



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 08-2019-00480-01**

Bogotá D.C., agosto treinta y uno (31) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: NELLY PATRICIA RODRIGUEZ BOTERO**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PORVENIR SA Y COLPENSIONES) Y PARTE DEMANDANTE  
// CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado con tarjeta profesional No. del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.102 expediente fisico)

La parte demandada Colpensiones (fls.96-100 expediente fisico) y AFP Porvenir SA (fls.103-108 expediente fisico) presentaron alegaciones por escrito, según lo

ordenado en auto de abril 9 de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El (la) señor(a) Nelly Patricia Rodríguez Botero instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 22, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. realizado por la demandante.
2. Condenar a Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados por la demandante a Colpensiones.
3. Condenar a Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados por la demandante, a Colpensiones, con los rendimientos generados.
4. Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y recibir los aportes pensionales realizados por la demandante.
5. En caso de oposición, condénese en costas a las demandadas.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.23-30) con corrección (fls.81-83) y AFP Porvenir SA (fls.48-73) de acuerdo al auto del 30 de julio de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 08 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora Nelly Patricia Rodríguez Botero realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 15 de julio de 1999, mediante la afiliación a Porvenir. **CONDENÓ** a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Nelly Patricia Rodríguez Botero tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que hubieren causado. **CONDENÓ** a Colpensiones a aceptar todos

los valores que devuelva Porvenir, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante. **NO CONDENÓ** en costas y **SOLICITÓ** en caso de no ser apelada la sentencia, remitir para que se surta el grado jurisdiccional de consulta con el superior en favor de Colpensiones.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Interpone recurso de apelación, en contra de la sentencia proferida, en lo referente única y exclusivamente a la condena en costas.

Manifiesta que no comparte el criterio de la señora Juez, que se abstiene de condenar en costas a las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones, porque no se causaron, considera de manera respetuosa, que se está frente a un proceso litigioso en donde ha habido necesariamente controversia, hubo oposición a todas y cada una de las pretensiones, prácticamente. Manifiesta de igual manera que, fue necesaria la práctica de pruebas, alegatos, es decir, el proceso se llevó a cabo desde principio a fin. Reitera que no considera que no se hayan causado, pues el *artículo 365 del Código General del Proceso*, al cual se refiere en virtud del *artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*, es claro en establecer, que en estos casos, es viable la imposición de costas cuando una persona, sea natural o jurídica, resulte vencida en un litigio de esta clase.

En consecuencia, solicita a la honorable Magistratura que se sirva modificar la sentencia proferida en ese sentido y, en consecuencia, que se condene en costas a Colpensiones y a Porvenir S.A.

La **parte demandada (AFP Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Manifiesta en primera medida, que declarar la ineficacia del traslado por parte del fallador de primera instancia, aconteció respecto de la información que en su momento dio el asesor promotor, y en su defecto, que omitió a consideración del mismo, al momento de trasladarse de Régimen Pensional.

El apoderado expresa que se aparta totalmente de la posición del fallador de primera instancia, en el sentido de que, no puede endilgarse a Porvenir de criterios de que obren a la memoria del demandante, o en este caso, a la falta de memoria de la misma, criterios que como no recordar las características de uno u otro régimen, o si le indicaron respecto a los requisitos de modalidad de pensión que podía obtener en el Régimen de Ahorro Individual.

Por otra parte presenta inconformidad con respecto a generarle a Porvenir la devolución referente al porcentaje de gastos de administración indexados, pues esto es algo que claramente desconoce una característica que es propia y fue está establecida legalmente por la ley del Régimen de Ahorro Individual y es generar estos cobros por administración, respecto a la prima de seguros que se cubrió durante todo este tiempo a la parte demandante, con respecto a las contingencias de invalidez y muerte, y, frente a lo administrado en el fondo de solidaridad, que fue establecido por la misma *ley 100 de 1993* y que el efecto de la ineficacia conllevaría a que el acto jurídico no hubiera existido y que no podría conllevar a la devolución de rendimientos financieros en este aspecto.

De esta manera solicita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocar en su integridad la decisión emitida por el Despacho y en su lugar absolver a Porvenir en cada una de las pretensiones.

**La parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Expone que la principal inconformidad con el fallo de instancia, tiene que ver con lo atinente a que el despacho considera que no se aportaron medios probatorios de los cuales se hubiese podido deducir que efectivamente había un cumplimiento a las obligaciones legales en cuanto al deber de asesoría, buen consejo, y al deber de información por parte de las administradoras de pensiones demandadas.

Dice que la señora Juez en el fallo de instancia dice que no se aportaron esos medios probatorios y que la exigencia probatoria del despacho no es necesariamente pruebas documentales, sino que, hubiese podido presentarse cualquier otro tipo de medio probatorio para acreditar el cumplimiento de esas obligaciones.

Considera que si bien es cierto, el despacho hace tal salvedad, igualmente resulta ser una carga probatoria imposible de cumplir por parte de las administradoras de pensiones, en la medida en que, en el caso de la demandante para el momento

en que se efectuó el traslado del Régimen pensional, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a la administradora de pensiones Porvenir, la única exigencia normativa existente para dar trámite y validez a dicha petición de traslado, era la suscripción del respectivo formulario de vinculación.

Manifiesta que no existe ningún otro medio probatorio documental diferente al formulario de vinculación y tampoco existe otro medio probatorio, una prueba testimonial o la declaración de parte del asesor de la época, para acreditar cual fue la información que se brindó en el año de asesoría. Eso en la medida, en que, en el caso de la demandante el acto de traslado se efectuó hace más de 20 años y de conformidad a lo que manifestó Porvenir en el interrogatorio de parte, pues no se tiene la información del asesor de la época y en ese sentido, dice que tampoco existiría la posibilidad de acreditar otro tipo de medios probatorios.

Dice que si para ese momento, la única exigencia válida para que se tramitara el acto del traslado, era firmar el formulario, suscrito dicho formulario, el acto de traslado debe tenerse por válido. También expresa que no se puede pasar por alto igualmente, que la Corte Suprema de Justicia en varios precedentes, ha indicado que la sola suscripción del formulario, en forma alguna, indica que el consentimiento haya sido exento de vicio y que el formulario acredite algún tipo de información o de asesoría por parte del Fondo de Pensiones.

Manifiesta que debe analizarse, cuál es el contexto en que se efectúan los traslados de régimen pensional, de muchos de los afiliados que están incoando este tipo de acción. Considera que satisfecha la obligación legal vigente para la época, el acto debe tenerse por válido.

En segundo lugar menciona que está muy claro que la única inconformidad con la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual que tiene la demandante, es el valor de la mesada pensional, y que ya está establecido, en las aclaraciones de voto de la sentencia SL1452 de la Corte Suprema de Justicia, que se indicó, que la expectativa pensional que tenga el afiliado, en cuanto al valor de su mesada pensional en uno u otro régimen pensional, no lo legitima para pretender que se anule un traslado o vinculación de régimen pensional, en este caso, de la demandante con Porvenir, en la medida en que, ella manifestó que en Porvenir le habían dicho que no tendría capital suficiente, ni siquiera para financiar una mesada pensional equivalente a un salario mínimo y que probablemente en Colpensiones, el valor de la mesada pensional hubiese sido ostensiblemente superior al que le hubiese podido corresponder de permanecer afiliada en el RAIS. Además manifiesta que no es un hecho atribuible a las administradora de pensiones, porque cada uno

de los regímenes pensionales, tiene requisitos y condiciones diferentes para la financiación y para el otorgamiento de las pensiones de vejez, en forma alguna, dicha inconformidad, puede sustentar una solicitud de anulación o ineficacia de un acto de traslado de régimen pensional, que a juicio del apoderado, tiene total validez y pleno goce de efectos.

Dice que si Subsidiariamente la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, considera que hay lugar a confirmar el fallo de instancia, solicitaría que se adicionara el fallo proferido por este Despacho, en el entendido de condenar a Porvenir a trasladar lo atinente a los gastos de administración, descontados mensualmente en la cuenta pensional de la demandante debidamente indexados hasta el momento en que efectivamente trasladen la cuenta pensional con los saldos a Colpensiones. Eso en el entendido, que si se declara la ineficacia del traslado del régimen pensional, dicho acto se torna totalmente inexistente y la vinculación con Porvenir, por parte de la demandante, quedaría sin ningún tipo de efecto jurídico, de forma que, al Porvenir tener que trasladar la totalidad de la cuenta pensional con los saldos, rendimientos financieros, los bonos pensionales y las cuotas de administración; dichos saldos, además, de tener el rendimiento y los intereses comerciales, que generen los saldos de la cuenta comercial, debería adicionalmente trasladar de forma indexada los gastos de administración. toda vez que, dichos gastos de administración, se vienen descontando por parte de Porvenir desde hace más de 20 años y los gastos de administración causados hace 20 años, no corresponden al valor actual de esos gastos de administración cuando Porvenir traslade a Colpensiones, en cumplimiento del fallo judicial, los saldos de la cuenta pensional y esa situación tendría un impacto financiero y fiscal en Colpensiones, razón por la cual, solicita condenar al pago indexado de dichos gastos de administración.

#### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Nelly Patricia Rodríguez Botero** el día 15 de julio de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 15 de julio de 1999 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1999 (fl. 74).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas*

*del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: formulario de vinculación, copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, constancia de publicación diario El Tiempo, certificación expedida 13 de enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de Julio de 1999, fecha del

traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 15 de Julio de 1999, la demandante tenía 558 semanas (fl.94 expediente administrativo digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 18 de febrero de 1964 – fl 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM una vez cumpla con los requisitos de edad y las 1300 semanas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato

de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A. y por Colpensiones.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente

sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Nelly Patricia Rodríguez Botero** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 15 de Julio de 1999.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

El apoderado de la parte demandante presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia citando el Código General del Proceso según el cual se debe condenar en costas a las demandadas. Manifiesta el apoderado de la parte actora que se está frente a un proceso litigioso en donde ha habido necesariamente controversia, hubo oposición a casi todas las pretensiones y además fue necesaria la práctica de pruebas y alegatos.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de no fijar costas, numeral 5 del art 365 C.G.P. "En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a Colpensiones porque considero que no se causaron, Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora en los términos del artículo 366 del CGP.

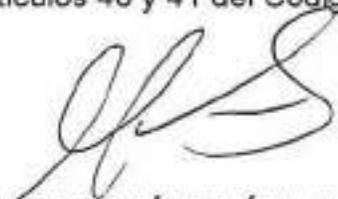
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 04 de marzo de 2021 por el juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir SA y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500820190048001)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500820190048001)

Aclaro voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500820190048001)





**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 25-2016-00632-01**

Bogotá D.C., agosto dos (02) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ALBERT HUMBERTO MEDINA GAMBOA**  
**DEMANDADO: INDEPENDENCE DRILLING SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá el día 1º de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 712 a 715), así como de la demandada INDEPENDENCE DRILLING SA (fls. 697 a 709), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor ALBER HUMBERTO MEDINA GAMBOA instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad INDEPENDENCE DRILLING SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. Que entre el demandante y la sociedad INDEPENDENCE DRILLING SA existe un contrato de trabajo por obra o labor desde el 09 de agosto de 2006 hasta la fecha de radicación de la demanda.
2. Que el actor, el día 3 de septiembre de 2013, empezó a padecer de una enfermedad de origen profesional, a causa de las labores como "Encuellador" en la empresa INDEPENDENCE DRILLING SA.
3. Que el demandante a la fecha se encuentra en etapa de rehabilitación, en virtud de que no ha existido una recuperación completa de su lesión.
4. Que el demandante, es trabajador en estado de debilidad manifiesta, razón por la cual goza de estabilidad laboral reforzada, contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
5. Que la empresa INDEPENDENCE DRILLING SA tenía conocimiento de la enfermedad calificada en primera medida como de origen profesional, padecida por el demandante y a la fecha considerada como de origen comun según historia clínica.

**CONDENATORIAS PRINCIPALES:**

1. A INDEPENDENCE DRILLING SA a mantener el reintegro del demandante, al cargo que venía desempeñando, por haber sido despedido en estado de debilidad manifiesta, es decir, bajo el fuero de estabilidad laboral reforzada, bajo la existencia de la acción de tutela como medida transitoria.
2. A INDEPENDENCE DRILLING SA a dejar sin efectos jurídicos la terminación del contrato de trabajo unilateral, efectuado el día 31 de diciembre de 2015.
3. A INDEPENDENCE DRILLING SA al pago de todos los salarios, prestaciones sociales y Seguridad Social dejados de percibir desde el 31 de diciembre de 2015 hasta la fecha.
4. A INDEPENDENCE DRILLING SA al pago de la indexación de los valores resultantes de la presente acción e intereses moratorios a partir de la fecha en que tales valores se hicieren exigibles.
5. Costas procesales

**CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS:**

1. A INDEPENDENCE DRILLING SA a pagar al demandate la suma de \$16.490.520 correspondientes a la indemnización equivalente a 180 días de salario (\$2.748.420), por no existir autorización ante el Ministerio de trabajo en esrrado de debilidad manifiesta.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad INDEPENDENCE DRILLING SA (fls. 127 a 351), de acuerdo al auto del 08 de junio de 2017 (fl. 645). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### REFORMA DE LA DEMANDA

En escrito presentado el 8 de mayo de 2017, la parte demandante presentó reforma de la demanda, aportando nueva prueba documental (fls. 352 a 444)

### CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

La sociedad INDEPENDENCE DRILLING SA (fls. 446 a 644), de acuerdo al auto del 08 de junio de 2017 (fl. 645). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 1 de agosto de 2019, **ABSOLVIÓ** a INDEPENDENCE DRILLING SA de las pretensiones incoadas en su contra. **EXCEPCIONES**, dadas las results del juicio, el Despacho no se pronunció sobre las mismas. Sin **costas** en la instancia.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**: Interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos de que sea revocada, teniendo en cuenta que la Ley 361 de 1997 debe beneficiar a únicamente a los trabajadores discapacitados que son calificados como

tales, puesto que el término "limitación" ha sido acogido mayoritariamente por la Jurisprudencia, trayendo a colación la Sentencia T-094 de 2010, la cual hizo referencia a los trabajadores que sufren disminuciones de su capacidad física durante el transcurso del contrato de trabajo, a quienes les basta probar que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores, en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado, protección que se extiende a todos los discapacitados, de acuerdo con las normas legales.

Es por esto que el demandante interpuso acción de tutela, la cual resuelve proteger sus derechos fundamentales y ordena el reintegro laboral e inicia el proceso frente al Juez natural, si bien es cierto el Juzgado se pronuncia respecto a la situación en concreto de que la presente demanda fue presentada posterior al término, lo cierto es que la demanda inicialmente si fue radicada, pero no fue admitida, por ello se procedió a radicarla de nuevo. Ahora, conforme la historia clínica del demandante, y requerimiento ante el Ministerio de Trabajo, con ocasión de las decisiones arbitrarias, así como con el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, se pudo establecer que el cargo que posteriormente le fue asignado como maquinista, no fue y no era el mismo cargo que el demandante tenía al momento del accidente, y es que si se tiene la teoría que el demandante no tenía una situación de discapacidad, porque la demandada le cambió sus funciones?, pues porque efectivamente existían unas recomendaciones médico laborales, tanto así que el cargo desempeñado por el demandante al momento de la terminación era uno totalmente distinto al que venía desarrollando como encuallador en la empresa demandada.

Por otro lado, si bien el demandante no se encontraba incapacitado al momento en que se surte la terminación del vínculo laboral, lo cierto es que, el demandante se encontraba en rehabilitación y recuperación para dicha data, y de acuerdo como lo indicó el representante legal de la accionada en su interrogatorio de parte, si tenía restricciones, y es por ello el cambio de funciones, por las recomendaciones, lo que denotan su estado de salud, máxime si se tiene en cuenta que junto con la reforma de la demanda, se aportaron incapacidades y la historia clínica, donde se evidencia que para el año 2016, el demandante recurrió en varias oportunidades y bajo el mismo diagnóstico al médico, incluso una incapacidad del actor, data del 05 de diciembre de 2016, quedando acreditado que la limitación que padece el

demandante se dio con ocasión al accidente de trabajo, y posteriormente reflejado en un sin fin de incapacidades que se aportaron al expediente, bajo un mismo diagnóstico.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Si es procedente ordenar el reintegro del señor ALBER HUMERTO MEDINA GAMBOA al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato.

#### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el señor ALBER HUMBERTO MEDINA GAMBOA suscribió sendos contratos de obra o labor con la sociedad accionada INDEPENDENCE DRILLING SA, tal y como se observa de la certificación que obra a folio 212, y como a continuación se observa:

1. Del 9 de Agosto de 2006 al 8 de diciembre de 2006, desempeñando el cargo de Obrero de patio (fs. 157 a 176)
2. Del 13 de Diciembre de 2007 a 9 de Abril de 2008, desempeñando el cargo de Cuñero (fs. 177 a 198)
3. Del 10 de abril de 2008 al 25 de abril de 2008, desempeñando el cargo de armador (fs. 199 a 201)
4. Del 26 de abril de 2008 al 14 de octubre de 2008, desempeñando el cargo de cuñero (fs. 201 a 213)

5. Del 15 de octubre de 2008 al 26 de febrero de 2009, desempeñando el cargo de cuñero (fls. 214 a 218)
6. Del 14 de marzo de 2009 al 1º de abril de 2009, desempeñando el cargo de armador (fls. 219 a 221)
7. Del 3 de abril de 2009 al 23 de octubre de 2009, desempeñando el cargo de cuñero (fls. 222 a 230)
8. Del 6 de marzo de 2012 al 7 de junio de 2012, desempeñando el cargo de encuellador (fls. 232)
9. Del 9 de junio de 2012 al 11 de octubre de 2013, desempeñando el cargo de encuellador (fls. 233 a 236)
10. Del 14 de noviembre de 2013 al 4 de julio de 2014, desempeñando el cargo de encuellador (fls. 237 a 246)
11. Del 11 de julio de 2014 al 1º de diciembre de 2016, desempeñando el cargo de maquinista (fls. 247 a 254)

Que la última relación laboral se dio por terminada el 1º de diciembre de 2016, conforme se observa de la carta de terminación de la relación laboral visible a folio 598 del plenario, así como liquidación definitiva del contrato que milita a folio 604 del plenario.

Ahora, que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá del 17 de marzo de 2016, decidió **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, del 8 de febrero de 2016, y en su lugar **AMPARAR** los derechos al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, a la dignidad humana al señor **ALBER HUMBERTO MEDINA GAMBOA**; y en consecuencia **ORDENAR** a la empresa **INDEPENDENCE DRILLING SA** a que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del fallo de tutela, **reintegre** al accionante en un cargo igual o de superior jerarquía teniendo en cuenta las necesidades de salud que presenta y las recomendaciones expedidas por su EPS, así como el pago de sus salarios dejados de percibir, continuando con el pago de la seguridad social (fls. 95 a 98).

Mediante providencia del 8 de abril de 2016, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá adicionó la sentencia proferida el 17 de marzo de 2016, en el sentido de advertirle al señor **ALBER HUMBERTO MEDINA GAMBOA** que debía interponer la respectiva demanda laboral ante el Juez ordinario Laboral competente dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de esta sentencia,

resultando que al no realizarlo en éste término, cesarían los efectos del reintegro (fls. 104 a 167).

Que mediante acta de reintegro del 20 de abril de 2016 se oficializó el reintegro y reubicación del señor ALBER HUMBERTO MEDINA GAMBOA al cargo de **maquinista**, a partir del 20 de abril de 2016 a las 2:30 PM, con una remuneración básica mensual de \$2.748.420, teniendo en cuenta las recomendaciones realizadas por la ARL, dando de esta forma cumplimiento a la obligación de reintegrar y reubicar al trabajador, obligación establecida en el numeral segundo de la sentencia de tutela de segunda instancia, ordenando el pago de la suma de \$10.314.539 por concepto de liquidación final para el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2015 (fls. 607 a 609)

**INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:**

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad demandada terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo que suscribió con el demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud de la actora, con fundamento en el artículo 64 del CST.

Pues bien, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del

empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibidem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a

quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1. Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: a). Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2. Que el empleador conociera de su estado de salud; y 3. Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo".** Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cubre cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de

1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «doctrina legal probable» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n° 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, se observa carta de dirigida al demandante que data del 1° de diciembre de 2016, en la que señala:

*\*Asunto: Terminación de contrato de trabajo sin justa causa.*

*Respetado Señor Medina:*

*La Empresa Independence SA, se permite dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y SIN JUSTA CAUSA a partir de la finalización de la jornada del día hoy JUEVES PRIMERO (1°) DE DICIEMBRE (12) DE 2016.*

*Lo anterior conforme a lo estipulado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo:*

*"ART. 64 – Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente."*

*Para todos los efectos legales, el pago de la liquidación, indemnización y prestaciones sociales se sujetará a lo establecido en la Ley."*

Del contenido de la anterior documental se puede concluir de manera inequívoca la intención del empleador de dar por terminado el contrato de obra, sin justa causa, indemnización que fue cancelada, tal y como se observa de la liquidación definitiva del contrato de trabajo visible a folio 604 del plenario.

En ese orden de ideas, desde ya debe advertirse que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones moderadas, así lo contempla su artículo 1 en que edifica sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

Lo anterior se puede concluir en tanto que la misma norma delimita el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas aportadas al plenario y relevantes para el caso que nos ocupa se observa: historia clínica en la que se relaciona un cuadro de 1 semana de evolución en dolor lumbar mientras se encontraba trabajando, posterior a mover un elemento pesado (tubo) (fls. 43 a 54, 58 a 59, 61, 70 a 76, 82 a 90, 432 a 435, 439 a 441). A folio 68 reposa carta de recomendaciones reintegro laboral del Sr. ALBER HUMBERTO MEDINA (fl. 68 y 69). Copia de planillas de aportes en línea del demandante (fls. 294 a 315 y 611 a 632). Formato de certificado de aptitud médica (fls. 633 a 636).

Reposa igualmente sendas incapacidades médicas otorgadas al actor del 30 días, con ocasión a accidente de trabajo el 30 de septiembre de 2014, desde el 14 de septiembre al 13 de octubre de 2014 (fl. 55); por 30 días más del 13 de noviembre al 12 de diciembre de 2014 (fl. 60); por 5 días más del 5 de diciembre de 2016 al 9 de diciembre de 2016 (fl. 442), esto es, posterior a la finalización del vínculo laboral.

Se observa dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA SA que data del 4 de diciembre de 2014 en el que le dictaminan 0% de pérdida de capacidad laboral de origen 'Accidente de Trabajo' por la patología ESPONDILOLISIS y de manera secundaria: TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA (fls. 63 a 65), sin que se acredite dentro del expediente que en contra del mismo la parte demandante haya presentado recurso, por lo que estaría en firme el dictamen aportado.

Ahora bien, del **interrogatorio de parte** practicado al representante legal de la demandada, de lo cual no se logra extraer que exista un nexo causal entre el despido y el estado de salud del demandante.

Se recibió igualmente **interrogatorio de parte** al demandante, quien indicó que para el momento de ser despedido, ostentaba el cargo de "maquinista", pero que no se encontraba incapacitado, ni tenía restricción alguna para desempeñar su labor, sin embargo alude que se encontraba con recomendaciones médicas, por lo que se encontraba asistiendo a terapias, sin que dentro del plenario se hubiese acreditado tal circunstancia.

Si bien es cierto, conforme la prueba documental que reposa en el plenario, la empresa demandada tenía conocimiento del estado de salud y las incapacidades que le otorgaron al demandante, como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 3 de septiembre de 2014, lo cierto es que el actor fue dictaminado por la ARL SURA con una pérdida de capacidad laboral inferior al 5%.

Así las cosas, si bien se tiene acreditado que el señor MEDINA GAMBOA fue dictaminado con varios años de anterioridad a la finalización del último vínculo laboral, pues el dictamen de pérdida de capacidad laboral data del 4 de diciembre de 2014, con lo cual se puede concluir que el demandante presenta padecimientos de **TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA**, no obstante la pérdida de capacidad laboral otorgada al demandante no supera al 5%, sin que logre encontrarse dentro de los grados que establece la H. Corte Suprema de Justicia a efectos de gozar de estabilidad laboral reforzada.

En ese sentido, si bien el demandante se aqueja de sufrir **TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA**, lo cierto es que dicha circunstancia por sí sola, y como se acreditó en el expediente no activa a favor del actor la garantía de estabilidad laboral reforzada a su nombre, teniendo en cuenta en primer lugar que el señor MEDINA GAMBOA no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En segundo lugar, debe resaltarse que el demandante tampoco acreditó estar incapacitado al momento en que finalizó la relación laboral a efectos de acreditar que gozaba de alguna protección especial de protección, en atención que aportó unas incapacidades del año 2014, fecha en que sufrió el accidente laboral y otra con posterioridad a la finalización del vínculo contractual.

Adicionalmente, y como ya se dijo, tampoco se acreditó dentro del plenario que tuviera algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, superior al 15%

o superior, límites antes enunciados a efectos de que fuera sujeto especial de protección.

Igualmente, no se acreditó por parte del demandante, que al término de la relación laboral se encontrara en tratamiento alguno por los padecimientos de salud que lo aquejan, pues de la contestación de la demanda se observa que el empleador no tenía conocimiento de algún procedimiento o tratamiento que estuviera adelantando el demandante, sino que por el contrario, venía desarrollando su labor como maquinista sin problema alguno.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador de ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la historia clínica del actor, que padece diferentes patologías que afectan su estado de salud, así como el accidente de trabajo que sufrió el mismo, lo cierto es que a la fecha en que feneció el vínculo laboral, no se encontraba incapacitado, así como tampoco padece de una pérdida de capacidad laboral superior al 15% que active a su favor la garantía que establece el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, requisitos primordiales para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor.

Así pues, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere la indiscutiblemente que estuviese incapacitado o que supere el 15% de pérdida de capacidad laboral a efectos que opere la estabilidad mencionada, situaciones que no fueron acreditadas dentro del plenario.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por la demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

Debe resaltarse que, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del trabajador, lo cierto es que no superar el límite establecido de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se acreditó en el curso del litigio, así como tampoco encontrarse incapacitada el día del despido, y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación de la parte demandante.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitían una integración satisfactoria con el entorno (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que el demandante padece alguna afectación de salud, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello suponga activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrojadas al proceso, el vínculo laboral se dio por finalizado de manera unilateral, y sin justa causa, cancelado al demandante la respectiva indemnización por despido injusto.

En atención a las consideraciones antes expuestas, se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, siendo improcedente acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, entre otras la del declarar que el señor ALBER HUMBERTO MEDINA GAMBOA NO goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley

361 de 1997, así como las demás pretensiones incoadas en la demanda, por depender de la principal, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida 1 de agosto de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502520160063201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502520160063201)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502520160063201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 26-2018-00162-01**

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: LEYDI MARCELA CASTRO LEON**  
**DEMANDADO: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR -**  
**COLSUBSIDIO**  
**ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fs. 275 a 280), así como COLSUBSIDIO (fs. 281 a 284) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora LEYDI MARCELA CASTRO LEON instauró demanda ordinaria laboral contra de CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO,

debidamente sustentada como aparece a folios 12 a 15 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que entre la demandante y COLSUBSIDIO existió un contrato de trabajo a término indefinido.
2. Que COLSUBSIDIO no cumplió en debida forma legal con el pago de todas las prestaciones sociales legales y convencionales emanadas del mismo.
3. Que COLSUBSIDIO optó por dar por terminado el contrato de trabajo con la demandante de manera unilateral y sin que mediare justa causa de su parte para el 09 de febrero de 2017.
4. Condenar a COLSUBSIDIO a pagar el auxilio de cesantías.
5. Condenar a COLSUBSIDIO a pagar los intereses a las cesantías.
6. Al pago de la prima de antigüedad de que trata los literales a) y b) del artículo 4 capítulo 2 de los Beneficios económicos del Pacto Colectivo 2015 – 2017, siendo dos salarios y cuarto del mismo que asciende a la suma de \$17.790.605,50.
7. Al pago de la diferencia entre el salario base de liquidación con que fue liquidada al verdadero salario devengado, incluyendo los factores de salario convencional.
8. A pagar la suma de \$181.100 dejados de pagar para el año 2015, consistente en la prima y auxilios especiales de que trata el capítulo tercero artículo sexto del PACTO COLECTIVO 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, más la indexación.
9. A pagar la suma de \$181.100 mas el incremento del IPC dejado de pagar para el año 2016, consistente en la prima y auxilios especiales de que trata el capítulo tercero artículo sexto del PACTO COLECTIVO 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, más la indexación.
10. A pagar la suma de \$181.100 mas el incremento del IPC dejado de pagar para el año 2017, consistente en la prima y auxilios especiales de que trata el capítulo tercero artículo sexto del PACTO COLECTIVO 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, más la indexación.
11. Condenar a pagar la sanción moratoria por la no consignación de la prima de antigüedad de que trata el artículo 4 capítulo 2 de Beneficios económicos del pacto colectivo 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, como demostrativo de dolo y mala fe por el no pago de dichas acreencias lo equivalente a que debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

12. Condenar a COLSUBSIDIO a pagar la sanción por mora por la no consignación de la suma de \$181.100 dejados de pagar, consistente en la prima y auxilios especiales de que trata el capítulo 3 artículo 6 del PACTO COLECTIVO 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, como demostrativo de dolo y mala fe por el no pago de dichas acreencias laborales que constituyen sueldo de supervivencia del empleado, lo equivalente a que debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.
13. A pagar la indemnización por despido sin justa causa.
14. A pagar los auxilios educativos del PACTO COLECTIVO 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017.
15. A pagar la sanción por mora por la no consignación del auxilio educativo establecido en el capítulo 4 del artículo 17 del PACTO COLECTIVO 2015 – 2017 vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, como demostrativo de dolo y mala fe por el no pago de dichas acreencias laborales que constituyen sueldo de supervivencia del empleado, lo equivalente a que debe pagar el asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.
16. Re-liquidación y pago de la cesantía.
17. Re-liquidación y pago de los intereses a las cesantías.
18. Re-liquidación y pago de las vacaciones.
19. Re-liquidación y pago de la prima de servicios.
20. Pago de la indemnización moratoria por el no pago de todas las acreencias laborales convencionales signadas en precedencia.
21. Re-liquidación y pago del cálculo actuarial por aportes a pensiones dejados de pagar en el interregno del despido y la eventual sentencia que declare probadas las pretensiones de la demanda.
22. Indexación y corrección monetaria sobre las sumas que judicialmente lleguen a probarse dentro del proceso hasta cuando se haga efectivo el pago.
23. Costas procesales.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLSUBSIDIO, contestó la demanda (fs. 183 a 257) de acuerdo al auto del 27 de marzo de 2019 (fl. 260). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 10 de septiembre de 2019, **DECLARÓ** que la señora LEIDY MARCELA CASTRO LEÓN y la CAJA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO existió un contrato de trabajo a termino indefinido vigente entre el 16 de octubre de 2007 y el 09 de febrero de 2017. **ABSOLVIÓ** a la Caja de subsidio Familiar Colsubsidio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Leidy Marcela Castro León. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000.

## GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la sociedad accionada le adeuda suma alguna a la actora por concepto de prestaciones extralegales contenidas en el Pacto Colectivo de Trabajo vigente entre el 2015 y el 2017, junto con la re-liquidación de salarios y prestaciones sociales. **2.** Si la demandante fue despedida sin justa causa, y en consecuencia si le asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

### DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión ni de inconformidad por ninguna de las partes la existencia de la relación laboral que se declaró en primera instancia, quedando el vínculo laboral que ató a la señora LEIDY MARCELA CASTRO LEON y la CAJA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de octubre de 2008 al 9 de febrero de 2017.

**SALARIO DEVENGADO:**

Pretende la demandante, se condene a Colsubsidio al pago de la diferencia entre el salario base de liquidación con que fue liquidada y el verdadero salario devengado, incluyendo los factores de salarios convencionales, así como la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, al pago de la prima de antigüedad, a las primas, auxilios especiales y auxilios educativos por los años 2015, 2016 y 2017, contemplados en el artículo 6 del pacto colectivo de vigencia 2015-2017.

Frente al tema, debe señalarse en primer lugar que en el plenario no obra prueba alguna que acredite el valor del salario supuestamente devengado por la demandante, y el cual aduce no fue tenido en cuenta para la liquidación de sus acreencias laborales con el fin de obtener la diferencia reclamada.

Tampoco acreditó la parte actora haber signado el pacto colectivo 2015-2017 suscrito por Colsubsidio y sus trabajadores, el día 10 de diciembre de 2014, tal y como lo señala el artículo 481 del código sustantivo del trabajo que dispone *"ARTICULO 481. CELEBRACION Y EFECTOS. <Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos."*

Así las cosas, la Sala comparte la decisión de primera instancia en cuenta a que no hay lugar a pagar la diferencia de las acreencias laborales, así como tampoco de las que aduce que fueron reconocida por PACTO COLECTIVO 2015 – 2017, no quedando otro camino que absolver éste punto pretendido.

**DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en

una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

De lo anterior, en primer lugar, debe manifestarse que la demandante acreditó el hecho del despido, lo anterior, conforme a la comunicación del 9 de febrero de 2017 remitida por la demandada a la demandante visible a folio 41, mediante la cual la demandada da por terminado el contrato de trabajo con justa causa, las cuales fueron esgrimidas en dicha comunicación.

*"Esta Corporación ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del 09 de febrero de 2017, ello debido a que la Corporación tuvo conocimiento mediante reporte del Jefe del Departamento de Operaciones de Ventas Institucionales y adjuntos (Documentos que hacen parte integral de esta decisión) al Departamento de Relaciones Laborales, además de las investigaciones y validaciones en que tuvo que incurrir la Corporación, de que Usted injustificadamente trasgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales, por ser negligente en el desempeño de su cargo, porque no entregó los informes requeridos para la depuración de cartera que corresponde a glosas con EPS Suramericana, a pesar de la labor comenzó desde julio de 2016, se reforzó octubre del mismo año, y de los varios requerimientos efectuados por jefe inmediato, afectando así la recuperación de la cartera de Colsubsidio.*

*Con el fin de corroborar lo anterior y garantizando el debido proceso, la Corporación lo (a) requirió a rendir descargos el 09 de febrero de 2017 en cuya diligencia se comprobó que las omisiones y conductas por Usted cometidas abiertamente irregulares, fueron negligentes, incumpliendo sus obligaciones y/o prohibiciones laborales, conforme a los procedimientos, al reglamento interno de trabajo de la Caja y la Ley. Además de que cada una de las causales mencionadas independientemente consideradas y por sí mismas ameritan esta decisión.*

*Las situaciones antes enunciadas se encuadran entre otras, en los numerales 1, 5 y 6 del artículo 58 numeral 5 del artículo 60 y numerales 2, 4 (parte final) y 6 (primera parte) del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como los numerales 1, 2, 3 5, 6, 7, 10, 11, 23, 24, 35, 37, 39 y 40 del artículo 48 numerales 1, 8, 13, 14, 17 y 50 del artículo 50 y numerales 1, 6, 17, 18, 20, 23, 53 y 58 del artículo 55 del Reglamento*

*Interno del Trabajo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio, además de las que estime pertinentes, constituyendo incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones derivadas de su contrato de trabajo, del reglamento interno de trabajo y una clara violación de sus obligaciones legales y contractuales que impiden que el contrato de trabajo celebrado con usted pueda seguir vigente.*

*Así mismo, es necesario que proceda de manera inmediata a formalizar la entrega de su puesto de trabajo, carnet, y elementos de trabajo, lo cual deberá ser entregado a su jefe inmediato.”*

Al respecto, ha de señalarse que el despido con justa causa, es una facultad que el legislador da a las partes para terminar el contrato de trabajo por las prerrogativas previamente establecidas en el compendio normativo; precisando que cuando la decisión se toma por parte del empleador conlleva la obligación de hacer conocer los hechos que se aducen como justa causa, y permitir al trabajador defenderse.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

De acuerdo a lo anterior, se acredita el hecho del despido por parte de la demandante, lo que traduce a la inversión de la carga de la prueba a cargo de la demandada; en lo que tiene que ver con la justeza del despido realizado al actor.

Así pues, reposa dentro del planario Liquidación de prestaciones sociales visible a folio 37, Carta de terminación del contrato de trabajo visible a folios 41 y 42, Correos electrónicos a folios 43 a 53, Citación a diligencias de descargos folio 54, Acta de descargos folio 55.

Así mismo, se allegó Carta de nombramiento de la demandante, en el cargo de jefe de sección de facturación, cartera y cobranzas desde el 19 de mayo de 2016 folio 284, Citación a la diligencia de descargos folio 216, Acta de descargos folios 217 y 218, Carta de terminación del contrato de trabajo folios 219 y 220, Correos electrónicos folios 255 a 256, Certificación sobre las funciones del cargo de jefe de sección de facturación, cartera y cobranza folios 256 y 257, Desprendibles de nómina de los años 2013 y 2014, Informe histórico detallado de pagos efectuados

por aportes al Sistema General de Seguridad Social y aportes parafiscales de los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 y Reglamento de trabajo aportado en medio magnético folio 197.

Se recibió el interrogatorio de parte de la señora **LEYDI MARCELA CASTRO LEON** quien indicó que su labor consistía en responder por la cartera de todos los 5 negocios que tenía la organización, así como por el flujo de caja, los indicadores, las estrategias y las conciliaciones cartera. Que, dentro de sus funciones, se encontraba la de gestionar la cartera de la EPS Suramericana, no glosas, que la gestión de la cartera de la EPS Suramericana era enviar los correos directamente al cliente, el cliente los devolvía a la cartera con las observaciones, que con esa información remitía la glosa y la devolución al área de medicamentos. Que, el jefe era Jorge Puentes y el coordinador era Henry Angarita, que ellos tenían que hacer todo el trámite de las glosas, la contestación, validar los documentos. Su responsabilidad llegaba hasta obtener el pago de la organización, que eso se cumplía a cabalidad. Que, el área de medicamentos tenía una jefatura que era la coordinación de facturación que es Henry Angarita, la glosa llegaba el documento físico a la coordinación de facturación y ellos tenían el tiempo que dice la ley para contestar la glosa, como la principal que quedaba en Medellín, el único que viajaba a conciliar era el señor Jorge Enrique Puentes. Que, para la conciliación de las glosas que debía hacer le señor Jorge Puentes, ella no tenía que entregarle toda la información para lograr la conciliación y depuración de las glosas porque ella era la jefe de facturación, cartera y cobranzas de 4 negocios. Que, la organización hace una reestructuración, que ella no tenía el cargo del tema de las glosas, que en esa reestructuración se la entregaban 5 meses antes ese tema, en el cual las glosas eran de 4 años antes, esas glosas tenían que haber sido contestadas 4 años antes, en la cual la responsabilidad estaba en el señor Jorge Puentes y Henry Angarita. Que, cuando él le pide toda la información, se la pide a Edwin Ruiz y a Jael Sandoval y Henry Angarita y a ella, porque era un trabajo de los 4, se la pide directamente a los 4, en especial, a ellos 3 porque ellos toda la vida habían estado en el área de medicamentos. Cuando se remiten a pedir la información a cada persona vinculada, ninguno tenía la información porque la información se había traspapelado, lo que hizo que no se pudiera entrega por parte de ellos 4 esa información a Jorge Enrique Puentes, caso que él sabía en todos los comités que se reunían, que 4 años antes él tenía conocimiento porque él era el que visitaba directamente a las Esas. Que, los señores Jael Sandoval y Henry Angarita estaban a su cargo y era el jefe de ellos los últimos 4 meses, antes era jefe de Jorge Enrique Puentes Torres. Que, desde el mes de julio de 2016, el señor Jorge Puentes le hizo

un requerimiento para presentar una información puntual para conciliar las glosas con la EPS Suramericana y lo hizo porque Claudia Herrera se lo había solicitado y le había dicho que si no le entregaba esa información iba a tener muchos inconvenientes porque hacia 4 años antes esas glosas estaban sin conciliar, proceso que no estaba a su cargo. Que, les pidió información a 4 personas que fueron Henry Angarita, Edwin Ruiz y Jaef y a ella. Que, en el periodo de octubre al mes de diciembre de 2016, el señor Jorge Puentes le hizo directamente diferentes requerimientos para que aportara esa información con el fin de poder depurar las glosas de la EPS Suramericana y siempre endilgaba que ella era la responsable de esa información. Que, el miércoles 18 de enero de 2017, así como el 01 de diciembre de 2016, el señor Jorge Enrique Puentes si le hace diferentes llamados de atención por no haber dado respuesta a sus requerimientos, al cual, sus correo también le fueron contestados y mediante comités con todo el departamento, siempre se le informó a él, que las glosas no se hablan contestado porque era un proceso de 4 años antes y que en el año 2016 y parte del 2017 mientras estuvo vinculada, nunca ejerció una acción disciplinaria contra las personas que estaban a su cargo.

Se recibió el testimonio del señor **JORGE ENRIQUE PUENTES**, quien indicó ser empleado de Colsubsidio, que es el jefe del departamento de operaciones en la gerencia de medicamentos, que conoció a la demandante, que el último cargo que desempeñó era el de jefe de facturación en gerencia de medicamentos. Que, el contrato de la demandante terminó por un incumplimiento de unas tareas asignadas, dentro de su labor que tenía a cargo, se le asignó una tarea y en ese incumplimiento de esa tarea, se hizo un proceso de descargos a través de la oficina de gestión humana de Colsubsidio y se dio por terminado su contrato. Que las tareas principales del cargo de la demandante eran velar por la conciliación y cobro a las cuentas de los clientes corporativos, dentro de esa tarea tenía asignado el grupo de aproximadamente 50 personas en diferentes áreas para hacer esa reconciliación, ese cobro, esa gestión con los clientes permanentes, de manera que Colsubsidio recupere los recursos sobre las ventas que presta, que eso fue lo que la demandante no hizo. Que, no hizo el informe con el tema de Suramericana, que es un cliente representativo al cual le venden varios servicios y razón por la cual deben asegurar el pago de las sumas de dinero, además deben guardar su reputación con dicha entidad. Que, dentro de las tareas y guía del cargo de la demandante está inherente la función que lleva la facturación, cartera y cobranza, en el proceso de facturación debe verificar su radicación, verificar que, si tiene una objeción, esta sea suplida y verificar que se hagan las correcciones contables o de

soportes o que haya hecho el cliente para asegurar que la factura quede en contabilidad. Que, en el año 2016 la jefe de facturación, cartera y cobranza, era la principal responsable de la depuración de glosas y recuperación de cartera porque es quien tiene a cargo la función de facturación cartera y cobranza. Que, Henry Angarita, es el coordinador de la facturación, encargado general de facturación, garantiza la contabilidad y que la factura quede en firme reportándole a la jefatura de facturación, cartera y cobranzas y la señora Jael Sandoval es la analista contable. Que, la función principal, que para el caso de Suramericana dentro de ese rol en junio de 2016, donde debido a unos trabajos que se estaban haciendo con Sura, se le pone sobre la mesa a través del gerente de medicamentos y a través del seguimiento que se hace a cada uno de los clientes de cartera, que hay una necesidad imperante de depurar el estado de cartera de Suramericana y hacer que se concilien las glosas y las cosas que están evitando que Suramericana pague una determinada plata, como es un rol permanente en la jefatura de facturación, cartera y cobranza, se hacen seguimientos mensuales sobre los cierres contables de cada uno de los meses. Que, en octubre, a raíz de una reunión que se sostuvo en las dos organizaciones en las cuales él estuvo presente como jefe de operaciones, se hace un listado de deben trabajar, el cual comunicó a la jefatura de facturación, cartera y recaudo, a través de un correo electrónico de octubre de 2016, en la cual se le colocan todas las tareas puntuales que debe realizar la demandante como cabeza de esa área y con quien debe trabajarlas. A partir de eso, empieza a hacerse un seguimiento porque tenían otra reunión programada con Sura en diciembre y que tenían que llevar unos avances concretos. Que, esos requerimientos que le hizo a la demandante en octubre de 2016, no fueron resueltos, que se le hizo requerimientos de forma periódica aproximadamente unos 4 o 5 correos para que cumpliera esas solicitudes e información y también hizo unos requerimientos verbales, sin que en diciembre se haya brindado información concreta respecto a los avances de la información, razón por la cual se tuvo que suspender la reunión con Suramericana.

Por su parte, el señor **HENRY ANGARITA** señaló que, Jorge Puentes requería información y se reunían con la demandante para verificar hacían un plan de trabajo y se le entregaba a Jorge Puentes y ella respondía a los correos. Que, hubo unos correos que el señor Jorge Puentes envió donde decía que nada que le enviaban la información o la información que mandaba la demandante, cuando la mandaba, no le cumplía las expectativas a él como jefe del Departamento. Que esa información requerida por el señor Jorge Puentes, era la necesaria para depurar las glosas de Suramericana. Que el responsable principal de responder

requerimientos de Jorge Puentes, era la jefe de sección y facturación de cartera, que, con Sura ya Jorge Puentes era el jefe de sección y facturación de cartera. Que, con Sura ya se venía con una cierta periodicidad trabajando y depurando las novedades que se presentaban con ellos, que existía un acta de seguimiento que se hacía con Sura donde ellos les decían puntos claros, había temas de pago de glosas, temas de capital, varios temas que estaban dentro de la misma. Que tiene conocimiento de ellos, porque trabajaron con la actora sobre los mismos puntos.

Finalmente, se recibió el testimonio de la señora **JAEL ANDREA SANDOVAL**, quien señala ser la analista de facturación de Colsubsidio, pero que disfrutó de una licencia de maternidad desde el 03 de junio de 2016 hasta el 09 de noviembre de 2016. Que cuando llegó le pidieron una información a través de un correo electrónico, en el cual, estaba la trazabilidad del correo y se pudo apreciar que, desde julio del 2016, le habían hecho un requerimiento a la demandante respecto a la depuración de unas glosas y depuración de una cartera. Que la testigo, encontró la información requerida pero solamente de una, la cual fue entregada en el mes de diciembre pero que había otra información que se había perdido, razón por la cual se tuvo que hacer una reconstrucción de la información, lo cual les demoró un poco más, razón por la cual dicha información solamente fue entregada en el mes de enero del año 2017.

Ahora bien, en relación con la causa esgrimida, en diligencia de descargos realizada el 20 de febrero de 2017 visible a folio 217, la ahora demandante, manifestó respecto a no haber garantizado la entrega de los informes, avances, entregables y conclusiones de trabajo para la depuración de cartera con la EPS Suramericana desde que empezó la labor en julio de 2016 lo siguiente:

*"Que no es un tema de julio de 2016, viene desde el año 2012, que no estaba dentro de mi administración, estaba en su momento a cargo del jefe del Departamento de operaciones de ventas institucionales Jorge Puentes, coordinador de facturación Henry Angarita, coordinador de operaciones Edwin Ruiz y no es un tema puntual de cartera, sino de glosas del cliente que viene desde el año 2012, que no estaba dentro de mi administración"*

De igual manera, en cuanto a si es consciente de la gravedad de no depurar la cartera con la EPS Suramericana, pues Colsubsidio podría eventualmente perder algún dinero, argumentó la demandante:

*"No es cartera, son glosas y estaba a cargo de las 3 personas antes mencionadas: jefe del departamento, coordinador de facturación y no entiendo como siendo una cifra tan importante para la organización, porque se habían pasado 3 años sin que las personas involucradas le hayan dado una solución al tema"*

Del acervo probatorio se tiene entonces que a la demandante se le imputa el hecho de haber sido negligente al no cumplir con la entrega del informe requerido en 3 oportunidades por el jefe del departamento de operaciones de la gerencia de medicamentos, con el fin de cumplir con la depuración del estado de cartera de la EPS Suramericana, tareas que, por las funciones de su cargo, se encontraban a ella asignadas, las cuales fueron solicitadas desde el mes de julio de 2016.

Ahora bien, no es admisible la razón dada por la demandante relacionada a que no era la responsable de las glosas solicitadas, como quiera que en su interrogatorio de parte confesó que la empresa hizo una reestructuración en razón a la cual le entregaron 5 meses antes, y esas glosas eran de 4 años antes, y que esas glosas debieron haber sido contestadas 4 años atrás, frente a la cual la responsabilidad estaba a cargo del señor Jorge Puentes y Henry Angarita.

Y es que no debe perderse de vista que la demandante era la jefe de área y tenía bajo su cargo a la señora JAEL SANDOVAL y al señor HENR ANGARITA, por lo que debió tomar todas las actuaciones necesarias para que se brindara la información en forma oportuna, para que de esa forma la demandada pudiera ejercer las demás acciones con el fin de efectuar el cobro de las glosas que se están re tramitando.

Por otro lado, no puede perderse de vista lo indicado por el testigo JORGE ENRIQUE PUENTES, quien fue claro en indicar que la cartera de SURA con vigencia de años anteriores, 2 o 3 años atrás, frenan el proceso de recuperación de los recursos de Colsubsidio, por eso la organización tomó la decisión de generar dentro de la estructura el cargo de la jefatura de facturación, cartera y cobranzas en mayo de 2016, para que se encargara de movilizar los recursos que llevaban 2 incluso 3 años, y para ello, se le asignó un soporte estructural de coordinadores, supervisores, analistas con el cual debe desarrollar esa tarea y gestionarla.

En ese orden de ideas, no es de recibo las excusas brindadas por la demandante en cuanto a su supuesta exoneración de responsabilidad como jefe de área, creada precisamente y con el objetivo de adelantar esa labor que se encontraban pendientes 2 o 3 años atrás, pues como lo indicó el declarante, cuando se llega a ocupar un cargo como éstos, se asume en un 100% la cartera, independientemente del periodo, el estado, o de quien, si o no lo había gestionado en el pasado, llega a recibir el estado en el que esté la cartera, y empieza a gestionarla.

Así las cosas, al tener por acreditado y ser aceptado por la misma demandante su nuevo cargo, se hizo responsable de recibirlo en las condiciones en que se encontraba, esto es, con una cartera antigua pendiente por cobrar y recuperar, la cual debía depurar y hacerse cargo, así como de las solicitudes de su empleador, máxime si se tiene en cuenta que desde julio de 2016, la demandante fue comunicada por parte del jefe del departamento de operaciones de la gerencia de medicamentos, sobre las tareas puntuales que debía realizar, lo cual, igualmente, se realizó en el mes de octubre de la misma anualidad y con quien debía desarrollarlas con el objetivo de adelantar una reunión con la EPS Suramericana en el mes de diciembre de 2016, en la que se presentarían unos avances concretos, reunión que fue cancelada porque no contaban con la información y los avances completos, lo que conllevó una afectación económica para Colsubsidio debido a la demora como en su reputación por la desorganización que advierte el cliente.

Por otro lado, de lo señalado por el señor HENRY ANGARITA respecto de los informes de depuración de cartera de SURAMERICANA, en donde señaló que la demandante era la encargada de armar y mirar lo que tuviera en las manos y responder, sin embargo la demandante no entregó el informe requerido por su superior, pues del mismo no se allegó prueba alguna.

Conforme lo considerado en precedencia, se tiene que la demandante incumplió con lo establecido en los numerales 1 y 5 del artículo 58 del código sustantivo del trabajo, numeral 5 del artículo 60 del código sustantivo del trabajo, numeral 2 y 4 parte final y 6 primera parte literal a del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, numerales 1, 5, 6, 7, 10, 11, 24, 35, 37, 39 y 40 del artículo 48, numerales 1, 3 y 17 del artículo 50 y numerales 1, 6, 17, 18, 20, 23 y 53 del artículo 55 del Reglamento interno del Trabajo de Colsubsidio allegado por dicha parte, tal y como se le indicó en la carta de terminación de la relación laboral, y en ese sentido estaría sustentados los argumentos esgrimidos por la encartada en su carta de finalización de la relación laboral, conforme lo prevé el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, se concluye entonces que la sociedad demandada logró demostrar la veracidad de las causales invocadas, como también cumplió con garantizar el debido proceso a la demandante, respetando a la demandante los procedimientos que debían adelantarse.

Así mismo, quedó plenamente demostrado que la demandante tenía pleno conocimiento del reglamento interno de trabajo respecto de sus funciones y de las contenidas en el contrato de trabajo, quedando plenamente acreditado que tenía bajo su responsabilidad las labores que debía cumplir y gestionar, y que en estricto sentido no cumplió con las órdenes impartidas por su empleador respecto a la presentación de los informes solicitados por parte de dicha entidad con el fin de depurar las glosas que tenían con la EPS Suramericana.

En suma, no le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por acreditarse la justa causa para ser despido, por lo que se **CONFIRMARÁ** este punto de absolución de primera instancia.

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:**

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, valga recordar lo que ha venido afirmando la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Rad. 36761 del 7 de diciembre de 2010), en el sentido de que la aplicación de una sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones, como la contemplada en el artículo 65 del C. S. T., para los trabajadores particulares, o la que implica el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para los trabajadores oficiales, no es automática ni inexorable cada vez que se presenta la falta de pago o el cumplimiento tardío, sino que en todos los casos es necesario analizar las razones o circunstancias por las cuales el empleador, a la terminación del contrato de trabajo, no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajador, pues si ellas resultan atendibles y justifican su actuar por fuera de lo previsto por el legislador, de manera que no quede duda que su conducta estuvo revestida de buena fe, no es aplicable la condena, porque no existe conducta reprochable que sancionar.

Además, es de recordar, que de conformidad con la jurisprudencia adoctrinada, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin presencia de probidad o pulcritud.

Ahora bien, a folio 37 del plenario reposa liquidación definitiva allegado por la parte demandante mediante la cual le entregan la misma el 20 de febrero de 2017 y depositado a favor de la actora el 27 de febrero del mismo año, de manera que no queda duda que su conducta estuvo revestida de buena fe, y por lo tanto no es aplicable la sanción moratoria, porque no existe conducta reprochable que sancionar.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502620180016201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502620180016201)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502620180016201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 17-2016-00606-01**

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JOSE LUIS GONZALEZ DIAS**  
**DEMANDADO: IECSA SA SUCURSAL COLOMBIA**  
**SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES SAS Y**  
**CONCRETO INTERNACIONAL SA COLOMBIA – EN**  
**LIQUIDACION COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO**  
**VIAL HELIOS**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES (fls. 387 a 392) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAZ instauró demanda ordinaria laboral contra de IECSA SA SUCURSAL COLOMBIA y SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES SAS Y CONCRETO INTERNACIONAL SA COLOMBIA – EN LIQUIDACION COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO VIAL HELIOS, debidamente sustentada como aparece a folios 247 y 248 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. Que el demandante y el CONSORCIO VIAL HELIOS, conformado por IECSA SA SUCURSAL COLOMBIA, SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES SAS y CONCRETOS INTERNACIONAL SA COLOMBIA – EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido.
2. Que el mentado contrato de trabajo a término indefinido fue terminado sin justa causa por la parte demandada.
3. Que el contrato de trabajo transcurrió sin solución de continuidad hasta la fecha en que se le terminó el contrato al actor.
4. Que el demandante, estaba para la fecha de su despido por el principio de estabilidad laboral reforzada.
5. Que el CONSORCIO VIAL HELIOS dentro de los 10 días siguientes a la notificación del fallo de primera instancia debe pagar al actor los salarios y prestaciones sociales que legalmente corresponde, dejados de percibir durante el tiempo que fue desvinculado de las Sociedades demandadas solidariamente y que conforme el Consorcio Vial Helios.

### PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS:

1. La existencia de una relación laboral ininterrumpida, entre el señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAZ, en calidad de extrabajador y las sociedad demandadas solidariamente, elcual cumplía ordenes y horarios como trabajador en la labor para la cual se le contrató.
2. Declarar sin ningún efecto jurídico, la terminación unilateral del contrato de trabajo a término indefinido, por la parte empleadora de marras, por ser contraria a derecho.

3. Ordenar a la demandada, ponerse al día en el pago de las cotizaciones de salud, pensión y riesgos laborales, que no le han efectuado al señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAZ, desde de la fecha del despido (14 de noviembre de 2014) hasta la fecha de la exedición de la sentencia de primera instancia.

**PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES:**

1. A las sociedades demandadas solidariamente, que integran el CONSORCIO VIAL HELIOS, a pagar al actor la indemnización correspondiente a 180 días, que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo como salario base de liquidación en el último año devengado la suma de \$670.000, indemnización que asciende a la suma de \$4.020.000.
2. Condenar solidariamente a las sociedades que integran el CONSORCIO VIAL HELIOS, a cancelar al demandante por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa (Art. 64 CST) la suma de \$1.004.999.
3. A las sociedades demandadas solidariamente, que integran el CONSORCIO VIAL HELIOS a favor del demandante, por concepto de pago de cesantías, correspondientes al tiempo dejado de laborar, después de su despido, la suma de \$1.448.540, correspondiente a los años 2015 y 2016.
4. A las sociedades demandadas solidariamente, que integran el CONSORCIO VIAL HELIOS a favor del demandante, por concepto de intereses a las cesantías, correspondiente a los años 2015 y 2016, la suma equivalente a \$173.824.
5. A las sociedades demandadas solidariamente, que integran el CONSORCIO VIAL HELIOS, a favor del demandante la indemnización por falta de pago de prestaciones sociales, dejadas de recibir por el demandante, desde el 1 de enero de 2015 hasta la fecha de presentación de la demanda, inicialmente (octubre 2016), un día de salario por cada día de retardo, equivalente a la suma de \$14.739.840.

**PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS:**

1. Cancelar al demandante por concepto de indemnización de perjuicio, conforme el inciso primero del Art. 64 del CST en la suma de \$3.000.000.
2. Dotación y calzado de labor, dejados de percibir durante el tiempo que estuvo por fuera de su trabajo, la suma de \$1.500.000, correspondiente a 8

suministros de calzado y vestido de labor: 3 al año y 3 del 2016, a razón de cada uno de los de \$250.000,

3. Costas procesales.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES SAS, contestó la demanda (ffs. 281 a 332), así como IECSA SA SUCURSAL COLOMBIA Y CONCRETO INTERNACIONAL SA COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN (ffs. 343 a 349), de acuerdo al auto del 21 de marzo de 2019 (f. 348). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 2 de septiembre de 2019, **DECLARÓ PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la sociedad SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES SA. **DECLARÓ** que entre el señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAZ como trabajador y el CONSORCIO VIAL HELIOS, existió un contrato de trabajo a término fijo, cuya modalidad cambió a indefinido, cuyos extremos temporales fueron del 5 de mayo de 2011 al 14 de noviembre de 2014m y que terminaron por decisión unilateral y por justa causa de la empleadora. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación laboral y cobro de lo no debido. **ABSOLVIÓ** a las sociedades IECSA SA SUCURSAL COLOMBIA, SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES SAS y CONCRETO INTERNACIONAL SA COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por parte del señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAZ. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$450.000.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

**PRUEBAS APORTADAS:** Señala que su recurso de apelación va orientado a aportar otras pruebas, trayendo a colación los artículos 42, 44 y 80, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de octubre de 1987 vigente;

toda vez que al demandante le cancelaron su contrato de trabajo cuando estaba incapacitado. Lo manifestado por la Corte Constitucional tumba lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en lo que tiene que ver con los grados de severidad.

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Indica el Juez de primera instancia que el demandante debió acreditar el grado de pérdida de capacidad laboral, a pesar que le habían dado la orden a la ARL de la época, que no atendieran mas al demandante porque ya se le había suspendido el contrato de trabajo.

**PAGO INDEMNIZACIÓN:** Si bien el Juzgado de instancia indica que hubo una indemnización, lo cierto es que ello no fue así, toda vez que le hacen llegar al demandante unos dineros de una consignación, sin especificar los conceptos.

**PATOLOGÍA:** Se tiene demostrado que el demandante tiene una "gonartrosis de rodilla", por lo que vive enfermo, no ha podido trabajar, siendo una persona de 30 años le ha tenido que pedir ayuda a sus papas que también están enfermos y viven en Fusagasuga.

**NORMA A APLICAR:** La Jurisprudencia, tanto Constitucional como Laboral, establece de la primacía de los contratos de realidad sobre la forma, en el presente asunto esta demostrado que al demandante le terminaron su contrato de trabajo estando enfermo y no necesariamente tenía que estar demostrado el grado de severidad, el porcentaje para que se le aplique la Ley 361, el Juzgado cede ante lo ordenado por la Sentencia SU 049 de 2017, a pesar de haber sido radicada la demanda en el año 2016.

**INDEMNIZACIÓN 180 DÍAS:** Se aparta del criterio aplicado por el Juzgado de primera instancia, en el sentido de que no se encuentra de acuerdo que los Jueces laborales acaten los criterios que traen la Ley a efectos de establecer el grado de severidad de pérdida de capacidad para las personas que son despedidas sin autorización del Ministerio de Trabajo, y en ese sentido al acreditar que la persona esta enferma y si bien no tiene ningún grado de pérdida de capacidad laboral, se le debe respetar su trabajo, de lo contrario sería una ineficacia, así lo establece la Ley y así existen fallos del Tribunal de Cundinamarca.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar el pago de la indemnización de 180 días de que trata la ley 361 de 1997, en el evento en que el señor **JOSE LUIS GONZALEZ DIAS** acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato.

### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante se vinculó con el CONSORCIO HELIOS, mediante contrato de trabajo el 05 de mayo de 2011, percibiendo como remuneración la suma de \$590.000 con fecha de finalización el 31 de agosto de 2011, de conformidad con la copia del contrato de trabajo que obra a folios 33 a 35 del plenario, así como certificación que reposa a folio 141 del plenario.

Igualmente, de la documental que reposa en el expediente, se tiene por acreditado que las partes, de común acuerdo, pactaron la modificación del vínculo laboral a un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de septiembre de 2012, conforme constancia que reposa a folio 157.

Que la relación laboral se dio por terminada sin justa causa el 14 de noviembre de 2014, devengando como último salario en la suma de \$624.000, mas un promedio mensual de horas extras de \$395.000, conforme documental visible a folio 144, y certificación visible a folio 149 del plenario.

### INEFICACIA DEL DESPIDO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

Por razones de método, la Sala comenzará con estudiar lo relativo a la estabilidad laboral reforzada que alega la parte demandante, como quiera que es el punto central del recurso de alzada y punto respecto del cual derivaría la indemnización deprecada por la parte actora.

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que el consorcio HELIOS terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo suscrito con el demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud del actor, como consecuencia del accidente laboral ocurrido el 21 de diciembre de 2011.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y

profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el acudir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: 1. Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: a). Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2. Que el empleador conociera de su estado de salud; y 3. Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa

autorización del Ministerio de Trabajo". Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «doctrina legal probable» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia,

SL294-2019, Radicación n° 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, se observa carta de dirigida a la demandante del 14 de noviembre de 2014 en la que señala:

*"Por medio de la presente nos permitimos informarle que, haciendo uso de la facultad otorgada por el Artículo 28 de la Ley 789 de 2002, que modificó el Artículo 64 del CST, hemos decidido dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, a partir del día de hoy y mediante el pago de la indemnización legal que le corresponde.*

*Si usted desea practicarse el examen médico ocupacional de retiro, puede acudir a Centro Médico del Campamento Santa Ana Tramo III Dr. Alfonso Medina, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibido de la presente comunicación.*

*El pago de la liquidación de prestaciones sociales se efectuará el día veinte (20) de noviembre de 2014, mediante transferencia electrónica a su cuenta de nómina, previa devolución de los elementos a su cargo y la tramitación del paz y salvo interno."*

No obstante lo anterior, la parte actora solicita en el *petitum* de la demanda se declare que el señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAZ goza de estabilidad laboral reforzada, con ocasión al accidente de trabajo que sufrió el 21 de diciembre de 2011, conforme se infiere de los hechos del libelo introductor, y que su situación de salud se vio afectada debido al accidente de trabajo sufrido.

Pues bien, desde ya debe advertirse que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones moderadas, así lo contempla su artículo 1 en que edifica sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, así como los interrogatorios de parte, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que a la finalización del vínculo laboral se encontraba incapacitado, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y

consecuencialmente determinar si es beneficiario o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que deprecia en su escrito de demanda.

Ahora bien, al revisar la documental que sirven como fundamento para la determinar si el demandante goza o no de estabilidad laboral reforzada, milita en el expediente historia clínica expedida por Clínica de Ortopedia 'Accidentes Laborales' del actor por consultas con ortopedia por la patología "Trastorno de menisco debido a desgarró o lesión antigua" por lesión en rodilla derecha lesión condral grado II, concluyendo que tiene inestabilidad crónica de la rodilla (fls. 57 a 104).

Así mismo, se observan sendas incapacidades médicas: la prima por 3 días del 29 de julio de 2013 al 31 de julio de 2013 (fl 105), por un día correspondiente al 2 de agosto de 2013 (fl. 103), por dos días del 31 de julio de 2014 al 1 de agosto de 2014 (fl. 111).

Ahora bien, reposa documental expedida por la ARL SURA del 21 de enero de 2012 mediante la cual indica como asunto "fin de recomendaciones laborales SR: José Luis González Díaz", señalando que una vez realizado el seguimiento por parte de Medicina Laboral Terapia Ocupacional a las recomendaciones emitidas el 26/10/2012, al proceso de adaptación laboral del trabajador en asunto y en relación a las características funcionales y ocupacionales, informaron que el trabajador esta en capacidad de realizar las laborales habitualmente desempeñadas y no amerita ninguna recomendación por parte de Medicina Laboral de la ARL SURA (fl. 115).

Reposa igualmente dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral del aquí demandante expedida por la ARL SURA del 25 de junio de 2013 por el diagnóstico "SECUELAS DE TRAUMA EN RODILLA DERECHOA, CON LIMITACIÓN FUNCIONAL" con fecha de estructuración del 15 de marzo de 2013, origen profesional, y 6,75% de pérdida de capacidad laboral (fls. 116 a 118), con lo que difiere del accidente de trabajo que aduce el demandante sufrió el 21 de diciembre de 2011.

Reposa segundo dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá del 18 de noviembre de 2013 diagnosticado con "Lesión Meniscal rodilla derecha tratada", con fecha de estructuración del 15 de marzo de 2013, origen profesional, y 9,15% de pérdida de capacidad laboral (fls. 123 a 130).

Conforme lo anterior, lo que se puede concluir es que el demandante presenta padecimientos en su rodilla derecha por lesión meniscal, que ocurrieron con posterioridad a la fecha que el mismo demandante indica en los hechos de la demanda ocurrió, pues el mismo señala en el hecho 11 del acápite de hechos que ocurrió el 21 de diciembre de 2011, sin embargo de la prueba documental que reposa en el expediente, esto es, dictámenes de pérdida de capacidad laboral se informa que la fecha de estructuración data del 15 de marzo de 2013.

En ese sentido, si bien la demandante se aqueja de sufrir una lesión en su rodilla derecha, lo cierto es que el porcentaje otorgado por pérdida de capacidad laboral es del 9,15%, sin que esté dentro de los grados de limitación para que a su favor se active la protección de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

En segundo lugar, el demandante tampoco acreditó estar incapacitado al momento en que finalizó la relación laboral a efectos de acreditar que gozaba de alguna protección especial de protección, pues recuérdese que la última incapacidad que allegó al plenario data del 31 de julio de 2014 al 1 de agosto de 2014, conforme se observa a folio 111 del plenario, y el vínculo laboral se dio por terminado el 14 de noviembre de 2014.

Adicionalmente, tampoco se acreditó por parte del demandante, que al término de la relación laboral se encontrara en tratamiento alguno por los padecimientos de salud que lo aquejan, pues debe precisarse que incluso la ARL SURA mediante comunicación del 21 de enero de 2012 indicó como asunto "fin de recomendaciones laborales SR: José Luis González Díaz", señalando que una vez realizado el seguimiento por parte de Medicina Laboral Terapia Ocupacional a las recomendaciones emitidas el 26/10/2012, al proceso de adaptación laboral del trabajador en asunto y en relación a las características funcionales y ocupacionales, informaron que el trabajador esta en capacidad de realizar las laborales habitualmente desempeñadas y no amerita ninguna recomendación por parte de Medicina Laboral de la ARL SURA, tal y como se observa a folio 115 del expediente.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para si los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador de ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la historia clínica del actor, que padece diferentes patologías que afectan su estado de salud, lo cierto es que a la fecha en

que feneció el vínculo laboral, no se encontraba incapacitado, así como tampoco alcanza a tener una pérdida de capacidad laboral que alcance activar en su favor la protección pretendida, requisitos primordiales para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere indiscutiblemente el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador a efectos que opere la estabilidad mencionada, situaciones que no fueron acreditadas dentro del plenario.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por la parte demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido y tras ello, el conocimiento del empleador, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del trabajador, lo cierto es que ante existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se dio, así como tampoco encontrarse incapacitado y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación de la parte demandante.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitían una

integración satisfactoria con el entorno (Sentencia SL3613 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que pudo padecer el demandante alguna afectación de salud, no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, el vínculo laboral se dio por finalizado con el cumplimiento del debido proceso, pues se allegó además la diligencia de descargos que se le practicó al actor.

En atención a las consideraciones antes expuestas, se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería la indemnización de 180 días deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, siendo improcedente acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, así como las demás pretensiones incoadas en la demanda y especialmente en el recurso de apelación, por depender de la principal.

Así pues, no queda otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que el señor JOSE LUIS GONZALEZ DIAS no gozaba de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997 al momento de la finalización del vínculo laboral.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019 por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en esta instancia.

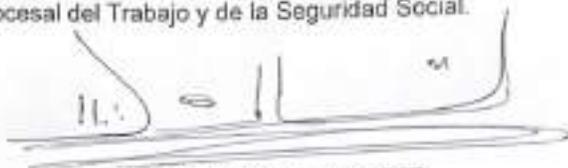
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501720160060601)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501720160060601)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALÁCIO**

(Rad. 11001310501720160060601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 38-2016-01080-01**

Bogotá D.C., agosto dos (2) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: GABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ  
DEMANDADO: EXPRESO BOLIVARIANO SA EN REESTRUCTURACIÓN  
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor GABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ instauró demanda ordinaria laboral contra de EXPRESO BOLIVARIANO SA EN REESTRUCTURACION debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que entre EXPRESO BOLIVARIANO SA EN REESTRUCTURACION y el demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia desde el 27 de agosto de 2003 hasta el 04 de junio de 2015.
2. Declarar que la terminación del contrato de trabajo se produjo sin justa causa imputable al empleador.
3. Declarar que EXPRESO BOLIVARIANO SA EN REESTRUCTURACION como responsables a título de culpa patronal por el accidente de trabajo sufrido por el demandante el 31 de octubre de 2012 por caída de altura de 2 metros, con luxación de la articulación acromioclavicular hombro izquierdo en desarrollo de la relación laboral que los unió.
4. Declarar que la terminación del contrato de trabajo se produjo estando bajo la protección de la debilidad laboral manifiesta, dado que el actor sufrió accidente de trabajo el día 31 de octubre de 2012 Siniestro No. 20120074878, con diagnóstico LUXACIÓN DE LA ARTICULACIÓN ACROMIOCLAVICULAR HOMBRO IZQUIERDO calificada por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá el 13 de febrero de 2014.
5. Declarar que la empresa demandada no respetó la garantía y no medió autorización del Ministerio de Trabajo para proceder al despido.
6. Declarar que el actor se encontraba en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y por tanto no debía ser despedido, Dictamen 19260035 del 13 de febrero de 2014 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá DC, pérdida inicial del 11,91%.
7. Condenar al pago de perjuicios materiales a favor del demandante en lo correspondiente al daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros, por el accidente de trabajo que sufrió por causa imputable al empleador.
8. Al pago de los perjuicios inmateriales sufridos tanto por el demandante, como por su núcleo familiar, de la siguiente manera:
  - 8.1 A título de perjuicios morales 1) A favor del demandante, en su condición de trabajador el monto que corresponda, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, a 100 SMLMV. 2) A favor de NELSY HUERTAS HUERTAS en su condición de cónyuge o compañera permanente del demandante, el monto que corresponda, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva a 100 SMLMV.
  - 8.2 A título de perjuicios a la vida de relación 1) A favor del demandante, en su condición de trabajador el monto que corresponda, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, a 100 SMLMV. 2) A favor de NELSY

HUERTAS HUERTAS, en su condición de cónyuge o compañera permanente del demandante, el morito que corresponda, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, a 100 SMLMV.

9. Al pago de los intereses corrientes e intereses moratorios sobre las sumas que resulten condenadas
10. A la indexación sobre las sumas que resulten aquí condenadas.
11. Costas procesales

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

EXPRESO BOLIVARIANO SA EN REESTRUCTURACION, contestó la demanda (fls. 89 a 262) de acuerdo al auto del 13 de abril de 2018 (fl. 276). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### REFORMA DE LA DEMANDA

Mediante escrito radicado el 24 de noviembre de 2017, la parte demandante presentó reforma de la demanda modificando los hechos de la demanda, así como el acápite de pruebas (fls. 263 y 264).

#### CONTESTACION DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

EXPRESO BOLIVARIANO SA EN REESTRUCTURACION, contestó la demanda (fls. 278) de acuerdo al auto visible a folio 279 del plenario. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 08 de agosto de 2019, **DECLARÓ** que entre el señor GRABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ Y la demandada EXPRESO BOLIVARIANO SA EN EJECUCIÓN DE ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN existió un contrato de trabajo a término fijo vigente en lapso comprendido entre el 27 de agosto d 2013 y el 04 de junio del año 2015. **ABSOLVIÓ** a la demandada EXPRESO BOLIVARIANO SA. En ejecución de acuerdo de restructuración, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda de GRABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ. **EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio el despacho se

consideró relevado del estudio de las propuestas. **COSTAS** a cargo del demandante.

### RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **ACCIDENTE DE TRABAJO:** señala que dentro del plenario quedó acreditado el accidente de trabajo, el cual se produjo en atención a la omisión de la empresa en el cuidado y medidas de prevención estando bajo las órdenes exclusivas del empleador, sin las medidas de seguridad necesarias para evitar accidentes de trabajo, conducta culposa probada y que contempla el artículo 216 del cst, dado que se infringió y omitió brindar las medidas de seguridad en cuanto a la capacitación, dotación adecuada para el desarrollo de la función de lavado de vehículo y alistamiento del mismo internamente, como tampoco se evidencia del plenario las actas firmadas por el actor en su inducción.

Así las cosas, el accidente de trabajo es atribuible a la empresa demandada, ya que la misma omitió o incumplió con la obligación de suministrar al demandante todos los elementos de protección necesarios, así como tampoco la capacitación e instrucción a fin de evitar accidentes y brindar protección y seguridad del trabajador como lo establece el artículo 65 del cst, es decir, no actuó como un buen padre de familia como lo ha considerado la H. Corte suprema de justicia en sentencia SL2799 de 2014.

Ahora bien, indica que el día del accidente, 31 de octubre de 2012, no había supervisor por parte de la empresa, siendo ésta una de sus obligaciones.

Por otro lado, señala que el reporte a la arl no fue tachado de falaso, con lo que queda demostrado que el actor cayó de una altura de 2 metros.

2. **CULPA PATRONAL:** manifiesta que el juzgado da por demostrado que la aplicación del artículo 216 del CST de la culpa patronal está a cargo del trabajador, apreciación contraria a lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia, en donde varió su posición en sentencia SL248 de 2018 rad. 57029, así como en la sentencia con rad. 3963130 de octubre de 2012, que adoctrinó al supuesto hecho de la culpa, de suerte que la prueba del incumplimiento en la diligencia y cuidado ordinario o mediano que debe desplegar el empleador en la administración de su negocio para estos casos en la observancia de los

deberes de protección y seguridad que deben a sus trabajadores es razón y causa suficiente en el infortunio laboral y por ende la responsabilidad de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios, constituyéndose la conducta como culposa que exige el artículo 216 del CST.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales e inmateriales (perjuicios morales y a la vida en relación), con ocasión al accidente de trabajo sufrido el 31 de octubre de 2012.

#### DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión ni de inconformidad por ninguna de las partes la existencia de la relación laboral que se declaró en primera instancia, quedando vigente el vínculo laboral que ató al señor GABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ con EXPRESO BOLIVARIANO, mediante un contrato de trabajo a término fijo desde el 27 de agosto de 2003 hasta el 04 de junio de 2015.

#### CULPA PATRONAL:

Solicita que se declare que la demandada es responsable a título de culpa por el accidente de trabajo que sufrió el demandante el 31 de octubre del año 2012, al haber caído de una altura de dos metros con luxación de la articulación acromio clavicular de obra izquierdo en desarrollo de la relación laboral que lo unió con la convocada a juicio.

Frente al tema, el artículo 216 del C.S.T., aplicable al caso bajo examen, establece que *"Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo."*

Colijase de ello que para que se configure la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios, debe estar suficientemente demostrado que el empleador incurrió en culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, a fin de que asuma la totalidad de los perjuicios que produjo el hecho culposo, siendo preciso acreditar los siguientes elementos:

1. La ocurrencia y calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional.
2. Que la ocurrencia del accidente o de la enfermedad profesional fue consecuencia de la culpa del empleador, es decir, la relación de causalidad entre el accidente o la enfermedad y la culpa suficientemente comprobada del empleador.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, la relación de causalidad que debe existir entre la culpa patronal y el daño, es un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, de allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor, sean considerados como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa. (Sentencia SL14420-2014. Radicación No 42532 de 30 de julio de 2014.)

Igualmente, en sentencia de radicación 49681 del 6 de septiembre de 2015 señaló que históricamente se había reiterado la regla general de que correspondía al trabajador demostradas las circunstancias de hecho que daban cuenta de la culpa del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo, pero, que por excepción, con arreglo a los artículos 177 del CPC y 1604 del CC, cuando se denunciaba el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invertía la carga de

la prueba, siendo el empleador el que asumía la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución a la hora de resguardar la salud e integridad de los trabajadores, situación que no implicaba que le bastara a éste plantear el incumplimiento de las mismas, para desligarse de cualquier carga probatoria, teniendo en cuenta que no se trataba de una responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, sino que para que operara la inversión de la carga de la prueba reclamada, primero debían estar demostradas las circunstancias concretas en que había ocurrido el accidente y que la causa eficiente del mismo, fuera la previsión por parte de la persona encargada de prevenirlos. Por tanto, correspondía a quien pretendía el pago de la indemnización, demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, y la plena incidencia que tenía en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que existía un resultado dañoso operaba, sino que debía atenderse a la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el siniestro y la diligencia de quien lo había creado.

Así mismo, en sentencias como la SL 2824-2018, ha reiterado que la responsabilidad del empleador en el accidente laboral no desaparece, ni lo exime de la indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del CST, en el evento en ocurra por la concurrencia de un comportamiento descuidado o negligente del trabajador, toda vez que la misma norma no admite la compensación de culpas.

*“Asimismo, para la Sala tampoco son de recibo las explicaciones de los recurrentes relacionadas con la culpa de Samboni Samboni en el accidente. Esto porque si bien aquel perdió el equilibrio y cayó al tanque de agua, se itera, el consorcio estaba en la obligación de implementar medidas de prevención efectivas para evitar el riesgo de caída desde las pasarelas levantadas sobre el foso.*

*Se advierte que aún existiere la culpa del trabajador, esta no exime la del empleador. Así lo ha establecido la Corte en las sentencias CSJ SL5463-2015 y CSJ SL9355-2017. En esta última providencia, señaló:*

*Todo ello pone en evidencia la conducta pasiva y negligente del empleador que no se desvirtuó en el curso del proceso, en cuanto en su defensa se limitó a invocar la culpa del trabajador que, de existir, no lo exime de responsabilidad tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL5463-2015, en la que adoctrinó que la «responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas» (...).”*

Descendiendo al sublíite, en el presente caso no constituye objeto de controversia el hecho de que el día 31 de octubre de 2012 tuvo lugar el accidente de trabajo el

señor GABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ, conforme el informe de accidente de trabajo obrante a folio 253 y 254 del plenario, resaltando en éste aspecto que se encuentra acreditado en el informativo que el empleador afilío al demandante para la cobertura de los riesgos laborales a una administradora de riesgos laborales que fue la que asumió que en últimas la carga asistencial y prestacional derivada del accidente de trabajo acaecido en relación con el demandante el 31 de octubre del año 2012.

Así pues, con el fin de demostrar los hechos ocurridos el 31 de octubre de 2012, reposa dictamen de pérdida de capacidad laboral proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en la que le dictamina al señor GABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNANDEZ una pérdida de capacidad laboral del 11,91% con fecha de estructuración 31 de diciembre de 2012 de origen 'Accidente de Trabajo' (fls. 30 a 36).

La segunda exigencia que plantea la norma en cita, se contrae a la determinación de la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, que es el elemento central del debate expuesto acá por el apoderado de la parte demandante.

Así las cosas, a efectos de determinar si el actor logró acreditar suficientemente la culpa del empleador, se recibió **interrogatorio de parte** del demandante, indicó que antes de iniciar su labor de conducción del vehículo procedió a verificar los vidrios y procedió a limpiarlos al encontrarse sucios, por iniciativa propia y sentido de pertenencia, con el objetivo de tener el bus que manejaba limpio, y una vez terminó de limpiarlos, procedió a descender del vehículo, se tropezó y cayó de las escaleras del bus, ocasionándole una luxación de la articulación acromioclavicular del hombro izquierdo.

Teniendo en cuenta la declaración rendida por el demandante, no se puede concluir fehacientemente que efectivamente el accidente de trabajo que padeció tiene un nexo de causalidad con alguna omisión o acción generada por el empleador, que hubiese conducido al acaecimiento del accidente de trabajo.

Lo anterior por cuanto el accidente que sufrió el demandante no se genera producto de la actividad de limpieza que estaba desarrollando en los vidrios del bus, sino que por el contrario, indicó que había terminado la limpieza y se encontraba descendiendo del vehículo cuando resbaló y cayó, sin embargo no se señala que

dicha caída haya sido producto por algún elemento con el cual se tropezó o por jabón que quedó de la limpieza de los vidrios, para predicar que el accidente sufrido por el demandante haya sido por negligencia del empleador.

Ahora bien, no puede perderse de vista que en las funciones otorgadas al demandante no se encontraba la de limpiar los vidrios del bus, pues su labor se limitaba a conducción del vehículo, resaltando que el aseo del vehículo no se encontraba en su cabeza, y que por lo tanto, y contrario a lo afirmado por el recurrente, dicha actividad que estaba realizando de lavar los vidrios no fue por orden directa de su empleador, resaltando que la testigo EDNA LILIANA HEREDIA RODRÍGUEZ indicó que las actividades de limpieza eran contratadas por un tercero, y que ante un eventual protocolo de limpieza no debía adelantarlo en conductor del vehículo, sino que debía hacer los reportes correspondientes, con el fin que el tercero encargado lo realizara.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se advierte dentro del plenario que haya un nexo de causalidad entre el accidente que sufrió el accionante al descender del vehículo y el proceder de la accionada, toda vez que no se logra evidenciar que el accidente de trabajo ocurrió por la inobservancia en las medidas de seguridad y protección industrial por parte del empleador, sino que se evidencia, incluso de la misma declaración del demandante que ocurrió por un simple tropezón de manera fortuita, que terminó en la caída que generó luxación de la articulación acromioclavicular del hombro izquierdo, sin que pueda derivarse de dicho accidente una omisión por parte del empleador en los elementos de protección adecuados e idóneos para desarrollar su actividad, o siquiera para descender del vehículo.

En suma, debe concluirse que de conformidad con el material probatorio obrante dentro del plenario no puede afirmarse que el demandante acreditó la culpa del empleador en el accidente de trabajo que sufrió el 31 de octubre de 2012, que conlleve a concluir la existencia de responsabilidad que se le imputa y menos aún la imposición de una condena por concepto de indemnización de perjuicios, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la absolución de primera instancia tendientes al reconocimiento de indemnización plena de perjuicios.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de agosto de 2019 por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503820160108001)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503820160108001)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503820160108001)