reposición y apelación en contra de esta decisión, manifestando: *"... en lo que tiene que ver con el no decreto en la inspección judicial, situación que voy a argumentar de la siguiente manera; la inspección judicial fue una prueba solicitada por la parte demandante y también por nosotros, lo que tiene que ver con nosotros argumentamos y sustentamos la necesidad de esta prueba y la pertinencia en la medida en que el señor demandante laboró para nuestra compañía desde el año 1999, desde esa fecha, si bien mi representada cumplió con todos los pagos de salarios y prestaciones sociales, hay unos años en los que se aportó en las pruebas y se soportaron los pagos, pero el sistema de nómina tuvo unas mutaciones, entonces en ese orden de ideas nos parece pertinente que sí su señoría lo considera, se revise en la nómina directamente en Crepes porque esos documentos o esas informaciones aportarlos en un documento físico no es posible materialmente, en ese orden de ideas si hay algunos años en los que no se llegase a soportar la existencia de los pagos, si bien estos se hicieron en esa circunstancia se puede verificar directamente en una inspección donde la juez revisando la nómina, verifique efectivamente que al Señor Saúl Santos se le hicieron los pagos de salarios, aporte de seguridad social y particularmente lo que tiene que ver con cesantías e intereses a las cesantías, igualmente acá se practicará un testimonio que se solicitó, cumpliéndose los requisitos del*

artículo 212 del código general del proceso quién será quien le certifique dicha situación a la juez para que evidencie la condición de la nómina en esos años particulares...”

El Despacho no repuso la decisión antes adoptada y concedió el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A de C P DEL T y de la S S la Sala resolverá el recurso, toda vez que en sentir de la recurrente se le está negando una prueba que es necesaria ya que la nomina tuvo mutaciones y es imposible demostrarlo con documentos.

Lo primero que advierte la Sala es que nuestro ordenamiento procesal, esto es el artículo 55 del C P del T y de la S S, contempla y regula lo relativo a la práctica de la inspección judicial, sin que sea entonces necesario acudir a otra norma procesal.

Ahora bien, es bueno recordar que la práctica de las pruebas es una facultad estatuida en cabeza del juez, quien es el director del proceso, teniendo la facultad de negar el decreto o práctica de las mismas así como mediar en su desarrollo siempre con la finalidad de búsqueda de la verdad real de los hechos y la protección de los derechos de defensa y debido proceso de las partes. Lo anterior se concreta en el poder directivo del Juez (art. 48 del C. del T y de la S.S.) en el deber de intermediación en la práctica de las pruebas (art. 52 del C.P del Ty de la S.S.) y en la facultad de rechazar pruebas y diligencias inconducentes (art. 53 del C.P del T y de la S.S.)

De otra parte le asiste razón a la Juez pues es, se itera, el artículo 55 del C.P del T y de la S.S. **el que prevé la inspección judicial como una medida de carácter excepcional, en tanto la misma procede cuando se presenten graves y fundados motivos o para aclarar hechos dudosos**, lo que evidentemente, no se da en este caso, menos si se analizan los argumentos de la solicitud, que no es otra que revisión de nóminas, o documentos, que de ninguna manera requiere dado su fin, la presencia del Juez en las instalaciones de la demandada, si de lo que se trata como afirma el

apoderado es de probar los pagos, pues ese es el tema y no los cambios en el sistema de nómina.

Para la Sala no resulta clara la relevancia y pertinencia de la inspección solicitada, sin que sobre recordar nuevamente que el artículo 55 del C P del T y la S S contempla **una facultad** del Juez y ello surge de manera diáfana cuando estipula, se itera, que **podrá el Juez decretarla cuando se presenten hechos dudosos**, luego la decisión de la Juez, de no ejercerla, apoyada en que no se dan estas específicas circunstancias es acertada.

Ahora en cuanto al argumento del recurso en que se señala que se solicitó la prueba cumpliendo los requisitos del art 212 del CGP, vale decir que esta norma se refiere a la forma de solicitar testimonios y no a la inspección judicial solicitada, cuya procedencia se encuentra consagrada en el artículo 236 de este código norma a la que no hay que acudir pues, se itera, nuestro ordenamiento tiene regulada la materia, pero que en si en gracia de discusión aceptásemos de obligatoria aplicación, no haría más que confirmar la decisión de la Juez, pues allí se indica que solo será necesaria esta prueba, cuando sea imposible verificar los hechos con otro medio de prueba, cualquiera que sea, dictamen, documentos etc; unido a que puede el Juez negarla si la considera innecesaria, evento en que ni siquiera existiría posibilidad de recurrir pues así lo dispone la norma mencionada.

Con base en todas las anteriores consideraciones debe confirmarse la decisión apelada.

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

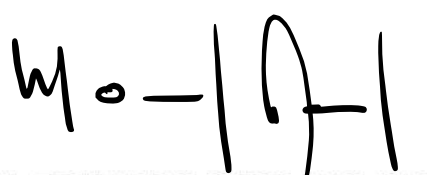
SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

**LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO
EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.**

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2017-311-01

ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA

DEMANDANTE: EDITH JOHANA LLENERA TORRES

DEMANDADO: PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES
DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - PARISS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada, y por ser procedente el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de diciembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fue remitido por la parte demandada, alegaciones de segunda instancia.

ANTECEDENTES

La señora Johana Llerena Torres por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de julio de 2016 y el 15 de junio de 2012, ejerciendo el cargo de Técnico de Servicios



Administrativos de la Oficina de la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados de la Vicepresidencia de Pensiones, cargo existente en la Planta de Personal en el nivel Nacional del ISS; que conforme lo anterior, y en atención de la convención colectiva de trabajadores, se ordene el reintegro a su cargo, junto con el pago de salarios y demás prestaciones sociales legales y convencionales y perjuicios. Subsidiariamente, solicita se condene a la nivelación salarial, legal y convencional, y el pago de los conceptos de vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicios legal y extralegal, cesantías, sanción por el no pago de cesantías de orden convencional, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de los intereses, bonificación por firma de convención, auxilio de alimentación, de transportes, horas extras, dominicales y festivos, ajuste de los aportes pensionales, devolución de los valores pagados por pólizas de cumplimiento adquiridas a favor del ISS, indemnización moratoria e indexación de las sumas debidas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, desempeñó sus funciones a favor de la demandada por medio de contratos de prestación de servicios entre el 12 de julio de 2006 y el 15 de junio de 2012, en el cargo de Técnico de Servicios Administrativos, que a la finalización del vínculo devengaba por salario la suma de \$956.733, siendo inferior al que correspondía de \$1.887.403, que agotó la vía gubernativa el 13 de abril de 2015, que cumplía con las labores que se indicaban en las certificaciones que le entregaban con cada contrato, de manera ininterrumpida y en cumplimiento de las órdenes de sus jefes, en el horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde, de manera subordinada en las instalaciones de la entidad, utilizando las herramientas asignadas por la contratante, que el descanso disfrutado en fechas como navidad y semana santa debía ser compensado llegando una más temprano y saliendo una más tarde conforme las circulares que expedía el ISS para tales efectos; que las labores realizadas eran propias de la función y misión de la entidad correspondientes al de un Técnico por lo que su ingreso mensual debía estar alrededor de \$2.510.541.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción teniendo en cuenta que es la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS, quien se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, inexistencia de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era no era de naturaleza laboral, buena fe del ISS, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes y cosa juzgada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar la existencia de varios contratos de trabajo en calidad de trabajadora oficial, 1 de diciembre de 2006 al 31 de octubre de 2007, 3 de diciembre de 2007 al 30 de septiembre de 2009, y del 16 de octubre de 2009 al 30 de junio de 2012, el derecho al pago de las acreencias laborales desde el 1 de julio de 2012 al 31 de marzo de 2015 o liquidación del ISS, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; ordenó el pago de salarios percibidos en las mismas fechas, y de la prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, primas de vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa, todo, actualizado teniendo en cuenta el IPC inicial del 1 de abril y final el del momento del pago; aportes al sistema de seguridad social en pensiones, e impuso costas a cargo de la entidad en suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

“Que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 autoriza a la administración pública la celebración de contratos de prestación de servicios para actividades que no se realicen por el personal de planta, temporal, que conforme el Decreto 2127 de 1949 rige del



contrato de trabajo para trabajadores oficiales; que valoradas las pruebas en conjunto se acredita la prestación personal del servicio como es las declaraciones y certificaciones expedidas 115 a 127 y 260 por la demandada que corroboran que la demandante prestó sus servicios en diferentes fechas; que el asesor de presidencia del ISS certificó que la actora realizaba funciones de lectura y verificación, y corrección y envío archivo de historia laboral; presunción a su favor, que le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción de la existencia de contrato de trabajo, que al no lograrlo hacer, se declarará el mismo; cumplía con horario, que ejerció funciones a favor de la demandada por medio de 12 contratos de prestación de servicios, que no fue actividades transitorias, que la Corte en sentencia radicado 15964 del 2016 explicó que, la situación fáctica es similar, folios 115 a 127 actividades no eran extrañas al ISS conforme el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, que el testigo manifestó que cumplían horario, que tenían meta de 400 historias laborales, que si no las hacían les descontaban del pago, no se podía realiza en otro lugar, porque era a través de microfichas y no podían ser llevadas a ninguna parte, que no tenían vacaciones, pero tenían que reponer el tiempo que descansaran, que debían pedir permisos para ausentarse del trabajo; que para el restante tiempo las pruebas documentales acreditan la prestación del servicio, acta de inicial del contratos, folios 262 y 263 entrega de elementos de trabajo, folio 142 cumplía horario de trabajo memorandos recordando el horario de trabajo 130, 32, 138 y 138, 140, 142, lo que denota la pérdida de autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico,; que la realidad demuestra que se desarrolló bajo continua subordinación y dependencia, no se desvirtuó la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, no basta la existencia de contratos de prestación de servicios para que quede desvirtuada la presunción; que del testimonio se desprende que la actora debía rendir informes; que conforme los diferentes contratos existentes en el proceso; que aunque se pidió la existencia de un solo contrato, lo que se evidencia es que hay varios contratos de trabajo con solución de continuidad; periodos superiores a 16 días; declarará tres contratos de trabajo; decreto 3135 de 1968 artículo 5 trabajadora oficial empresa industrial y comercial tiene la calidad de trabajadora oficial; que para los periodos de los que no prueba el valor del salario se tomará el del salario mínimo legal; en cuanto a la nivelación salarial, artículo 143 del C.S.T., trabajo igual, salario igual, identidad de funciones, no se probó identidad de funciones referentes, tampoco se probó que el valor a nivelar correspondiera a lo pedido, no hay documentos que acrediten identidad de funciones, nivelación salarial absuelve; sobre la calidad de beneficiaria de la convención colectiva se acredita dicha calidad convención 2001-2004 pese a no acreditarse estar afiliada a la misma; sintraseguridadsocial es mayoritario y reconoce beneficios a los trabajadores oficiales artículo 3 de la misma, folio 101, contiene nota de depósito, que en sentencia con radicado 33759 la Corte ha dicho que cuando se declara la existencia de un contrato de trabajo basta que se acredite que es trabajador oficial para que le sea aplicable la convención colectiva de trabajo, y esa calidad haya sido reconocida a través de un fallo judicial así no se encuentre el cargo en la planta del ISS; que respecto al reintegro, en sentencia SL2114-2017 que debe darse aplicación al artículo 5 del instrumento, para indicar que, le es aplicable la convención colectiva del trabajo por virtud del artículo 470 del C.S.T., estabilidad del artículo aplicable a la trabajadora, dado que la entidad no logró demostrar que la terminación lo fuera con justa causa conforme el Decreto 2351 de 1965; que aunque el Decreto 553 de 2015 ordenó la extinción del ISS de todas maneras se mantiene la obligación del ISS al pago de salarios legales y extralegales desde su desvinculación hasta el 31 de marzo de 2015 conforme lo ha señalado la Corte entre ellas SL545 de 2018, que deben pagarse los salarios entre el 1 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2015, y los aportes dentro del mismo lapso.

Sobre la prescripción manifestó que, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 151 del C.P.T. y de la S.S., establecen que la acción judicial para reclamar el reconocimiento de derechos laborales prescribe en el término de tres años, contados desde que la



obligación se haya hecho exigible, que la sentencia tiene efectos declarativos y no constitutivos y no busca crear el contrato de trabajo sino simplemente declarar que el mismo existió 41522 de 2012, la prescripción de los derechos reclamados debe contabilizarse desde que cada uno de ellos se hace exigible, que a folio 108 obra reclamación administrativa presentada el 22 de mayo de 2015, luego para el primero de los contratos, se encuentran prescritos los derechos; lo mismo para el segundo, y que para el tercero que culminó el 30 de junio de 2012 y la demanda se presentó el 8 de junio de 2017, que la interrupción se interrumpe por una sola vez, que el reintegro solicitado no prescribió al no superarse los tres años, conforme la norma aludida.

Que los salarios bajo esa ficción que el contrato se prolongó hasta la fecha de liquidación, se condenará a la entidad a cancelar los salarios dejados de percibir desde la fecha de desvinculación de la demandante hasta la finalización del proceso liquidatorio, esto es, desde el 1 de julio de 2012 siendo reajustados conforme el artículo 40 de la convención colectiva de trabajo, que aplicando los porcentajes establecidos se tiene los que se muestran en la tabla; que sobre la prima de navidad el parágrafo 1 del Decreto 3148 de 1968 artículo 1, el cual señala que, es equivalente a un mes de sueldo que corresponde al 30 de noviembre de cada año que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, que sobre la prima de navidad el parágrafo 1 del Decreto 3148 de 1968 artículo 1, el cual señala que, es equivalente a un mes de sueldo que corresponde al 30 de noviembre de cada año que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre \$1.812.999; derechos convencionales: cesantías artículo 62 para determinar su valor se debe tener en cuenta la asignación básica mensual, la prima de servicios legal o extralegal, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, auxilio de alimentación, transporte y viáticos \$3.131.542; intereses a las cesantías \$441.374; prima de servicios \$428.509; vacaciones \$941.246; prima de vacaciones \$428.509; indemnización por despido sin justa causa \$4.699.258; que el auxilio de transporte del artículo 52 de la convención no hay prueba de lo pagado por ese concepto; auxilio de alimentación tampoco hay prueba de lo percibido al 31 de diciembre de 2001; no tiene derecho a prima técnica; incremento salarial ya fueron aplicados; aportes a pensión hasta el 31 de mayo de 2015 y desde el 1 de julio de 2012; indemnización por despido sin justa causa convencional hay lugar al reconocimiento, CSJ SL1042 de 2015, pese a ser legal el despido de la trabajadora oficial por la clausura de una entidad estatal, esa calificación no implica que la desvinculación del trabajador este amparado en una justa causa Decreto 2013 de 2012; se condenará conforme el artículo 5 de la convención \$4.699.258; de las pretensiones subsidiarias no hay lugar a la mismas dada la prosperidad de las principales de reintegro; excepción de cosa juzgada no hay lugar art.303 C.G.P., prescripción parcialmente probada; costas a cargo de la demandada \$1.000.000.

APELACION

DEMANDADA

Que el recurso se basará en lo que hace referencia a la declaratoria del contrato realidad, más concretamente para que se establezca cuál contrato se tuvo en cuenta para efectos de declararlo como fue, entre el 1 de julio de 2012 y hasta su terminación; considera que no se dieron todos los elementos propios de un contrato de trabajo dentro de ese periodo, si se tienen en cuenta las declaraciones dentro del proceso y los respectivos documentos obrantes en el proceso, ya que no queda probado el elemento de subordinación, ya que la prueba testimonial no es convincente que sea a partir del 1 de julio de 2012 y hasta su terminación; que al no existir esos elementos la verdadera vinculación que existió para ese periodo, entre la demandante y el Instituto fue una verdadera relación de carácter civil, regida por la Ley 80 de 1993.



Que, si la decisión de declaratoria de la relación laboral se confirma, es por lo que apela las siguientes condenas: - indemnización por despido sin justa causa, correspondiéndole al demandante la carga de probar que incurrió en tal determinación para se haya proferido dicha condena, y que ante la comprobación que se hizo un despido injusto.

Respecto de la prima de navidad, manifiesta que no existe fundamento para que se deba pagar prima de navidad, por tanto, debe ser revocada.

Respecto la condena de reintegro, que, si bien se pidió dentro de las pretensiones, lo cierto que no se dice con claridad el periodo referido, ya que dentro de las pretensiones se habla de una manera genérica desde el 12 de julio de 2006 hasta el 15 de junio de 2012, por lo que no hay lugar a reintegro alguno, máxime que la demandante terminó sus servicios en junio de 2012 y la entidad se extinguió en el 2015, más aun, en el 2012 el ISS entró en liquidación y, teniendo en cuenta las actividades desarrolladas, ya, a partir de dichos decretos no era posible reintegrar al cargo a la demandante, por cuanto que al no existir esa función del ISS mal podría reintegrarse algo que ya se había extinguido.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, en consonancia con los puntos de inconformidad expuestos, y la consulta en favor de ésta misma.

Dicho lo anterior, procede la Sala a resolver cada uno de los puntos que hicieron parte del recurso de apelación, al mismo tiempo que, se atenderá la consulta, empezando por la inconformidad referente a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad entre la demandante y el extinto ISS, concretamente entre el 1 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2015; para ello, sustenta la recurrente que, al no quedar demostrado el elemento de la subordinación, puesto que la prueba testimonial, a su parecer, no lleva al convencimiento de ello, y contrario a esto, insiste en que la relación contractual entre las partes lo fue de carácter civil y estuvo regida por la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior, considera la Sala que, los argumentos en punto a desvirtuar el vínculo laboral que fue declarado, no conllevan en sede de segunda instancia, a invalidar la existencia del contrato de trabajo, bien sea, para el contrato vigente entre el 1 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2015, o



incluso, para los que se dieron con anterioridad a estos, sencillamente porque, tal declaración partió de la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no pudo ser desvirtuada por la parte contraria, y que tuvo génesis en la prestación personal del servicio de la demandante, hecho que logró acreditarse, por ejemplo, con las certificaciones que obra a folios 115 a 127 del plenario, expedidas por la oficina de presidencia para ese momento del ISS, donde en cada una de ellas se señalan con claridad las obligaciones o funciones que debía realizar la demandante, en todo caso, siempre relacionadas con el apoyo a la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados, incluso, al interior de las mismas, se dice que tiene como meta el cumplimiento de por lo menos 420 historias mensuales, que estaban contenidas en microfichas, las que no podían salir de las instalaciones del ISS.

Luego, a la demandada le correspondía derruir la presunción, que las funciones realizadas por la actora estuvieron guiadas con autonomía e independencia, es decir, que no estuvo bajo la continua dependencia y subordinación del ISS, es decir, que la carga de la prueba estaba concentrada en esta última, y no en la parte accionante en probar esa situación, puesto que en su actividad probatoria bastó con acreditar, se reitera, que las obligaciones contractuales las realizó de manera personal, con el cumplimiento de horario, situación que es indicativa, ya de por sí, de una dependencia, es decir, que la promotora no podía llegar a cualquier hora del día ni menos salir, por ende, las anteriores razones bastan para despachar desfavorablemente el recurso en este punto, y en cuanto a la consulta, no se observa una decisión de instancia que atente contra los derechos de la convocada.

Por ende, resulta acertada la declaración de la calidad de la demandante como trabajadora oficial, conforme lo prevé el Decreto 3135 de 1968, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad hoy extinta.

En la sentencia de instancia, nótese que no quedó acreditado el valor pretendido por salarios, y es por lo que no pudo darse aplicación al principio laboral de, *a trabajo igual, salario igual*, y en ese orden de ideas, resulta



correcto la declaración de los salarios de la demandante teniendo como base salarial el legal establecido para los años 2012 a 2015, con los ajustes o incrementos conforme lo prevé la convención colectiva de trabajo 2001-2004.

Respecto a la condena por indemnización por despido sin justa causa, se observa que el disenso parte del hecho que no se probó que, la voluntad del empleador estuviera dirigido a ese resultado, frente a lo cual, considera la Sala que si bien, se acepta que al interior del debate probatorio no quedaron suficientemente acreditadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que rodearon esa situación, lo cierto es que, la demandada se opuso a esa pretensión al contestar la demanda.

Aunado a lo anterior, la recurrente no se opuso a que la convención colectiva de trabajo suscrita al interior del extinto ISS para el periodo 2001-2004, no le fuera aplicable a la demandante, y en tal medida, no puede olvidar el contenido de la cláusula 5 sobre estabilidad laboral, que en lo que interesa a la discusión, señala lo siguiente:

“El Instituto garantiza la estabilidad en el empleo de sus trabajadores oficiales, y en consecuencia no podrá dar por terminado el contrato de trabajo sino tan solo por alguna de las justas causas debidamente comprobadas y establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo contemplado en el artículo 1° del mismo Decreto y de lo establecido en el inciso 16 del artículo 108 de ésta convención colectiva. No producirá efecto alguno la terminación unilateral de un contrato de trabajo que se efectúe pretermitiendo lo estipulado anteriormente, y en consecuencia, el trabajador, mediante sentencia judicial, tiene derecho al restablecimiento del contrato mediante el reintegro en las mismas condiciones del empleo que gozaba anteriormente, sin solución de continuidad y con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, o la indemnización prevista en esta convención a opción del trabajador.”

Además, el instrumento sindical también previó los casos en que, no hay lugar a la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, haciendo énfasis, en dos eventos:

- Si se acuerda o se ordena establecer el contrato en los mismos términos y condiciones que lo regían a la fecha de la ruptura, y
- Si es como consecuencia de una sanción disciplinaria



Conforme esto último, es claro, que en el presente caso los supuestos de hecho antes referidos no tuvieron lugar respecto de la demandante, siendo que no quedó duda de su calidad de Trabajadora Oficial, por consiguiente, a la convocada le conllevaba demostrar que la actora no continuó en el empleo al mediar una justa causa, lo cual, no ocurrió.

Aún en gracia de discusión, no puede desconocerse el contenido de la reclamación administrativa radicada por la trabajadora ante la demandada con fecha 22 de mayo de 2015 (fls.108 a 114), mediante la cual, desde esa data, la promotora le hace saber su desacuerdo por su desvinculación y le insiste en su reintegro, situación que, mínimamente permite inferir, que la demandante no regresó a su cargo porque ella quiso, sino por situaciones, de las que se insiste, no fueron conocidas a profundidad en el debate probatorio, pero que de todas maneras, ahora resultan irrelevantes.

En tal orden de ideas, el recurso de apelación en punto a la presunta omisión de probar que, el despido sin justa causa no fue a causa de la voluntad, no prospera.

En este punto es oportuno el pronunciamiento en consulta sobre la prescripción, frente a lo cual, cabe indicar que, dada la calidad de trabajadora que fue acreditada por la demandante, es por lo que le resulta aplicable el término prescriptivo que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es de tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, que, para el caso, a folio 108 obra reclamación administrativa elevada ante la entidad el 22 de mayo de 2015, lo cual permite, inferir que, al declararse varios contratos en diferentes periodos, si hay lugar a la prescripción para los contratos entre el 1 de diciembre de 2006 a 31 de octubre de 2007, y del 3 de diciembre de 2007 a 30 de septiembre de 2009, diferente al último acaecido antes del reintegro, esto es, del 16 de octubre de 2009 al 30 de junio de 2012, interregno que sí, pudo ser cubierto por efecto de la reclamación previa mencionada, y es así que se declara parcialmente probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 8 de junio de 2017, el tiempo de reintegro entre el 1 de julio de 2012 a la fecha de liquidación del ISS, el



31 de marzo de 2015, data hasta el cual solo puede tenerse el vínculo laboral la actora, tampoco es objeto de prescripción.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena por prima de navidad al no estar soportada jurídicamente su procedencia en el caso de la demandada, y basta con indicar que la misma, es de carácter legal, y se encuentra regulada en el Decreto 3148 de 1968.

Por último, sobre la procedencia del reintegro, entiende la Sala de los argumentos elevados en tal sentido, que, para la recurrente el mismo no es posible ante la imposibilidad que éste se materialice, frente a lo cual es necesario advertir varias situaciones.

La primera es que, para acceder en la forma solicitada por la apoderada de la demandada, se hace necesario que, no se haya declarado la existencia de la relación laboral con la demandada, lo cual, evidentemente no pasó, y como ya se indicó al comienzo, no hay elementos de juicio suficientes que permitan considerar lo contrario, y en su lugar, a partir del 1 de julio de 2012 y hasta la fecha en que se dispuso la extinción del ISS, el 31 de marzo de 2015, se declaró que el vínculo laboral.

Entonces, en este caso, el reintegro responde a una ficción jurídica, pues sabido es, que, ante la imposibilidad física de proceder a ello, por obvias razones, bien sea por la extinción o liquidación definitiva de la entidad, el camino no es otro que, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir debidamente actualizados, para el periodo en que se produjo la desvinculación, y para el caso del ISS, hasta la fecha en que jurídicamente dejó de existir, lo cual adquiere una connotación retributiva, más que el mismo regreso material al empleo.

En cuanto a las prestaciones a las que fue objeto de condena, se revisa que, no luce desproporcionado en contra de la entidad de reconocer y pagar los salarios para el periodo en que se hizo posible el reintegro de la trabajadora, liquidados en la forma antes descrita por el Tribunal; que la prima de navidad resulta procedente conforme el parágrafo 1 del Decreto 3148 de 1968



artículo 1 y es compatible con la prima de servicios convencional; así mismo, nada impide que, tras la declaración de la calidad de trabajadora oficial en virtud de los contratos de trabajo igualmente declarados, para que sea beneficiaria de los conceptos legales y/o convencionales de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Con todo, valga aclarar que en la primera instancia no se profirieron ordenes encaminadas a reinstalar a la trabajadora, como tal vez lo entiende la recurrente, pues ello supondría la existencia física de la entidad, lo cual, a todas luces no es posible.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



M o - 1 9 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2016-539-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LEONILDE GONZÁLEZ CÓRDOBA

DEMANDADO: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021),
previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados
en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación presentado por la apoderada de la parte
demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral
del Circuito de esta Ciudad, el 29 de noviembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para
presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y
demandada.

ANTECEDENTES

La señora LEONILDE GONZÁLEZ CÓRDOBA por intermedio de apoderada
judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE
la existencia de un contrato de trabajo con la demandada, que el salario para
el año 2012 correspondía a \$600.000 más subsidio de transporte, y para el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

año 2013 a \$630.000; que el despido es ilegal por encontrarse protegida por fuero de salud, y que por tanto tiene derecho al reintegro a su puesto de trabajo, y que la prescripción fue interrumpida con la reclamación elevada ante la demandada con fecha 19 de noviembre de 2013.

Por lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de los aportes pensionales desde el día 23 de julio de 2013 y hasta la fecha de su reintegro, junto con los salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, sanción correspondiente a 180 días de salario, e indexación de las sumas debidas y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, celebró contrato de trabajo a término fijo con la demandada con fecha 13 de noviembre de 2012, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales con un salario de \$600.000, con una duración inicial de tres meses, que al no terminarse el mismo se renovó automáticamente por el mismo término hasta el día 12 de mayo de 2013; que en febrero de 2013 le fue diagnosticado leiomioma de útero y miomatosis uterina gigante, y que por lo tanto debía ser sometida a cirugía para realizar legrado e histerectomía uterina, que informó de la situación a su jefe directa la señora María Margarita Ortega; que el contrato de trabajo se renovó nuevamente hasta el 12 de agosto de 2013, pero que el 19 de julio de 2013 fue informada por su jefe la decisión de despedirla por abandono del cargo; que acudió a la Defensoría del Pueblo quien emitió comunicación a la empresa indicando que mientras se encuentre en tratamiento médico la actora no puede ser despedida solicitando su reintegro; la demandada se opuso a ello y procedió a la consignación de lo debido por liquidación del contrato de trabajo; que interpuso acción de tutela ante el Juzgado 19 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, autoridad que negó el amparo al advertir la improcedencia de la acción para que fuera sometido el conflicto ante el juez laboral; que como respuesta a la acción de tutela fue que conoció de la liquidación final, al interior de la cual, afirma que hay un descuento por concepto de vacaciones, del que dice es ilegal ya que en momento alguno disfrutó de vacaciones; que elevó reclamación con fecha 19 de noviembre de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Ddo.: MOCA
PRODUCCIONES S.A.S.**

2013, teniendo respuesta el 2 de diciembre de 2013, aceptando que se hicieron descuentos mensuales por prestamos entre \$100.000 y \$200.000, que en virtud de su despido solo pudo ser intervenida quirúrgicamente en julio y octubre de 2014.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, excepto las tres primeras, relacionadas con la declaración de existencia del contrato de trabajo y el valor del salario devengado por la actora para los años 2012 y 2013; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 al 5, 12, 14 y 15 y 20; manifestó no constarle los enlistados en los numerales 6, 7, 11 y 22; y negó los relacionados 8 al 10, 13, 16 a 19 y 23, relacionados con la comunicación de la actora al empleador sobre la situación médica, la segunda renovación contractual, el despido por abandono del cargo, los términos de respuesta a la Defensoría del Pueblo y de la liquidación del contrato y la reclamación y respuesta ante el empleador. Como excepción previa propuso la de prescripción, y de mérito las que denominó inexistencia de la protección de estabilidad laboral reforzada, legalidad de la terminación del contrato unilateral, prescripción de la acción de reintegro, prescripción de prestaciones sociales y salarios y buena fe del empleador.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre las partes vigente entre el 13 de noviembre de 2012 y el 22 de julio de 2013, absolvió de las demás pretensiones al declarar probada la excepción de inexistencia de la protección de estabilidad laboral reforzada, e impuso costas a cargo de la demandante y a favor de la demandada.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

Que, en primer lugar, frente a la estabilidad laboral reforzada la demandante afirma que la demandada debía solicitar autorización Ministerio del Trabajo para dar por terminado el vínculo laboral, teniendo en cuenta el diagnóstico médico, ya que según



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

la actora le informó a la señora Margarita Ortega representante legal de la empresa porque requería de varios permisos en el horario laboral para acudir a los exámenes preparatorios a la cirugía, lo que conllevaría días de incapacidad, y es por ello que, solicita el reintegro al cargo que venía ocupando, el pago de prestaciones sociales, salarios aportes al sistema de seguridad social, y la sanción de 180 días, e indexación.

Que conforme el artículo el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que mediante sentencia de la Corte Constitucional C-531 de 2000 declaró exequible condicionada al considerar que el pago de la sanción no autoriza al empleador para despedir al trabajador en condición de discapacidad, por ello un despido de esa naturaleza, carece de efectos, siendo procedente el reintegro del afectado sin solución de continuidad en materia de salarios y prestaciones sociales; que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no es suficiente por si solo el quebrantamiento de salud del trabajador o de encontrarse en incapacidad médica para merecer la protección de la norma, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física o sensorial moderada que corresponde a la pérdida de capacidad laboral entre el 15 y el 25%, severa mayor al 25% e inferior al 50% y profunda cuando supere el 50%; que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018 con radicado 53394 del 11 de abril de 2018, cambió el criterio en cuanto se consideraba que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagraba una presunción legal o de derecho que permitiera deducir a partir del hecho conocido la discapacidad del trabajador, que su despido obedecía a un móvil sospechoso, en su lugar, en esa decisión dijo que el despido se presume discriminatorio a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia legal de la causa alegada, además, la prohibición del despido motivada sigue incólume y en tal sentido solo es válida la alegación de razones objetivas, bien sean soportadas en una justa causa legal o la imposibilidad del trabajador de prestar servicios, que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino el derecho a seguir en él, hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro, que en la sentencia SL3772 RAD. 46498 del 5 de septiembre de 2018, se indicó que la estabilidad laboral que regula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no opera de manera automática, ya que, para que se configure la ineficacia del despido, deben cumplirse los siguientes presupuestos: 1. Que el trabajador padezca de un estado de discapacidad, en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; 2. Que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad y 3. Que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa y 4. Que el patrono no solicite la correspondiente autorización al ministerio del trabajo.

Que conforme la jurisprudencia y normas referidas, se concluye que no todo estado de incapacidad o quebranto de salud da lugar a la protección especial establecida por la Ley 361 de 1997 sino que se configura para aquellas situaciones de discapacidad en algunos de los porcentajes establecidos por la jurisprudencia que realmente impida al trabajador el ejercicio de la actividad en palabras de la Corte Suprema de Justicia al explicar la incapacidad, discapacidad señaló: la condición de discapacidad laboral significa la pérdida o reducción de una proporción de capacidad para el trabajo, la cual dependiendo del grado de afectación es posible que el trabajador que la padezca pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez, mientras la incapacidad laboral refiere al deficiente estado del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hacen merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad certificada según disposiciones legales que puede ser por enfermedad general o por ocasión de la actividad a laborar sentencia SL12998 de 2017 radicado 49321.

Que, con base en el material probatorio allegado, el Despacho pasa a determinar si la actora tenía la condición de discapacitada con ocasión a la patología que aduce



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

padecía a la terminación del contrato de trabajo, además que contaba con el grado de discapacidad laboral con una limitación moderada, severa o profunda, al plenario de aportó la historia clínica de la demandante, la que obra a folios 37 a 63 en la que se evidencia que asistió a consulta general en varias oportunidades en el año 2013 como lo fue el 6 de marzo de esa anualidad, el 4 de junio, el 6 de agosto y para el año 2014 el 21 de febrero de 2014, 22 de febrero y 15 de noviembre de 2014; que en la historia clínica se observa que, la clínica los nogales le dio una incapacidad por 30 días con vigencia del 20 de octubre al 18 de noviembre de 2014 a folio 60, a folio 39 la del 4 de junio de 2013, del Hospital Universitario San José se relaciona el siguiente diagnóstico: leonioma del útero sin otra especificación plan paciente miomatosis uterina gigante hallazgos al examen físico no concordante con el examen físico por lo que solicita examen complementario abdominal pélvico no candidata a cirugía laparoscópica por miomastosis gigante, paciente crónico no, cita con tal no, incapacidad no; a folio 47 del plenario obra consulta del 21 de febrero de 2014 en cuya parte inferior del documento se lee interpretación de exámenes, resultados eco pélvica tras vaginal de marzo 6 de 2013 que informa útero en afv 123 x 75101 ml con alteración de su ecogenidad, por la presencia de imágenes nodulares y socionicas en pared anterior y posterior las mayores de las cuales miden 39 ml y 35 de diámetro algunas en contacto con el endometrio sin desplazarlo, endometrio de 5.3 ml normales concluye miomastosis uterina.

Documentales que permite inferir que a la demandante le fue diagnosticado leonioma del útero y miomastosis uterina gigante, que sin embargo no se encuentra acreditado que la demandada conociera el estado de salud de la actora, que si bien Marcela Bejarano hija de la actora adujo en principio que al momento de la vinculación de la actora, su mamá le manifestó a la señora Cadavid de lo que no existe ningún medio probatorio que así lo corrobore, y aquel dicho quedó en tela de duda y perdió credibilidad, pues al interrogársele sobre otro aspecto manifestó que lo que le mostraron a la convocada fue una acción de tutela pero no supo explicar cuando fue que se le mostró o se le dio a conocer la acción de tutela, que además en el proceso únicamente obra un escrito de tutela radicado en el juzgado 19 penal municipal con función de conocimiento el 19 de septiembre de 2013 documento que es posterior a la fecha de terminación del vínculo laboral, y que en esa medida no existe documento que dé cuenta que la demandada conociera del diagnóstico que se le dio a la demandante para el 6 de marzo de 2013; que sobre las incapacidades de la demandante la hija de la ésta manifestó que tuvo varias incapacidades que le daban por dos o tres días, las cuales eran entregadas a la demandada, que ella las hacía llegar a la empresa, que no allegó documento que dé cuenta que la demandante estuvo incapacitada, ya que la que se encuentra a folio 60 del proceso tuvo vigencia del 20 de octubre al 18 de noviembre de 2014, que la hija no tiene certeza de cuando presentó esas incapacidades que dice le otorgaron a su mamá, que de la historia que obra en el proceso no se evidencia que a la demandante se le haya otorgado una incapacidad diferente a la concedida del 20 de octubre al 18 de noviembre de 2014, que al preguntársele cuando entregó esas incapacidades señaló que marzo de 2012 o marzo de 2013 y en esa medida al no existir certeza de esas incapacidades, y aunado que la representante de la demandada señaló que la demandante nunca presentó inconvenientes de salud, que no le radicó incapacidad alguna, que la entidad de salud no le expidió recomendaciones y negó que al momento de la vinculación se le hubiere informado sobre su estado de salud, que lo único que con lo que la contrató fue con la cédula de ciudadanía, además al no estar acreditado que al momento de la terminación del contrato la demandante estuviera incapacitada, ni se prueba la pérdida de capacidad laboral de la misma, pues no obra calificación de entidad competente y adicional a ello Marcela señaló que su mamá no tiene ninguna calificación porque se le hizo una cirugía, guardó reposo y que con el medicamento que le dieron para el tratamiento se mejoró; que al hacer un análisis de ello con los demás elementos que obran en el expediente se tiene que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

la demandante para la terminación del contrato padeciera de una limitación física, psíquica o sensorial, moderada que corresponde al 15% para ser considerada una persona discapacitada, y que resulta suficiente para negar la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el reintegro, pues era necesario que se acreditara que era una persona discapacitada en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia y por lo tanto, se absolverá a la demandada de éstas pretensiones, esto es del pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a pensión, sanción de 180 días, causados desde el 23 de julio de 2013 y hasta que se hiciera efectivo el reintegro, pues la actora no demostró que fuera un sujeto de especial protección por su discapacidad, pues no allegó medio probatorio; que en los alegatos la demandante señaló que existió vulneración al debido proceso al momento del despido, lo cual no fue expuesto en la demanda, que de todas maneras lo resolverá como quiera que la demandada se pronunció sobre ello; que por su naturaleza el despido no se considera como una sanción disciplinaria por lo que no es obligatorio para el empleador realizar un procedimiento disciplinario como lo dice la Corte Suprema de Justicia SL1594 rad. 40607 del septiembre de 2015 donde explicó que el artículo 413 del C.S.T...que el despido no es una sanción disciplinaria, porque dicho precepto no puede analizarse aisladamente sino en el contexto integral de dicho código, que en efecto los artículos 104 y s.s., regulan lo relacionado con las prescripciones que de orden que por intermedio del reglamento interno de trabajo deben regir en una empresa o establecimiento y ninguna de ellas aduce el despido pero si a los llamados de atención, multas y suspensión de labores, que el artículo 114 dispone que no se pueden poner sanciones a los trabajadores, que no estén previstos en los reglamentos, convención colectiva, fallo arbitral o contrato de trabajo, y el despido no encaja dentro de ese mandato, porque entonces tendría que asegurarse que en cualquiera de los instrumentos referidos no aparece el despido el empleador queda imposibilitado para despedir a un trabajador; que en el caso bajo estudio no se evidencia que exista en el contrato de trabajo las partes hayan pactado que se debería adelantar un proceso disciplinario previo a la terminación del contrato de trabajo, por ello, para el caso bajo estudio no se requería adelantar ningún procedimiento a efectos de terminar el contrato de trabajo a la demandante, y adicionalmente se advierte que la convocada le pagó indemnización por despido a la demandante por \$467.000, por ello absuelve de esta petición a la convocada; que subsidiariamente se solicita el pago de los descuentos ilegales realizados por la demandada debidamente indexados, aduciendo que se le hizo un descuento en las vacaciones en la liquidación final el cual es ilegal, y que así mismo, aduce que en forma mensual le descontaba 100 o 200 mil violentando el mínimo mensual vigente, que en primer lugar respecto al descuento de las vacaciones la demandante manifiesta que en las fechas mencionadas no tuvo vacaciones, que no disfrutó de éstas en la vigencia de la relación laboral, la demandada lo niega, dice que a la actora se le informó de las vacaciones colectivas correspondientes a 22 de diciembre de 2012 al 1 de enero de 2013, que si bien por motivos de archivo no se tiene el desprendible de pago, con los registros contables demuestra que la señora recibió en la nómina de diciembre de 2012 un desembolso adicional por 140.000 por concepto de vacaciones como se observa en el comprobante de egreso G0010000218, que de acuerdo a la liquidación de prestaciones sociales a folio 134 del proceso se observa que por vacaciones le fue descontada la suma de \$140.000, que en el comprobante de egreso que obra a folio 175 se presume auténtico, no fue tachado ni desconocido por la actora consta que la demandante se le sufragó para diciembre de 2012 la suma de 140.000 por concepto de vacaciones y que en esa medida no existe fundamento alguno para que la demandada volviera a retribuir ese valor, dicho que se corrobora con lo manifestado por la hija de la demandante cuando adujo que la convocada le dio unos días libres a su mamá, lo cierto es que, se acredita que la demandante recibió un valor en el mes de diciembre por concepto de vacaciones de 22 de diciembre de 2012 al 1 de enero de 2013, como consta a folio 175 sino que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

disfrutó de ese periodo de vacaciones, lo que conlleva a absolver de esa pretensión puesto que el descuento que se hizo precisamente fue porque la actora había disfrutado esos días de vacaciones, en los descuentos mensuales; solicita el pago de los descuentos realizados en nómina al afirmar que eran ilegales y que violaban el mínimo mensual vigente, que el salario mínimo era de \$566.700 para 2012 y \$589.500 y que los descuentos eran de 100 mil y 200 mil pesos, mensuales, la demandada indicó que si bien no existe una carta firmada por la demandante, en relación con esos descuentos, los desprendibles de nómina donde se hacían los descuentos eran firmados por la demandante y no alcanzaba los montos relacionados en la demanda; que al revisar el proceso las nóminas que obran a folios 169 a 175 del plenario se observa que, en la nómina de diciembre de 2012 se observa que se le descontó la suma de \$42.934 y le fue girada la suma de \$541.216; que en la nómina de 2013 folio 174 se le descontó la suma de \$48.000 y le fueron consignados \$622.500; que en la nómina de febrero de 2013 le descontaron \$50.400 y le fueron girados \$650.000; marzo de 2013 \$50.400 y consignados \$650.000; abril 2013 \$50.400 y girados \$651.100, mayo 2013 \$50.400 y girados \$650.100, igual en la nómina de 2013, que al respecto el artículo 59 del CS.T. prohibiciones a los empleadores, deducir, retener o compensar suma alguna del monto de salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores sin autorización previa escrita de éstos para cada caso sin mandamiento judicial con excepción de: con respeto de los salarios pueden hacerse deducciones y retenciones en los casos de los artículos 113 multas, 150 descuentos permitidos, 151 autorizaciones especiales, 152 préstamos para vivienda y retención de cuotas sindicales (...); que el artículo 149 señala que no se puede retener suma alguna del salario sin orden del trabajador para cada caso o sin mandamiento judicial, quedan especialmente comprendidas en esta prohibición, los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de los locales, herramientas o útiles de trabajo, deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, parientes, o sus representantes e indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas o materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo, entrega de mercancía, provisión de alimentos y precio de alojamiento, tampoco cuando se afecte el salario mínimo legal o convencional o parte del salario declarado como inembargable, que en el caso bajo estudio afirma la demandante que se le hacían descuentos de 100 y 200 mil pesos deducciones que no logró acreditar pues ninguna de las deducciones alcanza ese valor, que la demandante no desconoce que le hubieren hecho préstamos por parte de la demandada, lo que alega es que se vulneró o afectó el salario mínimo legal, lo que tampoco probó, pues revisados los descuentos que se le hicieron a la demandante, durante los únicos meses o el único mes que recibió una suma inferior al salario mínimo lo fue para el mes de diciembre de 2012, al no encontrarse afectación al salario mínimo legal vigente, pues siempre recibió la suma de \$650.000 y para enero de 2013 \$622.500 valores superiores al mínimo legal, debe absolverse de esa pretensión; sobre la indemnización moratoria se indica que en respuesta a la acción de tutela que interpuso la demandante fue que puso conocer la liquidación de prestaciones sociales, la demandada manifiesta que actuó de buena fe, toda vez que al no poder entregar prestaciones a la trabajadora, fueron canceladas a través de depósito judicial constituido a favor de la demandante con el título judicial N° A534808 consignado en el juzgado 28 laboral del circuito el cual fue comunicado a la trabajadora por medio de correo certificado como se informó a la Defensoría Del Pueblo, que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no es de aplicación automática y para su recta aplicación los operadores judiciales deben valorar ante todo la conducta asumida por el empleador, valoración que debe hacerse desde luego por medios probatorios del proceso SL109 de 2018 (...) para indicar que la sanción moratoria no es de aplicación automática; que si bien el vínculo terminó el 22 de julio de 2013 a folio 79 del proceso obra copia del título judicial por valor de \$1.159.744 que corresponde a la liquidación de prestaciones sociales de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA PRODUCCIONES S.A.S.

demandante tal como consta a folio 176, el que fue consignado en julio de 2013, que aunque en el proceso no se logra acreditar cuando fue que se informó a la demandante esa consignación, dice que se enteró de la consignación en septiembre de 2013, en virtud de la acción de tutela que interpuso, pero que sin embargo, en el caso no se evidencia actuar de mala fe de la demandada puesto que conforme los documentos que fueron allegados por la demandada, durante el tiempo que duró la relación todos y cada uno de los emolumentos y obligaciones a favor de la trabajadora y solo a los cuatro días de finalizar el vínculo lo que consideró adeudar a la demandante, y en esa medida el despacho encuentra acreditada la buena fe de la convocada, debiendo absolverse de esa petición a la demandante, más aun que siempre recibió lo correspondiente a salarios y primas tal como consta en la prueba documental allegada, que firmó los documentos a los salarios que recibía pagados dentro de la oportunidad legal correspondiente, absolverá de esa petición. De las excepciones declarará probada la de inexistencia de la protección de estabilidad laboral reforzada y se encuentra relevado del estudio de las demás, costas a cargo de la demandante agencias en derecho en la suma de \$100.000.

APELACION

DEMANDANTE

Que en cuanto a la **estabilidad laboral reforzada** no solo debe ser aplicada a quienes cuentan con una pérdida de capacidad laboral certificada, estas personas gozan de una protección en el estado normal de sus actividades laborales, que han adquirido una enfermedad profesional que ha menguado su fuerza laboral; al respecto cita la Corte Constitucional en el pronunciamiento T-132 del 2011, manifiesta que la estabilidad laboral reforzada no se predica exclusivamente de quienes tengan la calidad certificada de inválidos o discapacitados, esto sucede por ejemplo, cuando una persona padece una enfermedad que impide el desarrollo de su potencial laboral en condiciones regulares limitando de manera importante su capacidad laboral y su posibilidad de acceder a un nuevo puesto de trabajo amenazando de esta manera la garantía de un mínimo vital; que la sentencia T-663 de 2011 ha hecho énfasis en que la protección que gozan las personas que se encuentran en condiciones de discapacidad al decir que toda persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta como resultado de un padecimiento de una enfermedad y sin importar el tipo de relación laboral existente.

Que en este caso es claro que la demandante fue diagnosticada de una enfermedad común motivo por el cual tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para el año 2015 y que por todas las citas médicas y exámenes que presenta la demandante, ésta informa a su empleador el estado de salud frente a lo cual la empresa decidió terminar el contrato debido a una ausencia laboral, como bien lo manifestaron las partes en sus interrogatorios, pero que sin embargo no debe desconocerse que la actora para el momento de la terminación se encontraba en tratamiento médico, el cual a raíz de la falta del vínculo laboral se vio postergado por el paso del tiempo cerca de dos años para tener un tratamiento final, que si bien una vez fue operada y terminó con las terapias y tratamientos y no le ocasionó pérdida de la capacidad laboral, si se puede evidenciar con la historia clínica que se allegó al expediente que, durante el año 2013 en el momento en que ella todavía se encontraba vinculada con la acá demandada presentaba y se encontraba en un tratamiento médico sobre el cual venía presentando exámenes y citas médicas para llegar a un diagnóstico, y finalmente a una intervención quirúrgica, que debido a la terminación fue postergada con el paso del tiempo.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZÁLEZ CORDOBA Ddo.: MOCA
PRODUCCIONES S.A.S.**

Frente a los **descuentos realizados a la trabajadora** como bien se manifestó antes el Código Sustantivo del trabajo es específico que, para darse los descuentos debe darse una autorización específica para cada uno de ellos, que, sin embargo, y con los desprendibles de pago y con la firma que se aprecia dentro de cada uno de ellos, no se hace una autorización previa al descuento, sino que se está aceptando ya un documento en el cual se ha hecho notorio un descuento el cual ha sido efectivo, por lo que no puede pretenderse que con esto se de una autorización voluntaria por parte de la trabajadora frente a los descuentos realizados; que la parte demandada manifestó que los descuentos se realizaban debido a préstamos que se le hacían a la actora, que sin embargo, fue un mero acto de mención de la parte en su interrogatorio a la parte demandada, que sin embargo, no allegó ningún documento que corroborara el monto de los préstamos, o el saldo que debía descontarse o cuantos fueron los valores, los motivos, las fechas, ningún soporte que pudiera precisar cuáles eran los valores que se debían descontar y por qué se hacían estos descuentos de manera tan alcatoria, en cada uno de los desprendibles de nómina de la parte demandante.

Que, por lo anterior, las pretensiones están llamadas y a prosperar tanto principales como subsidiarias porque si existía un trabajador con un diagnóstico vigente y en un tratamiento activo, y finalmente porque tampoco se contó con autorizaciones de descuentos dentro de los desprendibles de nómina de la acá demandante.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, en consonancia con los puntos de inconformidad a saber:

- i)** que para el momento de la terminación de la relación laboral la demandante si gozaba de la protección por estabilidad laboral reforzada, y
- ii)** que la actora tiene derecho a la devolución de las sumas de dinero descontadas en vigencia de la relación laboral, y en la liquidación final de prestaciones.

Procede la Sala a resolver el primer punto de la apelación elevado por la parte actora, esto es, que para el momento de la terminación del contrato de trabajo la señora Leonilde González era beneficiaria de la protección de estabilidad laboral reforzada, en razón a su estado de salud que refiere padecía para el momento en que la demandada decide dar por terminado el vínculo laboral.

Conforme lo anterior, observa la Sala la insistencia de la parte actora en el reconocimiento de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que señala lo siguiente:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Dño.: MOCA
PRODUCCIONES S.A.S.**

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de 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 concordancia con la norma en cita, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en reiterados pronunciamientos, entre los que se encuentra, la sentencia SL572-2021 de fecha 24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas; que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibidem*, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%.

Así las cosas, se exige un grado de discapacidad en los porcentajes referidos, que al revisar el proceso no se encuentra prueba alguna que conduzca a determinar algún porcentaje en tal sentido, ahora y en gracia de discusión, si se acogiera la tesis de la recurrente en el sentido que, la estabilidad laboral reforzada no puede predicarse exclusivamente de quienes certifique su discapacidad, sino también de aquellos trabajadores que por razón de su enfermedad se les impida el desarrollo de su potencial laboral en condiciones normales, lo cierto es que, en el presente caso, del material probatorio no se colige que la actora haya cesado en sus labores cotidianas por causa de un eventual padecimiento, y menos que, a consecuencia de su insuficiencia, bajo rendimiento o incapacidad para realizar las labores, la convocada haya tomado la decisión de desvincularla del empleo.



Ahora, consecuencialmente resulta coherente que, en razón a la ausencia de discapacidad alguna, o por lo menos no conocida en este trámite procesal, no se acredite en el proceso que la demandada haya sido informada del estado de salud de la trabajadora, puesto que no aparece ninguna comunicación dirigida a la empresa en tal sentido, y en este punto, valga aclarar que, la advertencia por parte de la Defensoría del Pueblo a la empleadora sobre el presunto estado de salud, y la acción de tutela presentada por la promotora, tuvieron lugar con posterioridad a la desvinculación laboral, instrumentos por medio de los cuales, tampoco se informa las circunstancias o grado de discapacidad de la demandante.

Y, por último, tampoco se encuentra demostrado que por razón al estado de salud que alega la parte actora, la demandada haya decidido dar por terminado el contrato de trabajo, pues nótese, que conforme la declaración testimonial de la hija de la demandante, y del escrito de demanda y de su contestación, lo que se presume es que tal determinación obedeció a una causa legal alejada de los supuestos de hecho del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, relacionada con un ausentismo laboral de la actora, situación que no fue debatida en el proceso.

Conforme lo antes considerado, el primer punto de apelación no prospera.

En segundo lugar, frente a la inconformidad sobre el derecho a la devolución de las sumas de dinero descontadas a la demandante en vigencia de la relación laboral, y en la liquidación final del contrato de trabajo, en lo que hace énfasis la recurrente al advertir que se hicieron sin autorización previa de la trabajadora.

Al respecto, sin el ánimo de incurrir en rigorismos o formalidades que invaliden el derecho sustancial de la demandante, no puede dejar de mencionarse que, en el escrito de demanda ni en el debate probatorio se puntualiza las circunstancias que rodearon dichos descuentos de los que ahora pretende la devolución la promotora, y es que, de su parte, ni siquiera se allega medio probatorio que así lo corrobore, con excepción de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Ddo.: MOCA
PRODUCCIONES S.A.S.**

liquidación de prestaciones sociales que allega a folio 21, pero no de la pluralidad de descuentos mensuales que alude, y menos, en sumas que oscilaban entre 100 y 200 mil pesos.

Sobre el particular, no puede pasarse por alto que, la parte actora demanda la devolución de descuentos realizados a la trabajadora, no precisamente porque desconozca su razón o el origen de aquellos, sino porque a su parecer tales erogaciones vulneraban el salario mínimo legal mensual vigente para la época en que se hicieron, es decir, no se alega la ausencia de autorización por parte del asalariado, como lo exige el artículo 149 del C.S.T. y las reglas de la jurisprudencia en tal sentido, y tan ello es así que, en el hecho 20 del escrito introductor pone de presente el valor del salario mínimo legal mensual vigente para los años 2012 y 2013.

Dicho lo anterior, al revisar el proceso se encuentran comprobantes de pago de nómina aportados por la parte demandada (fls.139 a 147 y 168 a 175), de los cuales no se observa, primero, descuentos mensuales en las cuantías referidas entre 100 y 200 mil pesos, y segundo, que los mismos, de los que se itera, no desconocen sino se alega es la presunta vulneración respecto del SMLMV para cada uno de los años en que tuvieron lugar, hayan impedido que la trabajadora para cada uno de los periodos mensuales haya dejado de recibir un ingreso inferior al salario mínimo legal permitido, y en tal orden de ideas, el recurso de apelación en tal sentido no está llamado a prosperar.

Por último, pese a que la parte demandante insiste en la prosperidad de las pretensiones, por las mismas razones del escrito inicial, lo cierto es que la Sala coincide con los argumentos de la convocada, no solo en la contestación de la demanda, sino también, en los términos en que se ratifica su posición en el escrito de alegatos de segunda instancia, esto es, al coincidir en lo fundamental en que, el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, puesto que, solo resulta procedente en casos de trabajadores con discapacidad como quedó explicado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: LEONILDE GONZALEZ CORDOBA Ddo.: MOCA
PRODUCCIONES S.A.S.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

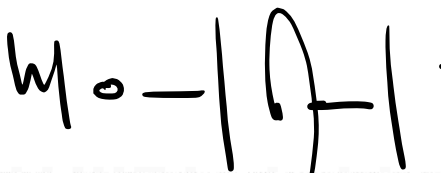
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-726-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: HUMBERTO OROZCO HENAO

DEMANDADO: JOSÉ IGNACIO OROZCO HENAO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES

El señor HUMBERTO OROZCO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y el demandado, existió un contrato laboral a término indefinido desde el 1 de marzo de 1998 al 21 de mayo de 2016, el que terminó por causas imputables al empleador, solicita se declare que el demandado incurrió en mora en el pago de las prestaciones sociales; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a este último a efectuar el pago de aportes al sistema general de seguridad social integral, cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, indemnización de que trata el artículo 65



del mismo estatuto e indemnización por no consignación de auxilio de cesantías de la Ley 50 de 1990, así como sanción por no pago de interés a la cesantía, junto con indexación de las sumas a reconocer. (fls.12 y 13)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que celebró con el demandado contrato de trabajo de manera verbal, que inició el 1 de marzo de 1998, para laborar en el establecimiento de comercio del señor José Henao, denominado Arepas la Mazorca de Maíz Maíz, como cortador de arepas, devengando como último salario la suma de \$950.000; afirma que dichas labores las desempeñó de manera personal en el establecimiento de comercio en mención ubicado en la carrera 94 M No. 91 A 15 en la ciudad de Bogotá y cumpliendo un horario de 5:00 a.m., hasta las 2:00 p.m., y únicamente descansaba los lunes si eran días festivos.

Indica que durante la vinculación que alega, su empleador no efectuó el pago de aportes con destino al sistema de seguridad social integral, como tampoco de primas de servicios, vacaciones, cesantías, horas extras y demás; que la relación laboral culminó el 21 de mayo de 2016 por voluntad del demandado y el 14 de septiembre de 2010, su empleador certificó que en efecto él laboró a su servicio en la fábrica de arepas, desempeñando el cargo de operario de planta, que el 13 de junio de 2016, requirió al señor José para el pago de las acreencias laborales adeudadas, sin recibir respuesta alguna y finalmente el 27 de julio de 2016, se llevó a cabo audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, oportunidad en que el demandado, negó la relación laboral alegada. (fls. 10 y 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado JOSÉ IGNACIO OROZCO contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 11, 13 y 14 referentes a la expedición de certificación laboral al demandante en el año 2010 y la diligencia de conciliación llevada a cabo ante el Ministerio de



trabajo y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción. (fl.30)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre el demandante y el demandado, existió un contrato de trabajo a término indefinido ente el 1 de febrero del 2000 al 14 de septiembre de 2010, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó al demandado a efectuar el pago a favor del demandante de los aportes con destino al sistema de seguridad social de pensiones, por los extremos temporales en mención, previa elaboración de cálculo actuarial por parte de la entidad de seguridad social de preferencia del demandante, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada. (fl. 201)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando:

El despacho recuerda que el problema jurídico se contrae en determinar si entre las partes aquí en contienda existió o no un contrato de trabajo desde el 1 de marzo de 1998 al 26 de mayo de 2016 y caso afirmativo verificar si hay lugar al pago de las acreencias laborales y de seguridad social reclamadas, así como las sanciones que se imploran en la demanda. En ese horizonte entonces necesario es determinar conforme al artículo 22 del código sustantivo del trabajo que se entiende por contrato de trabajo, y tenemos que es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra, persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración, quien presta el servicio se denomina trabajador y quien lo recibe o remunera empleador. Es así que de conformidad con lo estipulado en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo señala que para que se configure la existencia del contrato se requieren 3 elementos a saber, primero la actividad personal o prestación del servicio que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por si mismo; 2, la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo, cantidad y calidad de trabajo, imponerle reglamentos y; 3, la retribución de la prestación del servicio. Igualmente ha señalado la jurisprudencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia, que de conformidad con el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, una vez demostrada la prestación personal del servicio se activa en favor del trabajador la presunción de existencia del contrato de trabajo y corresponde a, en este caso, al demandado demostrar la ausencia de subordinación, la existencia de otro contrato diferente al laboral, donde se ha preponderante la autonomía en el mismo. Por ejemplo, traemos a colación la sentencia SL2480 de 2018.

En cuanto al primero de los tópicos, esto es, la prestación personal del servicio, se tiene que el demandante en efecto prestó sus servicios en favor del aquí demandado, conforme se extrae de la certificación laboral visible a folio 5 del expediente, aditada el 14 de septiembre de 2010, en la cual se señaló: “Bogotá d.c. septiembre 14 de 2010. Certificación. Por medio de la presente certificamos que el señor Humberto Orozco Henao, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 98.455.470 de Nariño Antioquia, labora en nuestra fábrica de arepas, la cual



se llama arepas de mazorca de maíz maíz, desde febrero del año 2000 hasta la fecha, desempeñando el cargo de operario de planta con un salario mensual de \$900.000 moneda corriente. La presente se expide a solicitud del interesado a los 14 días del mes de septiembre del año 2010, atentamente José Ignacio, allí suscribe cédula 79.485.389. Documento que valga indicar no fue desconocido o tachado de falso dentro de la oportunidad debida, aun cuando pudiera entenderse que de alguna manera la parte demandada quiso desconocer el documento, al indicar que no refería la realidad de lo acontecido en lo que se quiso certificado, pues lo cierto es que esta certificación tiene validez, en tanto que no es usual que una persona certifique lo que manifiesta, luego desconocer y no ha sido. Por ejemplo en la sentencia SL2032 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló: “el juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se expresa en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea como en este caso sobre el tiempo de servicios y el salario o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y de razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial, o que el juez con este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esta razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador, corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que para destruir el hecho emitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba, encontrar y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempos de servicios y salario y/o sobre cualquier otro tema de la relación laboral. Conforme a lo anterior, si bien es cierto, la Jurisprudencia de la Sala Laboral ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar el contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida, como entre otras sentencias encontramos la SL14426 de 2014 y SL6621 de 2017, lo cierto es que en el presente asunto el llamado a juicio no logra desvirtuar lo certificado en el documento de folio 5, ni mucho menos que el demandante no hubiere prestado los servicios al establecimiento de comercio de propiedad del hoy demandado; conforme a lo anterior, al no lograrse desvirtuar lo certificado, el despacho de conformidad con el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, al demostrarse allí la existencia de la prestación de los servicios en los extremos que allí se certificaron, se declarará entonces probada la existencia de un contrato de trabajo, conforme esta presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, a término indefinido, conforme lo señala el artículo 47 del código sustantivo del trabajo.

Por ello, el despacho se adentra a verificar los extremos de la relación laboral que se acaba de indicar. Respecto al extremo inicial, se advierte de la certificación laboral que el mismo surgió a partir de febrero de 2000, por lo que se tendrá esta fecha, dado que la parte actora no acreditó que la misma hubiese sido a partir de 1998, pues no se allega prueba donde se corrobore esta situación, por tanto, se tendrá en cuenta como inicio de la relación laboral el 1 de febrero de 2000. Respecto del extremo final, se advierte que la demandante manifiesta que la misma terminó el 21 de mayo de 2016, no obstante, no logró probar conforme al artículo 167 del código general del proceso, que en efecto eso haya ocurrido hasta esa data, dado que la testigo Fanny Henao de los Ríos, al margen de la tacha que se propuso frente a su declaración, es una persona que a juicio de este juzgador, conforme los principios que inspiran la valoración de la prueba prevista en el artículo 61 del código procesal del trabajo, no le da credibilidad a su testimonio. Lo anterior comoquiera que no es usual que una persona que manifiesta haberle constado la relación laboral entre las partes porque laboró en el mismo establecimiento de comercio, no recuerde cuando ingresó a laborar y cuando se retiró; incluso, es enfática en advertir esta testigo que no recuerda las fechas de entrada y salida de su supuesta prestación del servicio. Nótese como a lo largo de su relato empieza a mencionar fechas que incluso son posteriores al extremo final que se aduce en la demanda, como por ejemplo, aludir a los años 2018 y 2019, donde se presume no hubo ninguna prestación de los servicios. De otro lado, en gracia de discusión se admitiera que la testigo da fe de la prestación de los servicios que efectuó el promotor del juicio en favor del demandado, ningún extremo de la relación laboral pudiera ser tenido en cuenta por las contradicciones advertidas precedentemente y por lo tajante que fue en señalar que no recordaba las fechas de ella, luego no nos deja otra alternativa sino de indicar que no le consta los extremos laborales, aun cuando en gracia de discusión se admitiera la credibilidad del mismo, que para mí insisto no es creíble su declaración. En



consecuencia, para todos los efectos legales el despacho tomará como extremo final de la relación laboral, la fecha de emisión de la certificación de folio 5, esto es, 14 de septiembre de 2010.

Ahora, en lo que concierne a salario, no existe una prueba de la remuneración que devengaba el actor, diferente a lo certificado en el año 2010, en el documento de folio 5, por ello para todos los efectos legales se tendrá como salario mínimo los demás años, con excepción del año 2010, pues para dicha calenda, el actor según esa certificación devengaba \$900.000. Así las cosas, se entra a determinar el valor de las acreencias o indemnizaciones que se reclamaban, pero previo a ello, necesario es hacer un estudio del fenómeno prescriptivo. Y en tratándose de la declaratoria de un contrato realidad, tenemos que la sentencia tiene efectos declarativos y no constitutivos, es decir no busca crear el contrato de trabajo, simplemente indicar o declarar que el mismo existió y en tal sentido, lo ha señalado la sala laboral de la corte suprema de justicia, entre otras sentencias radicado 41522 del 14 de agosto de 2012. Por consiguiente, la prescripción de los derechos reclamados se deben contabilizar desde que cada uno se hizo exigible, que para el caso de las cesantías se hace exigible a partir de la terminación del vínculo laboral, sentencia radicado 34393 de 2010, SL8936 de 2015. Acorde con lo expuesto tenemos que al haber terminado la relación laboral el 14 de septiembre de 2010 y al haberse presentado la reclamación el 27 de julio de 2016, la cual se entiende surtida con el acta de audiencia fallida visible a folio 7, se concluye que entre una y otra fecha transcurrieron más de los 3 años a que alude el artículo 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal de trabajo y la seguridad social, por lo que operó el fenómeno prescriptivo respecto al auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto del artículo 64 del código sustantivo del trabajo y las sanciones moratorias consagradas en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, artículo 65 del código sustantivo del trabajo, y la indexación que se pretendía.

Sin embargo, en lo que respecta a los aportes al sistema de la seguridad social, específicamente en pensiones, es menester precisar que estos no se ven afectados por el fenómeno de la prescripción, en razón a que los mismos conforman el capital fundamental para consolidar y financiar la pensión, prestación que resulta a todas luces imprescriptibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la constitución nacional, y así lo ha sostenido también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL738 de 2018. Al amparo de lo expuesto al haberse la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, y al no haberse demostrado el pago efectivo de estos rubros, siendo esta una obligación del empleador según las disposiciones contenidas en los artículos 15, 16 de la ley 100 de 1993, se condenará al señor José Ignacio Orozco Henao al pago del aporte en seguridad social en pensiones, para lo cual el demandante aportará al fondo de pensiones de su preferencia copia de este fallo, a fin de que esa entidad elabore el correspondiente cálculo de las sumas debidas, teniendo en cuenta como extremo inicial de la relación laboral el 1 de febrero de 2000 y fecha final el 14 de septiembre de 2010, conforme el salario indicado anteriormente.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Tal como lo fue manifestado principalmente argumentando y trayendo a colación que si bien dentro de las testimoniales acordadas o traídas a colación en el presente proceso no se pudo establecer la fecha final del contrato, si se tiene que tener en cuenta que mi representado mediante derecho de petición del 13 de junio de 2016 manifestó y señaló como fecha de terminación del contrato el 21 de mayo de 2016, hecho que también es referido y señalado en el acta de conciliación traída a colación, el que fue aceptado por parte de la demandada sobre la existencia de la conciliación y en la que se señaló por parte del señor José Ignacio Henao, que no existió ningún vínculo laboral pero que el señor si vivió en mi casa, pero no trabajaba para mí; hecho que hace que sea válido la



fecha del 21 de mayo de 2016 como fecha de terminación del vínculo laboral, conforme a las pruebas aportadas, lo cual solicito que sea tenido en cuenta por parte del tribunal para efectos de determinar los extremos finales de la relación laboral. En los anteriores términos solicito sea modificada la sentencia aquí impugnada, para que en su lugar se condene al pago de las prestaciones traídas a petición dentro del escrito demandatorio inicial.

La parte demandada indicó:

Si bien es cierto el criterio establecido por el máximo tribunal en lo laboral en lo que corresponde a la carga de la prueba, y que tal carga de la prueba deberá ser debidamente refutada por la parte convocada a juicio, valga la pena traer a colación que dentro del presente asunto y más dentro del iter procesal, se logra establecer que hay una ausencia absoluta de subordinación, esto por cuanto no se probó que hubiese una prestación personal del servicio, en función del artículo 23 del código sustantivo del trabajo, se establece que son 3 requisitos esenciales para la constitución de un contrato de trabajo, en tal sentido, se tiene que le correspondería a mi representada haber probado en debida oportunidad la ausencia de estos 3 elementos, y en este sentido se puede observar que del interrogatorio absuelto por el demandante, así como de los testimonios, no se logró acreditar en debida forma una prestación personal del servicio por parte del demandante. Esto, teniendo en cuenta que el mismo ni siquiera sabía qué actividad o que labor hacía, lo mismo sucedió al momento de rendir testimonio, absolver testimonio, la testigo la cual lo puso en múltiples actividades pero sin concretar una en específico.

Así mismo, como segundo elemento del artículo 23 se establece una remuneración como contraprestación personal del servicio, y llama la atención al respecto por cuanto el demandante no tenía ni siquiera conocimiento de cuánto era lo que ganaba. Cosa que si hizo el testigo, es decir, atendiendo también la tacheta que fue debida y oportunamente formulada, el testigo se encontraba preparado al punto tal que sabía cuánto devengaba el demandante, sin embargo, el demandante no sabía cuánto ganaba el mismo. Como tercer elemento del artículo 23 se establece la subordinación como elemento propio de la relación laboral, en este sentido, se puede observar que de manera unificada, tanto el demandante como su testigo, en ningún momento lograron acreditar efectivamente algún tipo de orden que le fuese impartido por el hoy demandado, todo lo contrario, de acuerdo a lo que menciona la misma testigo, se indicaba se que ejecutaban ciertas actividades al interior del predio del hoy convocado a juicio, pero sin que mediase algún tipo de orden, lo cual conllevaría a establecer que en caso remoto que hubiese existido alguna prestación de servicio, la misma, uno, no es posible que no hubiese sido personal y segundo que la ausencia de algún tipo de orden, conllevaría a la terminación de algún tipo de relación jurídico comercial, diferente a la de un contrato de trabajo. Así mismo, dentro del proceso, se logró acreditar la razón por la cual el demandante estuviera en las locaciones donde funciona la empresa, y esto se desprende básicamente de dos situaciones, primero, que era hermano, segundo, que vivía sin pagar ningún tipo de emolumento o sin cancelar nada al propietario de la vivienda, es decir, al hoy demandado, y como tercer elemento que en esta misma locación vivía o vive y habita la señora madre de las hoy partes. En este sentido es claro que por el hecho de vivir la madre de las hoy partes, es un criterio establecido por la sala civil de la corte suprema de justicia, que le es permitido a sus hijos o a sus descendientes poder acceder a visitarla sin ningún tipo de impedimento, como segundo elemento es claro identificar que nosotros tenemos que el demandante reconoció que vivía en las locaciones donde funciona la empresa, aunado a esto, acreditó que funciona la empresa pero nunca identificó que prestara algún tipo de servicio al interior de la empresa, lo cual conlleva a acreditar que no tenía ningún rol funcional en calidad de trabajador u operario. También se logró identificar que se emitió, se expidió la certificación a efectos de ayuda y colaboración mutua para el hermano, precisamente para que el mismo pudiese conseguir algún tipo de trabajo o pudiese acreditar algún tipo de experiencia; certificación esta que si bien es cierto no permitía tacheta porque no había una tacheta material, sino una tacheta ideológica, es decir lo expresado en la carta no se compaginaba con lo verificado dentro de la realidad, la misma no podía ser invalidada porque si bien es cierto la rúbrica fue debidamente expedida, pero el contenido de la misma no hacía fe a lo que realmente



había pasado, situación esta que quedó demostrada dentro del proceso al verificar que lo que dice la carta de certificación es completamente distinto a lo que el mismo demandante y sus elementos probatorios permiten colegir o permiten concluir. Es de esta forma, que nosotros logramos acreditar que se encuentra desvirtuado en debida forma lo que en su momento fue certificado, y ahora bien deberá entenderse cual fue motivo o la razón para emitir esta certificación. Y que mayor valoración para emitir la misma que el hermano que sin intercambio alguno de dinero permite a su consanguíneo vivir durante un lapso prolongado en su propia vivienda, sin cobrar nada a él y a su propio hijo, criterio fundamentación esta que logra también establecer algún tipo de interés para emitir esta certificación a pesar de que la misma no tuviese correlación con lo que realmente pasaba; razón por la que queda debidamente demostrada la falsedad ideológica o la contradicción entre la realidad y la certificación emitida. Ahora bien y por último, en relación a lo que concierne a la prescripción, es importante tener en cuenta que de manera reiterada la sala laboral de la corte suprema de justicia ha establecido que a pesar de que no fuese reconocida en algún momento la relación laboral, efectivamente acaece el fenómeno prescriptivo, toda vez que en función o en desarrollo del derecho subjetivo, esto es, la facultad que tiene la persona de poder reclamar sus derechos, nunca le ha sido impedido ni ha logrado demostrar un impedimento valido que le permita ejercer de manera clara, plausible y oportuna sus derechos, de esta forma se logra establecer que entre la “fecha de finalización declarada por el juzgado” y la fecha en la que se hace la reclamación, ha logrado transcurrir más allá del termino legalmente establecido para la prescripción.

Razón por la que, al no acreditar en debida forma un hecho que impida el ejercicio de la voluntad o la reclamación de los derechos, no puede desconocerse el acaecimiento del fenómeno prescriptivo. Razón por la que, en caso de que se confirme el fallo que acaba de ser emitido por el despacho, habrá lugar también a impartir aprobación a lo concerniente a la prescripción, toda vez que la parte demandante en ningún momento logró acreditar una imposibilidad física, jurídica o legal que impidiera que la parte demandante pudiese llevar a cabo algún tipo de reclamación al respecto.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad, la existencia de la relación laboral entre las partes, el extremo final y si opera la prescripción en cuanto al pago de cálculo actuarial objeto de condena.

Para resolver lo anterior se tiene que en tratándose de la existencia de un contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: **i)** la actividad personal del trabajador; **ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y **iii)** el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se**



entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Teniendo en cuenta lo anterior y si bien la parte demandada señala en su recurso que para el caso de las partes aquí demandante y demandada, no se configuraron los elementos propios del contrato de trabajo antes señalados, debido a que tanto el demandante como su testigo, al rendir declaraciones durante el trámite procesal, no dieron cuenta fidedigna de tales circunstancias; lo cierto es que como bien lo indicó el juzgador de instancia, la existencia de los elementos propios del contrato de trabajo se logra determinar de manera fehaciente con la certificación laboral expedida por el demandado José Ignacio Orozco el 14 de septiembre de 2010, visible a folio 5 del plenario, que no fue tachada de falsa y de la que se extrae que este último indica que el demandante **labora** en la fábrica de arepas de Mazorca Maíz Maíz de su propiedad, desde febrero del 2000 y hasta la fecha de expedición de la documental bajo análisis, finalmente indica que devengó como **salario** una suma mensual de \$900.000.

Así las cosas y si bien como afirma la parte demandada, respecto a la subordinación, no se tiene certeza de quién ejercía dichas facultades respecto del demandante, ello no es óbice para desacreditar el vínculo de índole laboral certificado por el mismo demandado en la documental bajo estudio, en virtud de la cual, el demandante devengaba un salario, elemento este propio del vínculo de naturaleza laboral antedicho; en cuanto al contenido de las certificaciones laborales, como bien lo señaló el Juez de primer grado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que las afirmaciones contenidas en ellas respecto del vínculo laboral, se deben tener como hechos ciertos y de negarse tal certeza por la parte que las expidió, debe probar de manera fehaciente, que lo consignado allí, no corresponde a la realidad; así lo señaló en reciente sentencia SL639 del 2 de febrero de 2021:

*Sobre el hecho de desvirtuar las certificaciones laborales, ha sentado esta Corporación que el empleador que quiera desdecir de lo que él mismo manifestó por escrito, **cuenta con una exigencia probatoria mucho más rigurosa para lograr su cometido,***



puesto que debe acreditar en qué condiciones de modo, tiempo y lugar se dio la afirmación falaz y qué lo motivó a certificar algo que manifiestamente estaba fuera de la realidad de las cosas.

Así lo ha entendido la Sala en diversas providencias de tiempo atrás, entre otras, en las sentencias CSJ SL758-2018; CSJ SL2032-2018; CSJ SL2600-2018; CSJ SL4735-2017; CSJ SL17514-2017; CSJ SL16528-2016; CSJ SL14426-2014; CSJ SL, 30 abril de 2013, radicación 38666; CSJ SL, 24 agosto de 2010, radicación 34393; CSJ SL, 23 septiembre de 2009, radicación 36748. Precisamente en la sentencia CSJ SL, 8 marzo 1996, radicación 8360, señaló:

*El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. **Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.** (negrilla fuera del texto original)*

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que respecto del contenido de la certificación aludida, la parte demandada únicamente se limitó a afirmar que fue expedida para que el demandante contara con experiencia laboral certificada; dicho que no supe la carga probatoria que le corresponde a efectos de demostrar lo contrario a lo consignado en dicha documental; de tal manera, que al no haberse allegado medio probatorio que tenga la magnitud para desvirtuar lo expresado en ella, se tiene como cierta la realidad que plasma dicha certificación en cuanto a la existencia de la relación laboral que unió a las partes desde el año 2000.

Ahora y en cuanto al extremo final de la relación laboral certificada por el demandado, se tiene que nada lleva a determinar que como lo indica la parte demandante, esta se haya extendido hasta el año 2016, dado que el contenido de lo expresado en derecho de petición que alude elevó ante el demandado, es un documento elaborado por la misma parte **demandante**, de igual forma, esta misma parte alegó tal extremo final de la relación laboral ante el Ministerio de Trabajo, lo cierto es que como este mismo señala en escrito de demanda, la relación laboral aquí alegada, en dicha oportunidad **tampoco fue aceptada por el demandado**, razón por la cual, tales afirmaciones indicadas por la parte demandante en su recurso para



comprobar el extremo final alegado, no suple el efecto pretendido, pues nada lleva a determinar que la relación laboral declarada, se haya extendido hasta la data en mención.

Por lo analizado en precedencia y como quiera que no hay lugar a modificar el extremo final de la relación laboral declarada en primer grado, en efecto, se encuentran prescritos los derechos laborales emanados de esta a excepción del pago de aportes con destino al subsistema de seguridad social en pensiones a través de cálculo actuarial, pues contrario a lo manifestado por la demandada, en su recurso, tales aportes ostentan la naturaleza de **imprescriptibles**, con independencia de la fecha en que estos se reclamen ante el empleador, cuestión que ha sido ampliamente reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre muchas otras, en reciente sentencia SL2590 de 2020, M.P., Ómar Ángel Mejía, oportunidad en que señaló:

*De igual manera, se propuso la excepción de prescripción, frente a lo cual se ha de indicar que dicho medio exceptivo no puede prosperar, **por cuanto el pago de aportes pensionales, constituyen una obligación encaminada a financiar la pensión de vejez del demandante que es de carácter vitalicio, y por la naturaleza del derecho en juego, que es fundamental e irrenunciable, el pago de los títulos pensionales a transferir es imprescriptible** (CSJ SL 21798, 9 ago. 2006 y CSJ SL941-2018).*

Así las cosas, no se puede predicar prescripción respecto de la obligación de efectuar el cálculo actuarial objeto de condena, ante su naturaleza imprescriptible, razón por la cual, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-490-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA ISABEL BURITICA DUQUE
DEMANDADO: ASOFONDOS DE COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de enero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas alegaciones por parte de la demandada.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA ISABEL BURITICÁ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que ORDENE a la demandada a reintegrarla al cargo que desempeñaba en iguales condiciones salariales en que se encontraba a la fecha de su despido, pues este se efectuó cuando estaba en situación de indefensión y debilidad



manifiesta, como consecuencia de tal reintegro peticiona se condene a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en razón de 180 días de salario, al pago de los salarios dejados de cancelar, primas de servicios y aportes al sistema de seguridad social integral desde la fecha de su despido y hasta la del reintegro, junto con indexación de dichas sumas. (fl.7 y 8)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se vinculó con la demandada a través de contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1 de julio de 2007, que su remuneración salarial inicial fue de \$950.000, desempeñándose en el cargo de auxiliar de operaciones, siendo designada el 25 de agos de 2008 para ejercer el cargo de Analista Operativo I, que para el año 2010 y estando vinculada con la demandada le fue diagnosticado tumor en el cráneo el que le fue extirpado para el año 2012, enfermedad que alteró su sistema nervioso y empezó a padecer deficiencia en el sistema óseo, padecimiento por virtud del cual, se le expiden varias incapacidades.

Afirma que su padecimiento le obligó a solicitar varias veces permiso a su empleador para asistir a citas médicas y tratamientos, que el 27 de abril de 2016, la empresa de salud Quiro – Life, le informa la necesidad de adelantar un tratamiento de columna por un término de 3 a 6 meses, que comprendía 3 sesiones por semana, que como consecuencia de su deficiente estado de salud fue reubicada en el puesto de recepción a partir de mayo de 2016, asignándosele la labor de colaborarle a la señora Beatriz González, quien estuvo al tanto de su condición física, al igual que el señor Javier Gutiérrez, que dicho cambio de funciones, le indicó la Vicepresidente de la Compañía, tuvo lugar para crearle condiciones laborales necesarias para su pronta mejoría y bienestar.

Afirma que por ser la demandada una empresa pequeña, su estado de salud fue conocido por sus compañeros de trabajo, que el 16 de mayo de



2016, solicitó unos días de vacaciones, los cuales disfrutó a partir del 23 de mayo de dicha anualidad, los que fueron empleados para asistir a chequeos médicos y el 7 de junio de 2016, sin tener en cuenta su estado de salud, la demandada procedió a dar terminado su contrato sin justa causa, siendo este el mismo día que se reintegró de sus vacaciones, sin solicitar la autorización correspondiente como lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Señala por último que conforme a resumen de su historia clínica expedido por la EPS Compensar el 20 de junio de 2016, padecía de grave afección en su columna vertebral, historia de la que tenía conocimiento la demandada, que su último salario ascendió a la suma de \$4.453.000 y desde la fecha de su despido no ha logrado reincorporarse al mercado laboral. (fls. 3 a 7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada, se opuso a prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos No. 1 a 6, 8, 16, 19 y 22 relativos a la existencia de la relación laboral, el salario inicial devengado por la demandante, el cargo desempeñado, su ascenso en el año 2008, el diagnóstico de tumor en el año 2012, las incapacidades que le generó tal padecimiento, el ascenso de la señora Sandra Salgado al cargo de Gerente de Operaciones, la solicitud para el disfrute de vacaciones y el último salario devengado, negó los No. 9 a 14, 17, 18 y 25 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de obligación laboral, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y compensación. (fl. 142).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR probada la excepción de inexistencia de obligación laboral propuesta por la demandada, negó las pretensiones de demandada y condenó en costas a la demandante. (fl. 279)



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Del análisis del caudal probatorio se determina que se dispondrá la absolución por las razones señaladas a continuación: dentro del proceso no se encuentra acreditado que las circunstancias de salud de la demandante dificultaran de manera sustancial desempeñar sus funciones, máxime cuando ni siquiera se advierte de manera documental colegir afecciones de salud considerables posterior a la extirpación del tumor del año 2012 destacándose que si bien de su historia clínica se logra extraer que asistió a citas médicas y en ocasiones estuvo incapacitada esto ocurrió en forma esporádica o se acredite una patología frecuente o recurrente que perturbara hasta la fecha su despido sino que se trataba de diagnósticos comunes aislados. En efecto, para esta juzgadora no hay discusión a propósito que si bien hasta el momento de la desvinculación de la trabajadora había sufrido un padecimiento de salud, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía éste se presentó dos meses antes de terminar el contrato de trabajo generando la incapacidad de 5 días sin que se hubiera podido comprobar que la permanencia por los entes competentes de tal condición de salud hasta la fecha de finalización del contrato de trabajo la cual además no dio lugar a emisión de recomendaciones, restricciones médicas por parte del sistema de seguridad social competente niega pensar que existieron unas pruebas de unos tratamientos realizados en el centro quiropráctico llamado Quiru - lab dedicado a la medicina natural tales pruebas no referían una situación de discapacidad o una entidad suficiente que permita concluir razonablemente que la señora Buritica Duque para el 8 de junio de 2016 era una persona en situación de debilidad manifiesta a los términos referidos pues como ya se indicó para este momento, no se encontraba siquiera incapacitada, cabe destacar que en la historia clínica de la demandante tampoco se logra establecer que la patología denominada trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía hubiese sido una afectación médica de sus funciones que le impidieran o le dificultaran sustancialmente el desempeño de su labor pues con posterioridad a esta incapacidad referida en la que hemos hecho mención anteriormente pudo laborar sin problema alguno al punto que solo se ausentó únicamente forma esporádica para disfrutar de sus vacaciones como se indicó en el escrito de la demanda y se corrobora con escrito visible a folios 90

Es por lo anterior valga la pena recordar que como ya se había hecho alusión no puede entenderse que cualquier circunstancia que derive de una afectación de salud necesariamente implique la existencia de una condición especial protección constitucional para el sujeto que la padezca sino que para este presupuesto se cumpla ese imperativo en solicitante aunque no se encuentre una calificación porcentual de discapacidad se encuentra en cursó una situación de salud que le impide o le dificulte de forma sustancial el desempeño de las laborales. Ante todo lo dicho concluye este despacho que no se encuentra estructurado el elemento objetivo del fuero de salud, por el contrario no se acreditó al momento del despido de la demandante tuviera una especial protección, que ameritara una protección de este rango; ahora bien se advierte que la señora Buritica Duque no pone en conocimiento de empleado inconvenientes de salud que adujo padecía al momento del despido, pues no se logró acreditar que dicha situación, más allá de la incapacidad médica el 4 abril 2016 que reposa a folio 96 en la que consta el sello recibido por parte de asofondos situación que se resalta ocurrió dos meses antes de la afiliación de su contrato laboral sin que este último no hubiese aportado copias de tratamientos médicos por entidades de salud competentes con lo cual se puede constatar la continuidad de su padecimiento y el conocimiento que tenía la sociedad demandada de sus afectaciones de salud relevantes y que mereciera una protección especial como se refirió, frente al conocimiento del empleador se destaca también las aclaraciones de los testigos Carlos Manuel Esteben y Jesús Orlando Rodríguez yerno y expareja de la demandante respectivamente quienes insistieron en que la situación de salud de esta última era evidente para movilizarse; no obstante en cuanto a la situación laboral de la actora manifestaron no tener conocimiento, así al preguntársele también al testigo Carlos Manuel Esteben si tenía conocimiento acerca de lo que le había informado asofondos de su estado salud el respondió no tengo conocimiento de los hechos oficiales laborales de la situación, al cuestionar a Jesús Orlando Rodríguez sobre el mismo asunto señaló siempre sí posteriormente pues ella me comentó en



este sentido además de lo ya expuesto en este mismo sentido se colige que sus hechos se limitan a narrar situaciones personales y familiares de la actora puesto que el seguimiento laboral de la señora Buritica Duque vamos a tener únicamente el conocimiento que la misma demandante les proporcionó constituyéndose en los Testigos a lo que no se puede dar mayor valor probatorio en tanto sus dichos no son suficientes para acreditar el conocimiento de la sociedad demandada respecto a la patología o dolencia que adujo padecer la actora para el momento de la terminación del contrato de trabajo, cabe advertir que contra estos testigos fue formulada la tasa de sospecha por parte del apoderado de la parte demandada ante lo cual considera el despacho que esta no se encuentra estructurada en tanto se trató de una versión libre y espontánea sin que note una intención de favorecer a la parte activa, incluso ellos manifestaron frente a la situación laboral no tenían ese conocimiento.

Además el testimonio que se escuchó de la señora Ana Beatriz González secretaria recepcionista de Asofondos, de su dicho se extrae que la demandante tenía dolencias relacionadas con la operación de la cabeza y sin embargo al indicarse si recordaba para qué fechas recibió tal operación refirió en forma desacertada que en el 2015 o 2016 además al preguntársele si conocía que la demandante tuviese algún tipo de dificultad para desplazarse dijo ¡que yo sepa! seriamente la señora Carmen Mireya García coordinadora administrativa de asofondos indicó de forma contundente desconocer que al momento del retiro la demandada se encontraba incapacitada o con alguna enfermedad que le impidiera ejercer normalmente sus funciones. Por su parte Jenny Aguirre Sandoval el testigo en común quien se desempeñó como vicepresidente de operaciones y proyectos asofondos indicó que la demandante tuvo incapacidades esporádicas, que un mes antes del despido estuvo incapacitada por una lumbalgia, sin embargo indicó que dicha situación no se la había sido remitida ninguna orden de la EPS, manifestó conocer que la demandante estaba realizando unas terapias para lo cual se le estaba otorgando el permiso finalmente refiere que podía caminar con normalidad la demandante descartando que tuviese un problema para desplazarse, además la señora Sandra Salgado gerente de operaciones de asofondos y jefe inmediata de la actora manifiesta recordar que las incapacidades de la Señora Buritica Duque presentadas en el mes de abril de 2016 se debían a su dolor de columna que la demandante le comento que el médico le había prohibido usar tacones sin embargo adujo que a ella no se le había hecho entrega de alguna certificación o instrucción emitida por parte de la EPS pues con ello también se corrobora que tampoco existe en el plenario dicho documento, tal situación también se acompasa con lo expuesto por Clara Elena Real de Gutiérrez representante legal de asofondos quién manifiesta que la terminación del contrato de la actora se debió a motivos laborales sin que tuviese conocimiento que al momento del despido la demandante presentara algún tipo de dificultad para moverse.

De los dichos ya referenciados Asofondos conoció que la actora tomó unas terapias y le proporcionó unos permisos para asistir a tratamientos en centros médicos independientes a la fecha de terminación del contrato de trabajo no había sido notificada de recomendaciones o restricciones médicas emitidas por entidades de salud competentes con ocasión al estado de salud de la trabajadora dado que las declaraciones de sus compañeros de trabajo y jefes inmediatos coincide al indicar que la actora no presentaba problemas para desplazarse que fuesen notorios y de tal envergadura que por lo menos mostraran una alerta a la empresa demandada de que debía tener un trato especial y esta trabajadora merecía una protección especial. Ahora bien, también es dable destacar que la parte actora llega a una reubicación del puesto de trabajo como consecuencia del estado de salud de la señora Buritica Duque que se lleva a cabo el mes de mayo de 2016 generando una desmejora laboral frente a tal situación es necesario aludir a situaciones expuestas por los declarantes en sentido que si bien la demandante fue cambiada físicamente de puesto de trabajo aun ubicado en la secretaria o recepción cambiándose algunas de sus funciones ello se debió a razones de su desempeño laboral que se presentaba de años atrás tal como lo afirmaron de forma coincidente las señoras Carmen Mireya García, Orfa Jenny Aguirre Sandoval, Isabel Liliana Salgado sin que dicho cambio hubiese implicado alguna asignación de funciones de recepcionista que conllevara a una desmejora en los términos que se plantean en la demanda. Ante lo cual se resalta que la declaración de Ana Beatriz González recepcionista de Asofondos si sabía



porque la demandante había sido trasladada cerca al puesto de recepción indicó pues la verdad no sé exactamente, me imagino que porque tenía ella incapacidades pero la verdad es exactamente no sé porque la trasladaron ahí añadiendo más adelante exactamente no sé porque fue de la nada yo nunca me entero de esas cosas que pasan en la asociación me entero cuando ya pasan, testigo haciendo en principio una referencia que el traslado se dio con ocasión a unas incapacidades desde su expresión me imagino se extrae que no tiene conocimiento cierto de la situación, más cuando posteriormente dice no saber específicamente esto.

Ahora bien, tampoco puede pasar por alto el despacho la contradicción existente entre la declaración que absolvió la señora Clara Elena Reales frente a asofondos en indicar que fue trasladada a otro puesto de trabajo debido a que ese computador tiene unos programas especiales que la señora Buriticá Duque requería para realizar sus funciones entre las cuales se encontraban los trámites operacionales relacionados con el trámite de tutela las cuales habían antes y continúa haciendo en contraposición a ello los demás testigos ya referidos aseguran que el cambio de puesto se dio porque necesitaban de la persona que le habían sido asignadas las funciones de resolver las operaciones de trámite de tutela de las que fue despojada la demandante que estuvieran entonces con el resto del grupo operativo de la empresa debido a que la sociedad no contaba con un espacio suficiente ni equipos de cómputo dejando a cargo a la señora Marta Isabel Buriticá únicamente lo relacionado con las entidades voluntarias tal como lo afirmó su jefe inmediato Sandra Liliana Salgado, no obstante las situaciones no resultan contundentes para los resultados del proceso puesto que con las afirmaciones ya referidas no se logra acreditar que la circunstancia por la cual se dio el cambio de puesto de trabajo se realizó con ocasión de la situación de salud de la actora menos aún que los motivos referentes al trabajo o rendimiento laboral de la señora Buriticá que salieron a flote en el desarrollo de la prueba testimonial se hubiese dado como consecuencia del estado médico que como ya se indicó pues no merecía una protección especial a la juicio de este despacho, de lo cual entonces resulta forzoso concluir que en efecto no se trató de un despido discriminatorio sino una circunstancia propia y del resorte de la empresa demandada, bajo esta premisa el reservo probatorio no puede inferirse a la existencia estado laboral forzada así como tampoco a una situación de discriminación que permita que el despido se tornó ineficaz.

RECURSO DE APELACIÓN

Indicó la parte demandante:

En primer lugar al afirmarse que no se convalidó el tratamiento terapéutico por la EPS o no sé probó que estaba enferma debo manifestar que si bien es cierto la EPS no aprobó el tratamiento que estaba recibiendo la señora Buriticá se debió a que ella no hizo el trámite pertinente para que así fuera, para que fuera aprobado por la EPS o convalidado por la EPS, pero eso no quiere decir que no haya existido un tratamiento, sí que empezó en el mes de abril y terminó mucho después del despido, es decir que en ese sentido hay una condición de discapacidad no necesariamente consecuencia de enfermedad laboral pero sí que mermaba su capacidad de trabajo, esa situación está aprobada como bien lo dijo la doctora en el informe en la historia clínica de la EPS que fue entregada el día 20 de junio de 2016 es decir en el mismo mes, en el en el mismo periodo en que fue despedida la trabajadora y que deja ver que en efecto si tenía un problema lumbar y estaba siendo tratada, considerada para una posible intervención quirúrgica, intervención quirúrgica que no se dio precisamente por el tratamiento que le hace Quirolife, ahora ese tratamiento que estaba recibiendo y esa condición también es reconocida por su jefe inmediato en el testimonio que de la doctora Sandra Salgado ella dice yo le daba la autorización para que recibiera las terapias ahora no era una terapia cualquiera eran tres veces en la semana que debía darle ese permiso porque era 3 veces unas terapias sumamente costosas como se deja ver en la información que consta en el expediente pagaba por cada sesión \$90.000 mil pesos de



tal manera que estamos ante un costo muy grande para una persona que acaba de ser despedida pero que ella la continúa por la importancia que era para su salud si además señala la doctora la incapacidad de 5 días previa a la fecha del despido en donde en efecto se habla de una enfermedad lumbar lo que quiere demostrar realmente esta capacidad o nos debe dejar ver es que estaba enferma y que no es una enfermedad que se cura de un día para otro, es una enfermedad degenerativa que causa mucha dificultad y qué es impedia por supuesto la movilidad para mi representada como en efecto queda probado con los testimonios que presentó la parte actora, esto es testimonio es cierto si son testimonios de oído en los temas que están dentro de la empresa pero frente a la situación de salud de mi representada son muy claros cuando ellos manifiestan que no podía subir escaleras, que debía inclusive en alguna oportunidad le tocó al Señor Orlando cargarla porque el dolor era tal que no la dejaba movilizarse, de tal manera que el estado en que se encontraba mi clienta está aprobado dentro del expediente está aprobado como documentalmente y está aprobado a través de los testimonios por esa razón no estoy de acuerdo con lo dicho por la señora juez, ahora bien el hecho de que tenga una debilidad manifiesta como en efecto se puede probar con los testimonios que he señalado, significa que debería de tener una protección especial por la empresa en consideración de esa situación; es decir debería garantizar el derecho a la estabilidad laboral y que no se lo garantizó al momento en que la despidió, se encontraba obviamente en una situación de vulnerabilidad la Señora Marta Buritica durante todo este período en el cual se le identifica la enfermedad en la columna y durante todo el período que es tratada la enfermedad en la columna, es evidente como también lo deja ver el señor Néstor Toledo trabajador de esta empresa contratada por Asofondo contratado para capacitar a la trabajadora en un futuro trabajo él lo dice claramente que lo primordial es que la señora se prepare para una cirugía próxima a tener y posteriormente continuaremos la capacitación.

Esto no puede ser inventado, salido de la nada sino que debe ser de acuerdo a la información recibida, documental, verbal como sea pero eso se lo dice al momento del despido inmediatamente después del despido, usted lo comunica a la empresa es decir antes de que la señora Buritica le solicitó revisar la decisión a su jefe, al gerente Señor Montealegre en carta del 17 de junio en donde explica las condiciones tanto de salud como lo que ella señala como acoso laboral si por parte de Sandra Salgado su jefe inmediata, yo lo digo y lo repito adora las directivas de la empresa en este proceso y en la mayoría de los procesos laborales cuidan lo dicho y hecho por la empresa de tal manera que ellos era de esperarse que dijeran que no les consta si la señora tenía o no dificultad al movilizarse y como en efecto lo dicen las personas que están cerca más próximas a ella por eso entonces doctora no estoy de acuerdo con el fallo como también el hecho de no haberse escuchado a la señora Marta Buritica dentro del proceso si bien es cierto el interrogatorio de parte fue solicitado por la empresa y se desistió de él, era una obligación prácticamente es obligación escuchar y haber oído que tenía que decir frente a su situación, que tenía que decir frente a lo que está viviendo hoy y las enfermedades que han proseguido después del despido, enfermedades que obviamente no están dentro de la historia clínica y de la hoja de vida de la de la Señora Marta pero que sí existen y es una realidad.

Ahora bien con respecto a el reconocimiento o no de lo dicho por Quirolife si debo decir que el Ministerio de Educación nacional mediante resolución número 21949 del 22 de diciembre de 2014 convalidó reconoció para todos los efectos académicos ilegales en Colombia el título de Doctor en quiropráctica a kolbi weber king es decir la persona que da el diagnóstico en donde señala la enfermedad que estaba padeciendo la Señora Marta Buritica y que está documentado esta afirmación y que seguramente se tendrá en cuenta en la segunda instancia, entonces insisto en la obligación que tenía la empresa por el estado de debilidad manifiesta de mi representada durante la época en que fue despedida la obligación que le asistía de cumplir con el artículo 26 de la ley 361 de 1997 la obligación que le asistía en cuanto la jurisprudencia ha dicho que no necesariamente tiene que estar incapacitada que puede estar en tratamiento la persona lo ha dicho la jurisprudencia de la corte constitucional en la jurisprudencia C320 del 2016 como la sentencia T 394 de 2014; de tal manera que no se solicitó el permiso que debería solicitarse ante el inspector de trabajo y en ese sentido no se cumplió con la norma que exige para estos casos en particular.



CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que en el presente asunto no hay controversia respecto a que entre las partes existió contrato de trabajo en los extremos temporales alegados por la demandante como fue aceptado por la demandada en escrito de contestación, de igual forma, que dicho vínculo laboral culminó el 8 de junio de 2016 por decisión unilateral de la demandada. (fl. 91)

Así las cosas y si bien como indica el recurrente quedó acreditado que la demandante padecía algunos quebrantos de salud, que se relacionan en historia clínica visible a folio 95 del plenario y expedida por compensar el 20 de junio de 2016, que da cuenta que hace un año padece lumbociática izquierda, aunado a que a folios 96 y 97, obran incapacidades expedidas igualmente días previos a la fecha en que la demandada le comunicó sobre la terminación laboral, lo cierto es que contrario a lo manifestado por el recurrente y como bien lo señaló el juzgador de instancia y así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de cualquier enfermedad, no activa la garantía prevista en la Ley 361 de 1997 y así lo reiteró esta Corporación en reciente sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera; indicando que la garantía de estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, se activa siempre y cuando al momento del despido, el trabajador cuenta con la calificación formal de la PCL que le ocasiona su patología, al respecto señaló:

En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adocinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:



(...)

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa que en el presente no se allegó calificación de PCL expedida por la autoridad competente para el efecto, como tampoco que tal calificación estuviera en trámite; sobre este particular, indicó el pronunciamiento en cita que sino se cuenta con tal calificación, la patología debe ser de tal magnitud que impida al trabajador desarrollar su labor; presupuesto que tampoco concurre en el presente, pues no se probó que a la terminación laboral la demandante no estuviera prestando sus servicios por razón de su salud; contrario sensu, se encontraba en ejecución de las labores encomendadas, lo que determina que su patología, no era incapacitante, situación que corroboraron los testigos traídos al proceso quienes indicaron si bien a la demandada se le concedían algunos permisos para asistir a terapias, seguía asistiendo a ejercer sus funciones con



normalidad y sólo dieron cuenta que de manera esporádica, se le expedían incapacidades.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1360 de 2018, ha señalado que la garantía foral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no opera cuando la terminación del vínculo laboral, tiene como consecuencia una razón **objetiva**, la que debe probar el empleador, razón por la cual, se analizará si el despido de la actora estuvo cimentado en su estado de salud y por ende fue discriminatorio o si por el contrario el empleador adujo y probó una causa distinta y atendible para finiquitar la relación laboral con la señora Luz Yaneth Rivera.

Sobre el particular y refirió la misma demandante en su escrito de demanda, que el tumor cerebral que le fue extirpado en el año 2012, fue el que le desencadenó otras patologías y de esta sola afirmación; se logra establecer con claridad que si la voluntad de su empleador hubiera sido despedirla por las condiciones de salud que esta afrontaba, lo hubiera hecho desde el año 2012, anualidad para la cual, como señala empezó a sufrir padecimientos relacionados con su estado de salud; contrario sensu, el empleador dispuso el cambio de cargo para mejorar sus condiciones de salud, aunado a que quedó demostrado que le otorgaba los permisos necesarios para acudir a sus terapias que realizaba con una entidad diferente a su Eps.

Por lo analizado en precedencia, se concluye con claridad que la demandante al momento del despido, no era beneficiaria de la garantía foral prevista en la Ley 361 de 1997, pues se itera, tal protección no se activa por el hecho de que el trabajador padezca alguna patología, sino que esta debe ser del carácter que le impida realizar las funciones para la cual fue contratada, aunado a lo cual debe estar calificada por la autoridad competente para el efecto; circunstancias que no ocurren en el presente; razón suficiente para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-490-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA ISABEL BURITICA DUQUE
DEMANDADO: ASOFONDOS DE COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de enero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas alegaciones por parte de la demandada.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA ISABEL BURITICÁ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que ORDENE a la demandada a reintegrarla al cargo que desempeñaba en iguales condiciones salariales en que se encontraba a la fecha de su despido, pues este se efectuó cuando estaba en situación de indefensión y debilidad



manifiesta, como consecuencia de tal reintegro peticiona se condene a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en razón de 180 días de salario, al pago de los salarios dejados de cancelar, primas de servicios y aportes al sistema de seguridad social integral desde la fecha de su despido y hasta la del reintegro, junto con indexación de dichas sumas. (fl.7 y 8)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se vinculó con la demandada a través de contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1 de julio de 2007, que su remuneración salarial inicial fue de \$950.000, desempeñándose en el cargo de auxiliar de operaciones, siendo designada el 25 de agos de 2008 para ejercer el cargo de Analista Operativo I, que para el año 2010 y estando vinculada con la demandada le fue diagnosticado tumor en el cráneo el que le fue extirpado para el año 2012, enfermedad que alteró su sistema nervioso y empezó a padecer deficiencia en el sistema óseo, padecimiento por virtud del cual, se le expiden varias incapacidades.

Afirma que su padecimiento le obligó a solicitar varias veces permiso a su empleador para asistir a citas médicas y tratamientos, que el 27 de abril de 2016, la empresa de salud Quiro – Life, le informa la necesidad de adelantar un tratamiento de columna por un término de 3 a 6 meses, que comprendía 3 sesiones por semana, que como consecuencia de su deficiente estado de salud fue reubicada en el puesto de recepción a partir de mayo de 2016, asignándosele la labor de colaborarle a la señora Beatriz González, quien estuvo al tanto de su condición física, al igual que el señor Javier Gutiérrez, que dicho cambio de funciones, le indicó la Vicepresidente de la Compañía, tuvo lugar para crearle condiciones laborales necesarias para su pronta mejoría y bienestar.

Afirma que por ser la demandada una empresa pequeña, su estado de salud fue conocido por sus compañeros de trabajo, que el 16 de mayo de



2016, solicitó unos días de vacaciones, los cuales disfrutó a partir del 23 de mayo de dicha anualidad, los que fueron empleados para asistir a chequeos médicos y el 7 de junio de 2016, sin tener en cuenta su estado de salud, la demandada procedió a dar terminado su contrato sin justa causa, siendo este el mismo día que se reintegró de sus vacaciones, sin solicitar la autorización correspondiente como lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Señala por último que conforme a resumen de su historia clínica expedido por la EPS Compensar el 20 de junio de 2016, padecía de grave afección en su columna vertebral, historia de la que tenía conocimiento la demandada, que su último salario ascendió a la suma de \$4.453.000 y desde la fecha de su despido no ha logrado reincorporarse al mercado laboral. (fls. 3 a 7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada, se opuso a prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos No. 1 a 6, 8, 16, 19 y 22 relativos a la existencia de la relación laboral, el salario inicial devengado por la demandante, el cargo desempeñado, su ascenso en el año 2008, el diagnóstico de tumor en el año 2012, las incapacidades que le generó tal padecimiento, el ascenso de la señora Sandra Salgado al cargo de Gerente de Operaciones, la solicitud para el disfrute de vacaciones y el último salario devengado, negó los No. 9 a 14, 17, 18 y 25 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de obligación laboral, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y compensación. (fl. 142).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR probada la excepción de inexistencia de obligación laboral propuesta por la demandada, negó las pretensiones de demandada y condenó en costas a la demandante. (fl. 279)



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Del análisis del caudal probatorio se determina que se dispondrá la absolución por las razones señaladas a continuación: dentro del proceso no se encuentra acreditado que las circunstancias de salud de la demandante dificultaran de manera sustancial desempeñar sus funciones, máxime cuando ni siquiera se advierte de manera documental colegir afecciones de salud considerables posterior a la extirpación del tumor del año 2012 destacándose que si bien de su historia clínica se logra extraer que asistió a citas médicas y en ocasiones estuvo incapacitada esto ocurrió en forma esporádica o se acredite una patología frecuente o recurrente que perturbara hasta la fecha su despido sino que se trataba de diagnósticos comunes aislados. En efecto, para esta juzgadora no hay discusión a propósito que si bien hasta el momento de la desvinculación de la trabajadora había sufrido un padecimiento de salud, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía éste se presentó dos meses antes de terminar el contrato de trabajo generando la incapacidad de 5 días sin que se hubiera podido comprobar que la permanencia por los entes competentes de tal condición de salud hasta la fecha de finalización del contrato de trabajo la cual además no dio lugar a emisión de recomendaciones, restricciones médicas por parte del sistema de seguridad social competente niega pensar que existieron unas pruebas de unos tratamientos realizados en el centro quiropráctico llamado Quiru - lab dedicado a la medicina natural tales pruebas no referían una situación de discapacidad o una entidad suficiente que permita concluir razonablemente que la señora Buritica Duque para el 8 de junio de 2016 era una persona en situación de debilidad manifiesta a los términos referidos pues como ya se indicó para este momento, no se encontraba siquiera incapacitada, cabe destacar que en la historia clínica de la demandante tampoco se logra establecer que la patología denominada trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía hubiese sido una afectación médica de sus funciones que le impidieran o le dificultaran sustancialmente el desempeño de su labor pues con posterioridad a esta incapacidad referida en la que hemos hecho mención anteriormente pudo laborar sin problema alguno al punto que solo se ausentó únicamente forma esporádica para disfrutar de sus vacaciones como se indicó en el escrito de la demanda y se corrobora con escrito visible a folios 90

Es por lo anterior valga la pena recordar que como ya se había hecho alusión no puede entenderse que cualquier circunstancia que derive de una afectación de salud necesariamente implique la existencia de una condición especial protección constitucional para el sujeto que la padezca sino que para este presupuesto se cumpla ese imperativo en solicitante aunque no se encuentre una calificación porcentual de discapacidad se encuentra en cursó una situación de salud que le impide o le dificulte de forma sustancial el desempeño de las laborales. Ante todo lo dicho concluye este despacho que no se encuentra estructurado el elemento objetivo del fuero de salud, por el contrario no se acreditó al momento del despido de la demandante tuviera una especial protección, que ameritara una protección de este rango; ahora bien se advierte que la señora Buritica Duque no pone en conocimiento de empleado inconvenientes de salud que adujo padecía al momento del despido, pues no se logró acreditar que dicha situación, más allá de la incapacidad médica el 4 abril 2016 que reposa a folio 96 en la que consta el sello recibido por parte de asofondos situación que se resalta ocurrió dos meses antes de la afiliación de su contrato laboral sin que este último no hubiese aportado copias de tratamientos médicos por entidades de salud competentes con lo cual se puede constatar la continuidad de su padecimiento y el conocimiento que tenía la sociedad demandada de sus afectaciones de salud relevantes y que mereciera una protección especial como se refirió, frente al conocimiento del empleador se destaca también las aclaraciones de los testigos Carlos Manuel Esteben y Jesús Orlando Rodríguez yerno y expareja de la demandante respectivamente quienes insistieron en que la situación de salud de esta última era evidente para movilizarse; no obstante en cuanto a la situación laboral de la actora manifestaron no tener conocimiento, así al preguntársele también al testigo Carlos Manuel Esteben si tenía conocimiento acerca de lo que le había informado asofondos de su estado salud el respondió no tengo conocimiento de los hechos oficiales laborales de la situación, al cuestionar a Jesús Orlando Rodríguez sobre el mismo asunto señaló siempre sí posteriormente pues ella me comentó en



este sentido además de lo ya expuesto en este mismo sentido se colige que sus hechos se limitan a narrar situaciones personales y familiares de la actora puesto que el seguimiento laboral de la señora Buritica Duque vamos a tener únicamente el conocimiento que la misma demandante les proporcionó constituyéndose en los Testigos a lo que no se puede dar mayor valor probatorio en tanto sus dichos no son suficientes para acreditar el conocimiento de la sociedad demandada respecto a la patología o dolencia que adujo padecer la actora para el momento de la terminación del contrato de trabajo, cabe advertir que contra estos testigos fue formulada la tasa de sospecha por parte del apoderado de la parte demandada ante lo cual considera el despacho que esta no se encuentra estructurada en tanto se trató de una versión libre y espontánea sin que note una intención de favorecer a la parte activa, incluso ellos manifestaron frente a la situación laboral no tenían ese conocimiento.

Además el testimonio que se escuchó de la señora Ana Beatriz González secretaria recepcionista de Asofondos, de su dicho se extrae que la demandante tenía dolencias relacionadas con la operación de la cabeza y sin embargo al indicarse si recordaba para qué fechas recibió tal operación refirió en forma desacertada que en el 2015 o 2016 además al preguntársele si conocía que la demandante tuviese algún tipo de dificultad para desplazarse dijo ¡que yo sepa! seriamente la señora Carmen Mireya García coordinadora administrativa de asofondos indicó de forma contundente desconocer que al momento del retiro la demandada se encontraba incapacitada o con alguna enfermedad que le impidiera ejercer normalmente sus funciones. Por su parte Jenny Aguirre Sandoval el testigo en común quien se desempeñó como vicepresidente de operaciones y proyectos asofondos indicó que la demandante tuvo incapacidades esporádicas, que un mes antes del despido estuvo incapacitada por una lumbalgia, sin embargo indicó que dicha situación no se la había sido remitida ninguna orden de la EPS, manifestó conocer que la demandante estaba realizando unas terapias para lo cual se le estaba otorgando el permiso finalmente refiere que podía caminar con normalidad la demandante descartando que tuviese un problema para desplazarse, además la señora Sandra Salgado gerente de operaciones de asofondos y jefe inmediata de la actora manifiesta recordar que las incapacidades de la Señora Buritica Duque presentadas en el mes de abril de 2016 se debían a su dolor de columna que la demandante le comento que el médico le había prohibido usar tacones sin embargo adujo que a ella no se le había hecho entrega de alguna certificación o instrucción emitida por parte de la EPS pues con ello también se corrobora que tampoco existe en el plenario dicho documento, tal situación también se acompasa con lo expuesto por Clara Elena Real de Gutiérrez representante legal de asofondos quién manifiesta que la terminación del contrato de la actora se debió a motivos laborales sin que tuviese conocimiento que al momento del despido la demandante presentara algún tipo de dificultad para movilizarse.

De los dichos ya referenciados Asofondos conoció que la actora tomó unas terapias y le proporcionó unos permisos para asistir a tratamientos en centros médicos independientes a la fecha de terminación del contrato de trabajo no había sido notificada de recomendaciones o restricciones médicas emitidas por entidades de salud competentes con ocasión al estado de salud de la trabajadora dado que las declaraciones de sus compañeros de trabajo y jefes inmediatos coincide al indicar que la actora no presentaba problemas para desplazarse que fuesen notorios y de tal envergadura que por lo menos mostraran una alerta a la empresa demandada de que debía tener un trato especial y esta trabajadora merecía una protección especial. Ahora bien, también es dable destacar que la parte actora llega a una reubicación del puesto de trabajo como consecuencia del estado de salud de la señora Buritica Duque que se lleva a cabo el mes de mayo de 2016 generando una desmejora laboral frente a tal situación es necesario aludir a situaciones expuestas por los declarantes en sentido que si bien la demandante fue cambiada físicamente de puesto de trabajo aun ubicado en la secretaria o recepción cambiándose algunas de sus funciones ello se debió a razones de su desempeño laboral que se presentaba de años atrás tal como lo afirmaron de forma coincidente las señoras Carmen Mireya García, Orfa Jenny Aguirre Sandoval, Isabel Liliana Salgado sin que dicho cambio hubiese implicado alguna asignación de funciones de recepcionista que conllevara a una desmejora en los términos que se plantean en la demanda. Ante lo cual se resalta que la declaración de Ana Beatriz González recepcionista de Asofondos si sabía



porque la demandante había sido trasladada cerca al puesto de recepción indicó pues la verdad no sé exactamente, me imagino que porque tenía ella incapacidades pero la verdad es exactamente no sé porque la trasladaron ahí añadiendo más adelante exactamente no sé porque fue de la nada yo nunca me entero de esas cosas que pasan en la asociación me entero cuando ya pasan, testigo haciendo en principio una referencia que el traslado se dio con ocasión a unas incapacidades desde su expresión me imagino se extrae que no tiene conocimiento cierto de la situación, más cuando posteriormente dice no saber específicamente esto.

Ahora bien, tampoco puede pasar por alto el despacho la contradicción existente entre la declaración que absolvió la señora Clara Elena Reales frente a asofondos en indicar que fue trasladada a otro puesto de trabajo debido a que ese computador tiene unos programas especiales que la señora Buriticá Duque requería para realizar sus funciones entre las cuales se encontraban los trámites operacionales relacionados con el trámite de tutela las cuales habían antes y continúa haciendo en contraposición a ello los demás testigos ya referidos aseguran que el cambio de puesto se dio porque necesitaban de la persona que le habían sido asignadas las funciones de resolver las operaciones de trámite de tutela de las que fue despojada la demandante que estuvieran entonces con el resto del grupo operativo de la empresa debido a que la sociedad no contaba con un espacio suficiente ni equipos de cómputo dejando a cargo a la señora Marta Isabel Buriticá únicamente lo relacionado con las entidades voluntarias tal como lo afirmó su jefe inmediato Sandra Liliana Salgado, no obstante las situaciones no resultan contundentes para los resultados del proceso puesto que con las afirmaciones ya referidas no se logra acreditar que la circunstancia por la cual se dio el cambio de puesto de trabajo se realizó con ocasión de la situación de salud de la actora menos aún que los motivos referentes al trabajo o rendimiento laboral de la señora Buriticá que salieron a flote en el desarrollo de la prueba testimonial se hubiese dado como consecuencia del estado médico que como ya se indicó pues no merecía una protección especial a la juicio de este despacho, de lo cual entonces resulta forzoso concluir que en efecto no se trató de un despido discriminatorio sino una circunstancia propia y del resorte de la empresa demandada, bajo esta premisa el reservo probatorio no puede inferirse a la existencia estado laboral forzada así como tampoco a una situación de discriminación que permita que el despido se tornó ineficaz.

RECURSO DE APELACIÓN

Indicó la parte demandante:

En primer lugar al afirmarse que no se convalidó el tratamiento terapéutico por la EPS o no sé probó que estaba enferma debo manifestar que si bien es cierto la EPS no aprobó el tratamiento que estaba recibiendo la señora Buriticá se debió a que ella no hizo el trámite pertinente para que así fuera, para que fuera aprobado por la EPS o convalidado por la EPS, pero eso no quiere decir que no haya existido un tratamiento, sí que empezó en el mes de abril y terminó mucho después del despido, es decir que en ese sentido hay una condición de discapacidad no necesariamente consecuencia de enfermedad laboral pero sí que mermaba su capacidad de trabajo, esa situación está aprobada como bien lo dijo la doctora en el informe en la historia clínica de la EPS que fue entregada el día 20 de junio de 2016 es decir en el mismo mes, en el en el mismo periodo en que fue despedida la trabajadora y que deja ver que en efecto si tenía un problema lumbar y estaba siendo tratada, considerada para una posible intervención quirúrgica, intervención quirúrgica que no se dio precisamente por el tratamiento que le hace Quirolife, ahora ese tratamiento que estaba recibiendo y esa condición también es reconocida por su jefe inmediato en el testimonio que de la doctora Sandra Salgado ella dice yo le daba la autorización para que recibiera las terapias ahora no era una terapia cualquiera eran tres veces en la semana que debía darle ese permiso porque era 3 veces unas terapias sumamente costosas como se deja ver en la información que consta en el expediente pagaba por cada sesión \$90.000 mil pesos de



tal manera que estamos ante un costo muy grande para una persona que acaba de ser despedida pero que ella la continúa por la importancia que era para su salud si además señala la doctora la incapacidad de 5 días previa a la fecha del despido en donde en efecto se habla de una enfermedad lumbar lo que quiere demostrar realmente esta capacidad o nos debe dejar ver es que estaba enferma y que no es una enfermedad que se cura de un día para otro, es una enfermedad degenerativa que causa mucha dificultad y qué es impedia por supuesto la movilidad para mi representada como en efecto queda probado con los testimonios que presentó la parte actora, esto es testimonio es cierto si son testimonios de oído en los temas que están dentro de la empresa pero frente a la situación de salud de mi representada son muy claros cuando ellos manifiestan que no podía subir escaleras, que debía inclusive en alguna oportunidad le tocó al Señor Orlando cargarla porque el dolor era tal que no la dejaba movilizarse, de tal manera que el estado en que se encontraba mi clienta está aprobado dentro del expediente está aprobado como documentalmente y está aprobado a través de los testimonios por esa razón no estoy de acuerdo con lo dicho por la señora juez, ahora bien el hecho de que tenga una debilidad manifiesta como en efecto se puede probar con los testimonios que he señalado, significa que debería de tener una protección especial por la empresa en consideración de esa situación; es decir debería garantizar el derecho a la estabilidad laboral y que no se lo garantizó al momento en que la despidió, se encontraba obviamente en una situación de vulnerabilidad la Señora Marta Buritica durante todo este período en el cual se le identifica la enfermedad en la columna y durante todo el período que es tratada la enfermedad en la columna, es evidente como también lo deja ver el señor Néstor Toledo trabajador de esta empresa contratada por Asofondo contratado para capacitar a la trabajadora en un futuro trabajo él lo dice claramente que lo primordial es que la señora se prepare para una cirugía próxima a tener y posteriormente continuaremos la capacitación.

Esto no puede ser inventado, salido de la nada sino que debe ser de acuerdo a la información recibida, documental, verbal como sea pero eso se lo dice al momento del despido inmediatamente después del despido, usted lo comunica a la empresa es decir antes de que la señora Buritica le solicitó revisar la decisión a su jefe, al gerente Señor Montealegre en carta del 17 de junio en donde explica las condiciones tanto de salud como lo que ella señala como acoso laboral si por parte de Sandra Salgado su jefe inmediata, yo lo digo y lo repito adora las directivas de la empresa en este proceso y en la mayoría de los procesos laborales cuidan lo dicho y hecho por la empresa de tal manera que ellos era de esperarse que dijeran que no les consta si la señora tenía o no dificultad al movilizarse y como en efecto lo dicen las personas que están cerca más próximas a ella por eso entonces doctora no estoy de acuerdo con el fallo como también el hecho de no haberse escuchado a la señora Marta Buritica dentro del proceso si bien es cierto el interrogatorio de parte fue solicitado por la empresa y se desistió de él, era una obligación prácticamente es obligación escuchar y haber oído que tenía que decir frente a su situación, que tenía que decir frente a lo que está viviendo hoy y las enfermedades que han proseguido después del despido, enfermedades que obviamente no están dentro de la historia clínica y de la hoja de vida de la de la Señora Marta pero que sí existen y es una realidad.

Ahora bien con respecto a el reconocimiento o no de lo dicho por Quirolife si debo decir que el Ministerio de Educación nacional mediante resolución número 21949 del 22 de diciembre de 2014 convalidó reconoció para todos los efectos académicos ilegales en Colombia el título de Doctor en quiropráctica a kolbi weber king es decir la persona que da el diagnóstico en donde señala la enfermedad que estaba padeciendo la Señora Marta Buritica y que está documentado esta afirmación y que seguramente se tendrá en cuenta en la segunda instancia, entonces insisto en la obligación que tenía la empresa por el estado de debilidad manifiesta de mi representada durante la época en que fue despedida la obligación que le asistía de cumplir con el artículo 26 de la ley 361 de 1997 la obligación que le asistía en cuanto la jurisprudencia ha dicho que no necesariamente tiene que estar incapacitada que puede estar en tratamiento la persona lo ha dicho la jurisprudencia de la corte constitucional en la jurisprudencia C320 del 2016 como la sentencia T 394 de 2014; de tal manera que no se solicitó el permiso que debería solicitarse ante el inspector de trabajo y en ese sentido no se cumplió con la norma que exige para estos casos en particular.



CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que en el presente asunto no hay controversia respecto a que entre las partes existió contrato de trabajo en los extremos temporales alegados por la demandante como fue aceptado por la demandada en escrito de contestación, de igual forma, que dicho vínculo laboral culminó el 8 de junio de 2016 por decisión unilateral de la demandada. (fl. 91)

Así las cosas y si bien como indica el recurrente quedó acreditado que la demandante padecía algunos quebrantos de salud, que se relacionan en historia clínica visible a folio 95 del plenario y expedida por compensar el 20 de junio de 2016, que da cuenta que hace un año padece lumbociática izquierda, aunado a que a folios 96 y 97, obran incapacidades expedidas igualmente días previos a la fecha en que la demandada le comunicó sobre la terminación laboral, lo cierto es que contrario a lo manifestado por el recurrente y como bien lo señaló el juzgador de instancia y así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de cualquier enfermedad, no activa la garantía prevista en la Ley 361 de 1997 y así lo reiteró esta Corporación en reciente sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera; indicando que la garantía de estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, se activa siempre y cuando al momento del despido, el trabajador cuenta con la calificación formal de la PCL que le ocasiona su patología, al respecto señaló:

En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adocinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:



(...)

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa que en el presente no se allegó calificación de PCL expedida por la autoridad competente para el efecto, como tampoco que tal calificación estuviera en trámite; sobre este particular, indicó el pronunciamiento en cita que sino se cuenta con tal calificación, la patología debe ser de tal magnitud que impida al trabajador desarrollar su labor; presupuesto que tampoco concurre en el presente, pues no se probó que a la terminación laboral la demandante no estuviera prestando sus servicios por razón de su salud; contrario sensu, se encontraba en ejecución de las labores encomendadas, lo que determina que su patología, no era incapacitante, situación que corroboraron los testigos traídos al proceso quienes indicaron si bien a la demandada se le concedían algunos permisos para asistir a terapias, seguía asistiendo a ejercer sus funciones con



normalidad y sólo dieron cuenta que de manera esporádica, se le expedían incapacidades.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1360 de 2018, ha señalado que la garantía foral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no opera cuando la terminación del vínculo laboral, tiene como consecuencia una razón **objetiva**, la que debe probar el empleador, razón por la cual, se analizará si el despido de la actora estuvo cimentado en su estado de salud y por ende fue discriminatorio o si por el contrario el empleador adujo y probó una causa distinta y atendible para finiquitar la relación laboral con la señora Luz Yaneth Rivera.

Sobre el particular y refirió la misma demandante en su escrito de demanda, que el tumor cerebral que le fue extirpado en el año 2012, fue el que le desencadenó otras patologías y de esta sola afirmación; se logra establecer con claridad que si la voluntad de su empleador hubiera sido despedirla por las condiciones de salud que esta afrontaba, lo hubiera hecho desde el año 2012, anualidad para la cual, como señala empezó a sufrir padecimientos relacionados con su estado de salud; contrario sensu, el empleador dispuso el cambio de cargo para mejorar sus condiciones de salud, aunado a que quedó demostrado que le otorgaba los permisos necesarios para acudir a sus terapias que realizaba con una entidad diferente a su Eps.

Por lo analizado en precedencia, se concluye con claridad que la demandante al momento del despido, no era beneficiaria de la garantía foral prevista en la Ley 361 de 1997, pues se itera, tal protección no se activa por el hecho de que el trabajador padezca alguna patología, sino que esta debe ser del carácter que le impida realizar las funciones para la cual fue contratada, aunado a lo cual debe estar calificada por la autoridad competente para el efecto; circunstancias que no ocurren en el presente; razón suficiente para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2017-744-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: YORGUIN OMAR VELOSA MONCADA

DEMANDADO: GENERAL MOTORS – COLMOTORES S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de enero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de éste, alegaciones por la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor YORGUIN OMAR VELOSA MONCADA por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la empresa demandada existió un contrato laboral a término fijo desde el 15 de febrero de 2006 y hasta el 23 de agosto de 2015, que percibía como salario la suma de \$2.556.351, al tiempo que reclama el reintegro a su puesto de trabajo conforme a su condición física y/o médica; como



consecuencia de lo anterior, solicita se el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido y hasta la fecha de reintegro, de manera indexada, al igual que, lo correspondiente a las sumas de dinero por concepto de daño emergente y lucro cesante, y costas del proceso (fl.7).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que celebró con la demandada contrato de trabajo para ejercer el cargo de operario ensamble final II, momento para el cual, menciona que se encontraba en perfectas condiciones físicas y psicológicas para laborar; que el salario por día de trabajo pactado era de \$37.158, con periodo de pago quincenal; que las funciones a realizar, entre otras, se encontraban las de levantar, cargar e instalación de partes muy pesadas para camiones, situación que le ocasionó dolencias en sus miembros superiores; que el día 14 de mayo de 2013 acudió al médico de salud ocupacional de la empresa por un dolor insoportable, profesional que le sugiere asistir a su EPS, en donde le diagnostican tendinitis del tendón supraespinoso, corredora bicipital del hombro derecho e inestabilidad de éste; que la demandada decide dar por terminado su contrato de trabajo sin tener en cuenta su estado de salud, sin que se realizara examen médico de egreso y sin ser valorado por la ARL correspondiente: que recibió indemnización por despido sin justa causa con descuentos en suma de \$322.175, situación que devino en la ruptura del vínculo con su compañera sentimental, afectando su situación económica, familiar y sentimental, por lo que el 26 de noviembre de 2015 instaura acción de tutela la cual fue conocida por el Juzgado 21 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá, de lo cual el actor no informa el resultado judicial. (FLS. 3 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción (fls.178 a 185), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 30 referentes al examen médico laboral de ingreso, la prestación personal del servicio, el valor del salario y la forma de pago del



mismo, la existencia del contrato de trabajo, las labores ejecutadas por el actor y la fecha de terminación de la relación laboral sin justa causa; aceptó parcialmente los enlistados en los numerales 1, 3, 9, 10, 11, 14, 24, 25, 28, 29 y 35; manifestó no constarle del 15 al 20, 22, 23, 31 a 34 y 36 y no aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la terminación del contrato, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido por ausencia de causa, enriquecimiento sin causa, pago, compensación y buena fe. (fls.184 y 185).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que, entre el demandante y la demandada, existió un contrato de trabajo entre el 15 de febrero de 2006 y hasta el 21 de agosto de 2015 y negó las demás pretensiones de la demanda al declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la demandada denominadas *validez de la terminación del contrato e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido por ausencia de causa*; e impuso costas a cargo del demandante en suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

“Que se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes, así también, su terminación unilateral por parte del empleador sin justa causa; frente a la declaración de ineficacia del despido en la forma solicitada, consideró que, conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 la cual prevé que en ningún caso la situación de incapacidad de un trabajador puede ser motivo para su despido, a menos que se demuestre que es incompatible e insuperable para el cargo a desempeñar, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo (...) Que por lo anterior la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000 declaró exequible el inciso segundo bajo el supuesto que, carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación de un contrato por razón a la limitación y sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo, que constate la existencia de una justa causa para despedir. Que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al tratarse de estabilidad laboral reforzada acoge el criterio que debe acreditarse una limitación física, síquica o sensorial y con el carácter de moderada, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de capacidad laboral superior al 15%; cita nuevamente la Corte Constitucional con la sentencia SU-049 de



2017 para indicar que no se requiere de una calificación de pérdida de capacidad laboral para ser beneficiario del fuero de salud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, posición que acoge el Despacho; que los dictámenes que emiten las juntas de calificación de invalidez no son prueba solemne y el juez tiene la libertad probatoria para determinar la condición especial del trabajador. Que, en el presente caso, debe establecerse si la condición física del demandante era conocida por el empleador y si se constituyó como un motivo discriminatorio en contra del trabajador, para determinar si tiene derecho a las pretensiones. A folios 26 a 171 del expediente obra documentos correspondientes a la historia clínica del actor, que demuestran que desde el año 2013 venía presentando dolencias en su hombro derecho y que en ocasiones estuvo en terapias por estas situaciones; que el 14 de noviembre de 2013 se le hicieron recomendaciones médicas folio 59; que obra historia médica expedida por el departamento de medicina asistencial de la demandada folios 51 a 59, 69 a 77, 109 a 111, 113 a 118, seguimientos médicos entre los que se destaca el dolor en hombro derecho. Que para el año 2013 en la evaluación de fisioterapia se recomienda estiramiento muscular de hombro antes, durante y después de cualquier actividad, y se propone tratamiento a seguir, que para el momento del despido del ex trabajador había sido diagnosticado con síndrome de opción dolorosa del hombro, realizándose tres consultas; que conforme la última sentencia citada de la Corte Constitucional la afectación de salud debe ser cualificada, es decir que, no cualquier tema de salud tiene la vocación de generar la protección derivada del fuero de salud, pues dicha afectación debe impedir o dificultar sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares; que en el proceso no se encuentra demostrado que las condiciones de salud le dificultaran al demandante de manera sustancial desempeñar las funciones para las cuales había sido contratado, que si bien se encontraba diagnosticado el síndrome de abducción dolorosa del hombro, su dolor era de tipo intermitente que se intensifica con la actividad, y que se alivia con el reposo conforme la historia clínica folio 166 del 21 de febrero de 2015, que no se observa que ello interfiriera en la realización de sus funciones, pues se colige que, era intermitente y que la recomendación eran de tipo general, estiramientos, higiene postural, y conforme con el certificado médico de salud ocupacional de la cruz roja seccional Cundinamarca del 23 de julio de 2015 se indica que el actor puede seguir laborando en su cargo actual indicándose como observación que está clínicamente sano, sin necesidad de reubicación, recomendándose pausas activas, alimentación saludable, ejercicio moderado, las que no riñen con ejercicio de su cargo, teniendo en cuenta las valoraciones por fisioterapia, espirometría, donde incluso el actor refiere en la fisioterapia que presenta dolor ocasional recomendándose hacer estiramientos y adecuada higiene postural; por todo lo anterior, no se encuentra estructurado el elemento objetivo del fuero de salud, que para el momento del despido no se acreditó que el demandante tuviera tal condición especial que conllevara una protección frente a una eventual discriminación y que su limitación sea de tal condición sustancial que hubiera impedido el desarrollo normal de sus labores.



Que aun en gracia de discusión en caso de establecerse que el estado de salud del demandante merecía la protección constitucional y legal, el actor no pone en conocimiento de su empleador los inconvenientes de salud que aduce tenía al momento del despido, tal como lo adujo en interrogatorio de parte al aceptar que no le entregó ningún documento a su empleador; que obra historia clínica emitida por salud ocupacional de la demandada de los años 2013 y 2014, no existe documento que permita deducir que el empleador conocía del estado de salud del demandante para el momento del despido, que incluso el actor dio manejo a su salud para el año 2015 por medio de una institución ajena - ips Cafam- a la demandada que impedía conocer de la historia clínica en razón a la reserva legal de aquella; el testigo Elver Andres Bustos Coy supervisor del departamento médico de la demandada quien menciona que el trabajador no comunicó el estado de salud a la empresa, o que se haya allegado por parte de la EPS o ARL algún tipo de recomendación médica o diagnóstico, que a partir del año 2014 la cruz roja es la entidad que tiene acceso a la historia clínica de los trabajadores de la demandada, y que antes era el médico el único que tenía acceso a ello, que se colige entonces que la demandada para la fecha del despido no tenía conocimiento de la situación de salud del demandante.

Que la testigo Andrea Agudelo Londoño técnica en salud ocupacional y compañera de trabajo del actor, indicó que para el año 2015 éste fue despedido mientras se encontraba enfermo, que tuvo conocimiento de las terapias que se realizaron al demandante para el segundo semestre del año 2015 porque él se lo contó situación que se aleja de lo anotado en la demanda, y que no recuerda que el demandante haya informado a la empresa de sus dolencias, que no existe claridad en sus manifestaciones los días en que aduce ver al actor salir a realizar las terapias, que contra esa testigo se formuló tacha de sospecha la cual no logra configurarse pues se trata de una versión libre y espontánea, además que fue imprecisa y ambigua, que de su testimonio tampoco se demuestra que el padecimiento tuviera incidencia en la realización de sus funciones como operario de ensamble final II. Que del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada tampoco se observa confesión alguna que conduzca a tener efectos adversos para esa parte. Que por el solo hecho que se soliciten permisos a citas médicas no se puede aducir que el empleador conoce el estado médico del trabajador, pues el caso de estudio ni siquiera se muestran continuos y que sirvan de advertencia a la empresa; que tanto los testimonios y los interrogatorios fueron coincidentes en afirmar que, para la época del despido del trabajador, la empresa realizaba otras desvinculaciones laborales conforme se certifica a folio 197 expedida por el señor Evelio Cortes en la cual se indica la disminución en el volumen de ventas de la industria automotriz y que conlleva a la disminución de la producción y al ajuste de la planta de personal para el año 2015, entonces no se puede hablar que el despido fue motivado por las condiciones de salud del demandante, o que fue discriminatorio, además que el empleador no conocía de la situación médica del actor, no se puede inferir un estado de debilidad o estabilidad laboral reforzada como tampoco el conocimiento por parte de la empresa de las condiciones de salud



que ameritaran una protección especial y menos un trato discriminatorio al termino del contrato.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En primer lugar, debe indicarse que, en el presente asunto no hay controversia entre las partes sobre la existencia del contrato de trabajo suscrito entre éstas, ni las circunstancias que rodearon la ejecución del mismo, no así, la terminación del vínculo laboral en punto a la insistencia del demandante, en el sentido que le asiste derecho al reintegro al cargo que ocupaba al interior de la empresa demandada, y como consecuencia de ello se acceda al pago de los salarios dejados de percibir e indemnización por el perjuicio que informa le fue causado, a título de daño emergente y lucro cesante.

Como soporte factico de la alegada estabilidad laboral reforzada, que si bien no se insiste en ella así expresamente en el escrito introductor, de todas maneras, como lo entendió el a quo, la declaración que intenta el demandante se erige en causas relacionadas con su capacidad para desempeñar las funciones que venía desempeñando en su cargo, puesto que, considera que debido a sus padecimientos de salud, es por lo que el empleador tomó la decisión de desvincularlo sin justa causa de la organización.

Es por ello, que al revisar el plenario se observa la historia clínica del actor (fls.26 a 171), de la que se desprende como diagnostico que el señor Velosa Moncada padece el *síndrome de abducción dolorosa del hombro*, tal como consta de la consulta médica con fecha 7 de marzo de 2015, es decir meses antes de la terminación del vínculo laboral (fl.26); diagnóstico del que ya se tenía noticia para el año 2014, época para la cual se recomendó al demandante acudir a la ARL que estuviera afiliado, trámite que por cierto



no aparece que el promotor haya agotado, con miras a lograr la calificación de su capacidad laboral.

Además de lo anterior, téngase en cuenta que del historial clínico del actor se tiene que éste no solo se concentra en las patologías relacionadas con sus miembros superiores, sino también en otras que en nada tienen que ver con la discusión planteada en la litis, sin embargo, son constantes las recomendaciones médicas orientadas a la realización de terapias físicas, puesto que no puede desconocerse que en efecto el demandante si ha sido objeto de padecimientos en su hombro derecho, razón por la cual la entidad de salud a la cual se encuentra afiliado el trabajador es constante en recomendar fisioterapias.

En este punto, conviene advertir que, conforme los antecedentes clínicos del demandante en lo pertinente a su hombro derecho, y que fueron aportados como prueba, éste siempre consultó a su médico por padecimientos que se dieron en el tiempo, es decir, que las eventuales patologías no se derivaban de un hecho puntual acaecido en el marco de un accidente laboral, puesto que, por un lado, así no fue informado, y por otro, se reitera, en el proceso no existe información sobre alguna gestión ante el sistema de riesgos laborales, y por supuesto el correspondiente despliegue de las entidades encargadas en el Sistema de Seguridad Social, en garantizar las prestaciones de tipo asistencial y/o económico a que hubiere lugar.

No obstante, no se pasa por alto lo acontecido al interior del área de salud ocupacional de la demandada en lo que interesa al caso (fls.59), por ejemplo, con fecha 17 de mayo de 2013 el trabajador consulta por un dolor en el hombro derecho que venía presentando por 20 días, al mismo tiempo que informa que *lo empezó a sentir de un momento a otro y que aparece cuando tiene mucha actividad*, siendo atendido en diversas oportunidades (fls.69 a 77) por ese departamento, sin que de la atención se advierta alguna situación incapacitante o que le impidiera la ejecución de las actividades a su cargo.



Es decir, que, de las pruebas allegadas al proceso, específicamente de la historia clínica del actor, no se observa que el demandante haya estado imposibilitado o limitado en razón a su estado de salud, para cumplir con las actividades encomendadas por el empleador, para el cargo de operario de ensamble final.

Ahora bien, al estar relacionada la discusión con la posible motivación de la demandada para dar por terminado el vínculo contractual con el demandante, en razón a la limitación física por su condición médica, es por lo que conviene tener en cuenta el contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a saber:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de 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 concordancia con la norma en cita, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en reiterados pronunciamientos, entre los que se encuentra, la sentencia SL572-2021 de fecha 24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas; que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibidem*, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a



15%.

En el presente asunto, el demandante no acredita grado alguno de severidad de la limitación que pregona, por lo que, entonces queda derruida la posibilidad de garantizar al demandante una posible estabilidad laboral reforzada en razón a una discapacidad que no se encuentra probada.

Por lo anterior, es claro que en el proceso no hay prueba que permita acreditar que el demandante se encuentra en algún rango de protección conforme lo prevé el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, y es por lo que, consecuentemente por obvias razones el empleador demandado tampoco conoció de ello como en efecto se observa en el plenario, ni siquiera de las recomendaciones médicas para la realización de terapias físicas, situación que a su vez permite inferir que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa con el actor no estuvo revestida de razones que comprometen la presunta discapacidad que alega el actor, tal como la parte demandada insiste con oportunidad de alegatos de conclusión de segunda instancia.

En consecuencia, la Sala no encuentra elementos de juicio que permitan cambiar la decisión de primera instancia debiéndose confirmar la misma, ya que, si bien refulge con claridad la existencia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, lo cierto es que las pretensiones dirigidas a garantizar la estabilidad laboral del demandante en razón a su afectación de salud, no pueden salir avantes ante la ausencia de los requisitos o condiciones que lo hagan merecedor de dicha protección legal, siendo eficaz la terminación del vínculo laboral por parte de la demandada.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-211-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: GUADALUPE RAMIREZ

DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020), en cuya virtud se declaró probada la excepción de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y se ordenó la terminación del proceso. (fs 296 y Siguietes).

HECHOS

La señora **GUADALUPE RAMIREZ** a través de apoderado judicial presentó demanda en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que es ineficaz el despido sin justa causa realizado por el FNA, por no mediar autorización del Ministerio de Trabajo, ordenar en consecuencia el reintegro, indemnización de la ley 361 de 1997indexación, intereses y cualquier otro pago que se genere con el reintegro.

La Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esa decisión señaló la Juez: “ La siguiente etapa es para resolver las excepciones previas del artículo 32 del código procesal de trabajo y seguridad social. Le doy el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante, si es su deseo hacer algún pronunciamiento sobre la excepción previa que planteó el fondo Nacional del ahorro de falta de competencia.

Sin manifestación alguna su señoría.

Así las cosas, entra el despacho a pronunciarse sobre la excepción previa planteada que militan los folios 186 a 190 del expediente; qué consiste en la falta de competencia por falta de agotamiento en la reclamación administrativa y la prescripción, las cuales se resolverán de la siguiente manera. Con relación a la falta de competencia, la parte demandada la sustentó en el hecho de que la demandante no ha efectuado la reclamación administrativa solicitando la ineficacia del despido deprecado a través de la presente acción ordinaria laboral, dicho lo anterior es bien sabido que en nuestro estatuto procesal laboral la reclamación administrativa está dirigida a entidades públicas, estableciendo el requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción, requisito que se encuentra regulado normativamente en el artículo 6 del código procesal de trabajo y seguridad social, que allí prevé “Reclamación administrativa, las acciones contenciosas contra la nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa, esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito de servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda y se otorga cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.

*En el presente asunto se advierte, luego de revisado el plenario detenidamente, que asiste razón a la parte demandada en el sentido de afirmar que frente a las pretensiones reclamadas en la presente demanda no se ha agotado la reclamación administrativa ante dicha entidad, ello como quiera que, en efecto de los hechos de la demanda y de la documental que obra a los folios el 22 al 181, se tiene que la demandante o su apoderado no ha solicitado directamente en el fondo demandado lo pretendido a través de este trámite, a fin de que se tuviera la oportunidad de estudiarlo, **aclarando que la acción de tutela no puede ser entendida como la reclamación administrativa, toda vez que el artículo en mención indica que la reclamación debe ser elevada directamente a la entidad y no deriva de una decisión de un juez constitucional.** Debe así tenerse en cuenta que la reclamación administrativa se constituye en una prerrogativa que la legislación brinda las entidades para no ser llevadas ante los estrados judiciales, sin que antes, ellos puedan revisar sus propios actos y en consecuencia subsanarlos dentro del término que la misma ley les determina, para ello es suficiente el simple reclamo escrito que haga el trabajador o trabajadora, afiliado o pensionado sobre el derecho que está pretendiendo. Este ha sido el entendimiento de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia por ejemplo las sentencias del 17 de junio 2007 y 22 de junio 2016 radicado 52067 según las cuales se ha manifestado que intención del legislador ha sido y es, darle la oportunidad a la administración para que esta se pronuncie respecto de la solicitud que*

eleven los ciudadanos, para qué si es del caso se enmienden los errores y se conceda el respectivo derecho evitando el desgaste del proceso judicial, por lo tanto, mientras no se ha agotado dicho trámite el juez de trabajo no adquiere la competencia para conocer del asunto, conforme lo expreso y ante la ausencia de diligenciamiento de algún formulario en general de cualquier medio probatorio que diera cuenta de que la pretensión aquí reclamada fue puesta en conocimiento de la aquí demandada conforme al artículo 6 del código procesal de trabajo y seguridad social, por lo que ante la ausencia de ésta no queda otro camino que declarar probada la excepción de falta de reclamación administrativa y en consecuencia se dispone la terminación del proceso.

En mérito de lo expuesto el juzgado 19 laboral del circuito Bogotá administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley resuelve;

1. Declarar probada la excepción de falta de competencia por un agotamiento de la reclamación administrativa que propone la demanda.
2. Se dispone la terminación del proceso.
3. Sin costas en esta instancia y cumplido lo anterior, el archivo y las presentes diligencias si no hay recurso....”

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso así: “...Frente a la decisión adoptada por el despacho, me permito respetuosamente interponer recurso de apelación en contra de lo proferido de la siguiente manera; interpuso el apoderado de la parte demandada dentro de la contestación respectiva la excepción de falta de competencia por no acatamiento de la reclamación administrativa, teniendo en cuenta que no existió ese requisito de procedibilidad que se debió haber agotado en su debida oportunidad procesal, es menester señalar su señoría que efectivamente la señora Guadalupe para el día el día 31 de marzo del 2016 interpuso acción de tutela, en contra a la ARL positiva y fondo Nacional del ahorro, en la que elevó la reclamación administrativa, en cuanto a que solicitó dentro de la misma el reintegro, una indemnización contemplada en el artículo 180, perdón, la pretensión principal fue el reintegro y la indemnización de qué trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario. Esas fueron las pretensiones principales invocadas dentro de la acción de tutela, eminentemente el fondo Nacional del ahorro procedió a impugnar el fallo proferido, en fallo de fecha 24 abril del 2016 el tribunal decidió revocar la sentencia de primera instancia y si bien es cierto su señoría no existió un agotamiento como ya se dijo, no es menos cierto, también que el fondo Nacional del ahorro dentro de las contestaciones que se adjuntaron al escrito de tutela y dentro de la impugnación realizada, contesto de fondo, que el fondo Nacional del ahorro no se encontró en su momento obligado a realizar algún tipo de reconocimiento económico a la parte demandante, ya que entre las partes no había existido algún contrato de trabajo del cual pudiera desprenderse la responsabilidad qué trata de pregonar la señora Guadalupe Ramírez, es decir, el fondo dentro de sus alegaciones dio por cierto que no existe un contrato de trabajo y de la misma manera que la señora Guadalupe no debería ser ni indemnizada ni se le vería pagar ningún tipo de reconocimiento económico por el accidente que sostuvo ella para la época de los hechos, esto quiere decir su señoría que evidentemente el fondo si conocía el fondo de lo que se estaba solicitando, porque las pretensiones de la acción de tutela y de la demanda se hicieron de la misma manera, entonces señoría por esa razón está excepción no está llamada a prosperar teniendo en cuenta que la demandante si interrumpió el término con la referida acción, toda vez su

señoría que la acción de tutela como ya lo dije, dentro de sus pretensiones principales, que fueron; el reintegro o una indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 que equivalente a 180 días de salario, y como ya lo dije, el escrito demandatorio contempla las mismas pretensiones, ahora teniendo en cuenta lo anterior la señora Guadalupe Ramírez contó con una vía idónea para solicitar sus pretensiones frente al despido injustificado al cual fue sometida por el fondo Nacional del ahorro y cómo ya lo manifesté el fondo dio una respuesta dentro de sus contestaciones de la acción de tutela y de la misma manera cuando realizó la impugnación dio una respuesta de fondo frente a lo pretendido, que es considerar que ella no contaba con un contrato laboral y que por ende ella no podía ser ni indemnizada, ni reintegrada, ni mucho menos pagársele algún tipo de valor económico por el accidente sufrido con ocasión a su servicio, razón por la cual el fondo Nacional del ahorro entonces tenía plenamente conocimiento de lo pretendido en esta demanda, y por esta razón la tutela cumplió con los requisitos consistentes en haber agotado los mecanismos de defensa de sus derechos. Por otra parte, la acción de tutela fue interpuesta entre un término razonable y el accionante identificó de manera también los hechos que generan la vulneración de sus derechos por esta razón su señoría solicitó respetuosamente se conceda el recurso impetrado para que el honorable tribunal resuelva sobre lo preferido.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve los puntos del recurso.

El tema a definir es si debe prosperar la excepción que la demandada denominó falta de competencia por falta de reclamación administrativa, pues la Juez la encontró probada y terminó el proceso.

El artículo 6° del Código de Procedimiento Laboral vigente, preceptúa:

“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.

Es claro entonces que al ser una entidad del Estado era necesario se diera cumplimiento a lo ordenado en el artículo mencionado, **dada la finalidad recordemos de la norma**, que es que las entidades, **tengan la oportunidad de determinar la procedencia o no de los derechos objeto de reclamación, desde luego, previo al análisis fáctico y jurídico que corresponda**. Así mismo, si de ese análisis se concluye la existencia del derecho reclamado, **para que se proceda a su reconocimiento directamente por la entidad obligada, sin que sea necesaria la intervención del Juez**.

La H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la consideración de que a través del instituto de la vía gubernativa:

“(...) se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios Jueces del Trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquéllas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.(...)”

(C.S.J. Sent. 12.221 oct. 13/99 M.P. Germán G. Valdés Sánchez).

Además como se ha señalado en reiteradas oportunidades, el mencionado requisito de reclamación administrativa constituye un factor de competencia sin el cual no puede entablarse válidamente la relación jurídico procesal y que, por tanto, debe ser evaluado al momento de admitirse la demanda o al momento de resolverse la excepción previa siendo claro se insiste **que su finalidad no es otra a que la administración estudie previamente la viabilidad de los reclamos efectuados por el trabajador y, si a bien lo tiene, los reconozca, sin que tenga que agotarse un proceso en la jurisdicción ordinaria**.

Ahora, la reclamación se entiende agotada **con un simple reclamo escrito**, pero en todo caso, debe referirse exactamente a los derechos que se pretendan en la demanda. En otros términos, aunque la

reclamación administrativa no está rodeada de más formalidades o solemnidades que la de constar por escrito, **siempre debe guardar una identidad de objeto y causa con respecto a las pretensiones de la demanda, pues la administración debe tener la posibilidad de conocer y estudiar previamente los reclamos del trabajador incluidos en su demanda y no otros.**

No sobra agregar que esta reclamación puede considerarse como una regla de competencia a dos niveles: i) **la competencia primaria, preferente o previa en el conocimiento de los reclamos del trabajador o servidor es de la propia administración y ii) solo después del conocimiento de los reclamos por la administración, nace la competencia para la autoridad jurisdiccional.**

Es por ello que la reclamación administrativa ha sido considerada como un factor de competencia, y desde luego también como uno de los presupuestos procesales necesarios para el regular establecimiento de la relación jurídico – procesal y si bien es cierto como tal no parece dentro de las excepciones previas prevista en el Código General del Proceso **es en verdad una excepción previa dilatoria denominada declinatoria de jurisdicción que conduce a la terminación del proceso,** ya que el Juez no estaría facultado para resolver la controversia mientras no se surta la respectiva reclamación.

De otra parte también ha sido bastante definido el tema en cuanto a que la falta de reclamación no genera nulidad alguna, así como si el relativo a la competencia del Juez para resolver las pretensiones que si se reclamaron, es decir cuando se agota de unas pretensiones y no de otras, pues aun antes de haber sido reformado el artículo, es decir desde 1991 en sentencia de diciembre 11 de ese año la H Corte Suprema de Justicia expresó:

“ En esta hipótesis ocurre, sencillamente, que el juez tiene competencia para resolver sobre las pretensiones para las cuales el demandante haya agotado previamente la vía gubernativa (hoy reclamación administrativa) y carece de esa competencia para decidir de las demás.”

Ahora que sea un reclamo escrito, no significa como entendió la Juez que este sea uno dirigido directamente a la entidad, pues esa condición no la contempla la norma, siendo claro que para la prueba del agotamiento se admiten todos los medios probatorios, como por ejemplo confesión o cualesquier otro, como en este caso considera la Sala **el escrito de la acción de tutela, que sin duda alguna conoció la entidad, pues el FNA, fue uno de los accionados, entonces no entiende la Sala el requisito o exigencia, que la juez denomina directamente, pues si se trata de que haya sido dirigido a la parte, en efecto lo fue y fue puesto en su conocimiento a través de un Juez, lo que no borra de tajo que lo haya recibido, por el contrario, lo reviste de más formalidad, tanto así que dio respuesta a la acción, admitiendo este hecho al contestar el 40 de la demanda.** (Ver FI 196)

De manera que la acción de tutela si puede considerarse como reclamación administrativa, pues es un escrito y si bien no simple, mucho más formal, luego supera la norma, no va en contravía a lo allí dispuesto, y prueba de ello es la respuesta dada en esa oportunidad, luego el Juez sí tiene competencia para decidir sobre lo allí reclamado, ya que la entidad tuvo ya la oportunidad de acceder o no a las pretensiones y de ejercer esa especie de justicia interna sin necesidad de acudir a un Juez, lo que no sucedió, luego ahora será el Juez laboral el que defina lo planteado.

Finalmente, la Sala insiste en que la norma no es de la rigurosidad exigida por la juez, entenderla así la haría de una ritualidad que no tiene porque antes y luego de la reforma que introdujera la ley 712 de 2001, siguió correspondiendo a la finalidad perseguida; **esto es el principio de autotutela de la administración, en desarrollo de cual se le considera no solo como parte pasiva sino parte neutral o autoridad pública que tiene como deber primordial garantizar la efectividad, de los principios derechos y deberes consagrados constitucional y legalmente a favor de los asociados y en esa calidad es que se le llama para que considere la viabilidad jurídica de los reclamos del trabajador y si es del caso los reconozca, oportunidad que ya tuvo con el escrito de tutela que recibió y respondió, siendo entonces ahora el Juez quien debe decidirlos.**

En consecuencia, SE REVOCARÁ la decisión apelada y se ordenará la continuación del proceso.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

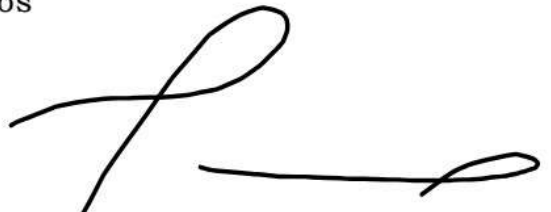
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído y en consecuencia se ordena a la juez de primera instancia continuar con el trámite del proceso.

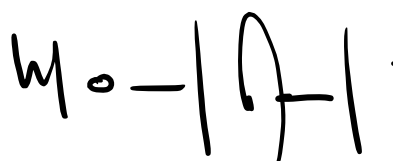
SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2017-815-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NIDIA ELENA ORTIZ BENÍTEZ
DEMANDADO: COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES

La señora NIDIA ELENA ORTIZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la demandada reconoció y paga actualmente a su favor el 50% de una pensión de sobreviviente en la modalidad de retiro programado desde mayo de 2015, en cuantía de \$1.436.800, en su calidad de madre y representante de los menores Juan Camilo y Katherine García Ortiz, quienes reciben esta en proporción del 25%, solicita se declare que la demandada de manera arbitraria resolvió a partir de enero de 2016, disminuir el valor de la mesada pensional pagada a ella y a sus hijos, quienes tienen derecho a que la entidad demandada les reajuste su proporción pensional a partir del año 2016, conforme al IPC anual, por lo que dicha mesada a partir de los años 2016 y 2017, se debe aumentar la proporción pagada a ella y a sus menores hijos,

reajustándola año a año conforme los aumentos del IPC, junto con intereses moratorios.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, peticiona se CONDENE a la demandada a pagar a su favor y el de sus hijos la diferencia generada en la proporción de la mesada pensional de los años 2016 y 2017, reajustadas conforme al IPC, junto con intereses moratorios a partir de enero de 2016 y hasta el pago de dichas diferencias. (fls. 16 y 17)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que su ex cónyuge, el señor Juan Carlos García, falleció el 13 de febrero de 2015, que de dicha unión, nacieron 2 hijos, Juan Camilo y Katherine Andrea García Ortiz, que su ex esposo cotizó al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A., por lo que en el mes de marzo de 2015, elevó solicitud ante esta para el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, a lo que le informó la demandada en comunicación del 12 de mayo de la anualidad en mención que su solicitud de pensión había sido aprobada, otorgando a favor de sus 2 hijos menores pensión por valor de \$1.436.800, bajo la modalidad de retiro programado, distribuyendo dicha prestación en un 50% para ella y 25% para cada uno de sus hijos. Señala que la demandada en el año 2016, le informa que su mesada y la de sus hijos, se reajustaría en un -3.94%, quedando para dicha anualidad en \$1.397.694.

Afirma que en el mes de agosto de 2016, elevó derecho de petición solicitando el reajuste de la mesada conforme al incremento del IPC, posteriormente interpuso acción de tutela, la que fue declarada improcedente, que el 30 de enero de 2017, la demandada le comunicó que la mesada pensional para dicha anualidad quedaría en \$1.459.026, ajuste que realizó esta parte conforme IPC de la mesadas disminuida de 2016. (fls. 8 y 9)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 4, 6 a 11, 13 a 20 y negó los demás; propuso como excepciones las que

denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad, pago y compensación y buena fe. (fl.237)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a la demandada a realizar reajuste anual de la pensión concedida a la demandante y a sus hijos según el IPC, desde el año 2016 y conforme a las diferencias correspondientes, declaró no probadas las excepciones propuestas por esta y la condenó en costas. (fl.278)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reproche el reconocimiento pensional de que gozaban la actora y sus hijos a partir del 1 de mayo de 2015, bajo la modalidad de retiro programado, que igualmente, se había probado que la mesada pensional del año 2016, había disminuido respecto a la pagada en 2015, quedando esta última en \$1.379.694, para 2017 había aumentado en \$1.459.026 y conforme a lo señalado a folio 30 del plenario la disminución de la mesada pensional para el año 2016, había obedecido a la disminución del interés técnico, el cual pasó de 4% a 3.81%, lo que se traducía en el impacto negativo de la mesada pensional según la demandada, igualmente esta había señalado a folio 267, el cambio en el valor de las mesadas anuales, resultaba de la combinación del aumento del IPC y un ejercicio de recálculo de suficiencia del saldo depositado en la cuenta individual del pensionado, conforme a los parámetros establecidos de la Superintendencia Financiera.

Afirmó que la testimonial traída al proceso y que fungía como actuaria para la demandada, había afirmado que la mesada en la modalidad de retiro programado, podía disminuir debido a que en la misma se realizaba un reajuste anualmente igualando lo que tiene el pensionado en la cuenta de ahorro individual frente a lo que necesita, teniendo en cuenta que lo depositado en el saldo de la cuenta individual, que debe alcanzar para cubrir la pensión en cuanto a la expectativa de vida, a fin de evitar que dicha cuenta se descapitalice, ello conforme a una nota técnica que indica la forma de liquidar registrada ante la Superintendencia Financiera, la que supervisa el cumplimiento de esta para evitar tal descapitalización.

Indicó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y otras normas de rango constitucional, se preveía el reajuste de las pensiones anualmente conforme el IPC, a excepción de la pensión mínima que se reajustaba conforme al valor fijado del SMLV, que en la sentencia T – 1052 de 2008, la Corte Constitucional, había indicado que todos los pensionados independiente del régimen al que pertenezcan, tenían derecho al reajuste anual de su mesada pensional conforme al IPC, ya que de no realizarse tal ajuste, se estaría vulnerando el mínimo vital y ello corregía la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que se da con el paso del tiempo, de igual forma la sentencia T- 020 de 2011, indicó que la normativa que regulaba la modalidad de retiro programado podría resultar incompatible con el derecho al reajuste periódico de las mesadas previsto en el artículo 53 de la CP.

Por lo que con fundamento en lo anterior, concluyó la juez que el desconocimiento del reajuste de las mesadas pensionales conforme al IPC, claramente vulneraba el derecho al mínimo vital, en tal sentido el legislador había consignado en diferentes formas, la obligación de las administradoras de reajustar todas las mesadas pensionales de manera anual con independencia de si eran administradoras del RAIS o el RPM, de tal manera, que como lo había señalado la Corte Constitucional, no era de recibo que la administradora pensional, recalculara la mesada pensional conforme al nuevo saldo de la cuenta de ahorro individual, ni que el afiliado asumiera los riesgos del mercado financiero como la extralongevidad, ni rentabilidad de los recursos, pues es claro que la constitución y el Acuerdo 01 de 2005, normas de carácter constitucional señalaban que las pensiones superiores al mínimo se debían reajustar anualmente de manera obligatorio conforme el índice del IPC, habiendo lugar a ordenar a la demandada a efectuar el reajuste pensional reclamado a partir del año 2016, conforme a la variación pensional del índice mencionado, junto con diferencias correspondientes.

En cuanto a los intereses moratorios, señaló que conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los intereses allí regulados, versaban únicamente respecto de la mora en el pago de las mesadas pensionales y no para los reajustes, por lo que dicha pretensión, no prosperaba.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Fondo demandado señaló que en este caso concreto se debía dar aplicación a la modalidad de pensión escogida por la actora, como lo era el retiro programado y con fundamento en lo previsto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, Acto Legislativo 01 de 2005 y Decreto 832 de 1996, la mesada pensional en dicha modalidad variaba conforme a lo depositado en la cuenta de ahorro individual y situaciones financieras valores del mercado, inversiones que generan caídas en las tasas de interés y otras situaciones que no dependen de la Administradora, indicó que para el año 2015, la Superintendencia Financiera, había expedido radicado interno, le solicitó a Colfondos, actualizar los parámetros técnicos para el cálculo de la mesada pensional teniendo en cuenta la nota técnica 1875 de 1977, por cuanto estos no se encontraban ajustados a la resolución 3099 de 2015, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y mediante la cual, se establecen los parámetros para el cálculo de las pensiones bajo la modalidad de retiro programado.

Por lo anterior indicó que en esta oportunidad para el caso de la demandante, fue necesario recalcular el valor de la mesada con base en el saldo de la cuenta individual, la cual se ve afectada por los rendimientos del año anterior y los parámetros del cálculo de la modalidad escogida, los que buscan adaptar a la realidad la capacidad del ahorro pensional del demandante con el fin de soportar todas las mesadas futuras que merece esta y sus beneficiarios, decisión que se orienta a preservar su derecho pensional y el de sus beneficiarios, siendo una característica propia de la modalidad pensional escogida es el pensionado el que asume el riesgo de que el valor de su mesada pueda disminuir y dicho recálculo no se efectúa de manera caprichosa, sino observando los parámetros previstos para el efecto con el fin de evitar que se descapitalice la cuenta de ahorro individual.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la entidad demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si hay lugar a la reliquidación pensional objeto de condena en primer grado.

No fue objeto de reparo que la demandante y sus hijos, ostentan la calidad de pensionados por parte de la administradora demandada, a partir del mes de mayo de 2015 y bajo la modalidad de retiro programado en cuantía de \$1.436.800 (fl. 28), de igual forma se encuentra demostrado que para el año 2016, la demandada le comunicó a la demandante que la pensión a cuyo reconocimiento se alude, fue reajustada en un -3.97%, quedando para dicha anualidad en \$1.397.694, es decir, en un valor inferior al del año anterior (fl. 30) y finalmente para el año 2017, la demandada comunica a la actora que la mesada pensional correspondiente a dicha anualidad, se había fijado en \$1.459.026.

A folio 30 y como lo indicó la juzgadora de primer grado, el fondo pensional demandada le indica a la demandante que tal reajuste en su mesada pensional para el año 2016, obedeció a la incorporación de los parámetros de cálculo de la modalidad pensional por ella escogida previstos en la resolución 3099 de 2015, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual estipuló cambios en los parámetros de cálculo de las mesadas pensionales, resaltando que la disminución de la tasa de interés técnico pasó de un 4% a un 3.81%, lo que se traducía en un impacto negativo en el valor de la mesada pensional.

Así las cosas y a efectos de resolver el recurso de apelación, se tiene que como es bien sabido, el deber de incrementar las mesadas pensionales conforme el IPC se encuentra previsto en normas de rango constitucional, entre otras, en los artículos 48 y 53 de la CP, inciso 2 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y tal aumento también se prevé en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, en principio se determinaría que a la aquí demandada Colfondos, no le era dable disminuir el valor de la mesada pensional como lo hizo para el año 2016, respecto de la pagada en el año 2015, pues el valor de dicha prestación conforme a la normatividad en cita, sólo debe estar sujeta a aumentos anuales y no a disminución. No obstante ello, tampoco ofreció reproche que la pensión que paga esta a favor de la aquí demandante y sus hijos, se calcula conforme la modalidad de retiro programado, figura propia del RAIS y que se encuentra regulada en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, que señala:

ARTÍCULO 81. RETIRO PROGRAMADO. <Ver Notas del Editor> El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar.

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima. (...)

De lo señalado en la norma antes transcrita, se logra determinar que esta modalidad pensional, debe ser recalculada **anualmente**, con observancia del total del capital que se encuentre depositado en la cuenta individual del afiliado o pensionado, de tal manera que está sujeta a otro tipo de variación aparte de la prevista en las normas constitucionales antes citadas.

De igual forma y en cuanto a la forma de liquidar la prestación en esta modalidad, ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que como lo indica la recurrente, es deber de las administradoras evitar que el saldo de la cuenta individual disminuya de tal forma que la prestación quede reducida a una pensión mínima, en tal sentido reiteró en sentencia SL 2935 de 2020, M.P. Iván Mauricio Lenis:

En la modalidad de retiro programado, que es la que concierne al sub lite, el valor de la mesada mensual se calcula cada año y equivale a la doceava parte de una anualidad, la cual se establece al dividir el saldo de la cuenta de ahorro por el capital necesario para financiar una renta vitalicia para el pensionado y sus beneficiarios. Cuando un afiliado esté percibiendo una prestación de este tipo, el saldo de su cuenta no puede ser inferior al capital que se requiere para financiar una renta permanente de un salario mínimo legal mensual vigente.

Ello explica por qué cuando el afiliado escoge la modalidad de retiro programado, la ley impuso a las administradoras de pensiones la obligación de realizar controles de saldos de manera permanente respecto de las cuentas de ahorro individual, conforme al artículo 12 del Decreto 832 de 1996. Dicho precepto establece:

Artículo 12. Control de saldos en el pago de pensiones bajo la modalidad de retiro programado. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben

controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción al Decreto 719 de 1994, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el Retiro Programado, la aseguradora con la cual ésta deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado, sin perjuicio de que su decisión pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia.

Parágrafo Primero. Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal (...).

Conforme lo anterior, las administradoras de pensiones no solo deben ejercer un «control permanente» sobre los saldos de las cuentas de ahorro individual de los pensionados que opten por la modalidad de retiro programado, pues también tienen la obligación de tomar «medidas» eficaces y oportunas para evitar su descapitalización. No obstante, la posibilidad de que aquellas pueden adoptarse incluso hasta que la cuenta permita «financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente» puede generarle un perjuicio al pensionado, toda vez que en tal escenario su capital habrá disminuido considerablemente lo que, además, dificultaría la contratación de una renta vitalicia con una aseguradora.

De ahí que la obligación de las AFP consista en llevar a cabo acciones desde el momento en que adviertan una eventual descapitalización de la cuenta individual del pensionado, a fin de evitar que el valor de la prestación se disminuya a tal punto que llegue a esa suma mínima e implique que, por fuerza, pierda su poder adquisitivo, en contra de lo previsto en la Constitución y la ley.

Por ello, a juicio de esta Sala de la Corte Suprema de Justicia y conforme lo adocrinó en sentencia CSJ SL2692-2020 al decidir sobre un asunto similar, le asiste razón al recurrente al afirmar que erró el Tribunal al confirmar la orden de incrementar el valor mensual de la prestación con base en el índice de precios al consumidor y de pagar el retroactivo, sin tomar las medidas necesarias que impidan la descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Y es que no bastaba con establecer el condicionamiento de la elección del actor, toda vez que si este insiste en tal reliquidación y en el pago del retroactivo, e incluso de la indexación del mismo, como lo afirma la censura, ello aceleraría el agotamiento de los recursos disponibles en su cuenta de ahorros, pues lo cierto es que tal déficit lo dejaría sin protección e, incluso, podría afectar su mínimo vital. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, bajo la modalidad pensional de retiro programado como es la escogida por la aquí demandante es factible que su mesada pensional, luego de efectuarse el cálculo anual de la misma propia de la modalidad en mención no sufra aumento sino disminución como ocurrió en este caso para el año 2016, lo anterior se itera a fin de evitar la disminución del capital depositado en la cuenta individual del pensionado, situación para la cual, se encuentra facultada, pues es su deber tomar medidas para evitar tal detrimento.

De igual forma, se evidencia a folios 30 y 207 y s.s., que tal disminución en la mesada pensional se encuentra suficientemente soportada por la demandada, pues en las documentales a que se alude, le señala con claridad a la demandante los parámetros que utilizó para recalcular la prestación y el motivo por el cual esta disminuyó para el año 2016, indicándole igualmente que tal recálculo se realizó en aras de garantizar que el capital depositado en su cuenta individual fuera suficiente para cubrir la prestación pensional de manera vitalicia a ella y hasta los 25 años para sus hijos; lo que determina que la demandada actuó con observancia de los parámetros propios para calcular la pensión en la modalidad escogida.

A más de lo anterior, en el presente no se evidencia una disminución pensional progresiva, contrario sensu, la mesada pensional disminuyó para el año 2016 y nuevamente aumentó conforme al IPC para el año 2017; de tal manera si bien como se señaló al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento, es deber de la demandada aumentar la mesada pensional conforme al índice en mención; lo cierto es que también debe procurar que el pensionado siga percibiendo su derecho pensional de manera vitalicia, por ello la importancia de verificar las situaciones particulares de cada caso, evidenciándose en el presente que la disminución de la mesada para el año 2016, obedeció a medidas tomadas por la demandada para evitar la desfinanciación de la cuenta de ahorro individual de la que provienen los recursos para cubrir la pensión de que gozan la demandante y sus hijos menores.

Los anteriores razonamientos, llevan a la sala a **REVOCAR** la decisión de primer grado, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra.

Sin costas en esta instancia.

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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE

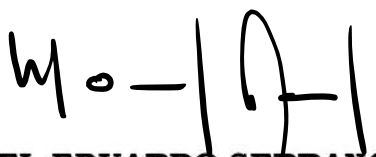
PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar **ABSOLVER** a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante NIDIA ELENA ORTIZ, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandante.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO