

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RUBIELA MERCHÁN SÁNCHEZ contra OCATI S.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2019-00026-01**.

A las ocho y treinta (8:30) de la mañana de hoy diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020), hora y fecha programada, se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo de 24 de junio de 2020 proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca.

Prevía deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la empresa OCATI S.A. con el objeto de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente del 5 de febrero de 2013 al 4 de febrero de 2017, y que el mismo terminó sin justa causa; como consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de aportes a seguridad social en salud, pensión, ARL y caja de compensación dejados de pagar desde la fecha del despido y las costas procesales. Subsidiariamente solicita el pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones y salarios causados y dejados de percibir entre la fecha del despido y en la que se produzca el reintegro; así como también la indemnización equivalente a 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, sanción moratoria que trata el artículo 65 del CST, y la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin mediar una justa causa; finalmente, solicita se

ordene el reintegro al mismo cargo que ejercía al momento del despido, o a uno de superior jerarquía.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que el 5 de febrero de 2013 suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término fijo de un año para ejercer el cargo de operaria de clasificación y empaque de frutas, con un salario de \$660.000; menciona que dicho contrato se prorrogó hasta el 4 de febrero de 2017, y que durante toda la relación laboral prestó sus servicios en la sede administrativa ubicada en la Avenida Pradilla 900 Este, Local No 2015 del municipio de Chía (Cundinamarca), lo que hizo de manera personal, bajo la subordinación y a órdenes de su empleadora. De otro lado, expone que el 8 de enero de 2016 le fue practicada una cirugía de cálculo en la vesícula biliar, por lo que estuvo incapacitada por 20 días; que el 25 de marzo de ese año la demandada le cambió su sitio de trabajo, y la ubicó en el área de las máquinas de empaque de "Uchuva", sin darle capacitación o entrenamiento para el manejo de tales máquinas; expresa que en control médico del 11 de Julio de 2016 le diagnosticaron "*hernia umbilical y hernia Ventral*", luego el 3 de agosto de ese año le prescribieron "*túnel del Carpio*"; que el 21 de septiembre de 2016 la EPS CAFAM envió a la demandada las recomendaciones laborales que debía seguir en su caso particular; refiere que el 4 de octubre de 2016 le fue practicada cirugía de hernia; y el 22 de diciembre de 2016, según resonancia nuclear magnética de columna lumbosacra se concluyó que padecía de "*ABOMBAMIENTO CONCENTRICO L4 - L5, PROTUSION DISCAL CENTRAL L5 - S1*"; sin embargo, el 4 de enero de 2017 la empresa le notificó por escrito que el contrato terminaría el 4 de febrero del 2017. Además, refiere que el 28 de febrero del 2017 presentó acción de tutela ante el Juez Primero Civil Municipal de Chía (Cundinamarca), quien protegió sus derechos fundamentales mediante fallo del 13 de marzo de 2017, y en ese orden dispuso de manera transitoria su reintegro laboral, lo que fue acatado por la empresa el 15 de marzo de 2017; que el 26 de marzo del 2017 la ARL COLMENA ordenó su remisión a "*especialista para ingresar al sistema de Vigilancia o al programa de prevención y promoción*"; mediante sentencia del 3 de mayo de 2017, la Juez Primero Civil del Circuito de Zipaquirá revocó en su integridad el fallo proferido en primera instancia dentro la referida acción de tutela, razón por la cual, el 9 de mayo del 2017 la empresa mediante llamada telefónica, da por terminado su contrato de trabajo. Agrega que el 26 de mayo del 2017 presentó un derecho de petición ante la entidad para solicitar copia de su

contrato de trabajo sin que a la fecha se lo hayan entregado; y que el 28 de febrero del 2018, la EPS FAMISANAR, por intermedio del comité interdisciplinario de calificación, determinó el origen de sus enfermedades, así: "M511 Trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía", "Laboral", "M545 Lumbago no especificado" "Laboral", M770 Epicondilitis media" "Laboral", "M658 Otras sinovitis y tenosinovitis" "Laboral" (fls. 96-124).

3. El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante auto de fecha 23 de mayo de 2019 admitió la demanda y ordenó notificar a la demandada (fl. 126), diligencia que se cumplió el día 28 de junio de 2019, según acta de notificación personal obrante a folio 127 del plenario.
4. La empresa demandada por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral, el salario devengado, en el entendido de que el mismo incluía el SMLMV y el subsidio de transporte, igualmente, admitió las cirugías que le fueron practicadas a la demandante, las incapacidades generadas del 8 al 27 de enero de 2016 y del 4 al 18 de octubre de 2016, y las decisiones emitidas en fallos de tutela; respecto a los demás hechos manifestó que el contrato suscrito con la actora correspondía a uno inferior a un año, que el cargo para el que se contrató era de "OPERARIA DE CLASIFICACION Y EMPAQUE", el que ejerció en la "planta de Chía Kilometro 1 vía a Cota", como se puede observar en el listado de ingreso tomado con el reloj biométrico de control de ingreso y salida de personal, ya que sus funciones como empacadora y clasificadora no podía desempeñarlas en la sede administrativa ubicada en la Avenida Pradilla, pues allí se realiza únicamente gestión documental; agrega que la demandante desde el primer día de labores siempre estuvo en el área frutas por la temporada de cosecha, lugar donde se realiza la selección y empaque mediante máquinas de selección que agilizan las labores de aseptia y empaque de la fruta, y que lo que ocurrió en marzo de 2016 fue una "reinducción y capacitación generada por el Departamento de Recursos Humanos como herramienta del SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN", actividad creada para implementar el manual de funciones y perfil de cargos, y por ello se capacita al personal, de manera especial al "OPERARIO DE FRUTA PEQUEÑA para la integralidad de la función de SELECCIÓN Y EMPAQUE DE FRUTA", cuyas planillas de asistencia fueron firmadas por la actora. Indica que OCATI S.A cubrió diligentemente a través del régimen general de salud la atención médica de la trabajadora, que la discapacidad que pregonaba no existió, que no fue

calificada, que sus afecciones obedecieron a situaciones de origen común generadas por hábitos y costumbres, y que no existe restricción alguna que generara incapacidad permanente. Además, refiere que nunca tuvo conocimiento de las patologías que ahora menciona la actora en esta demanda, que no fueron calificadas durante el vínculo laboral, y que tales enfermedades surgieron con posterioridad a la culminación de su contrato de trabajo, pues las mismas fueron calificadas el 28 de febrero de 2018, por lo que no le consta si la trabajadora para la fecha de la terminación del vínculo registraba tratamientos médicos prescritos por la EPS o la ARL; señala que si bien le fueron expedidas unas recomendaciones laborales, estas lo fueron por 6 meses a partir del 21 de agosto de 2016. Menciona que notificó a la demandante con carta del 2 de enero de 2017, que su contrato no se prorrogaría por lo que terminaba el 4 de febrero de 2017, conforme lo establece el artículo 46 del CST, siendo recibida por la actora como correspondía. De otra parte, señala que si bien reintegró a la demandante a sus labores el 15 de marzo de 2017, ello lo hizo en acatamiento a lo ordenado en fallo de tutela, y por tanto, invitó a la demandante a la oficina de recursos humanos para reinducción de funciones; no obstante, como quiera que esa decisión fue revocada en segunda instancia dada la inexistencia de incapacidad o debilidad manifiesta, la empresa entregó una comunicación a la actora, de fecha 9 de mayo de 2017, en la que le explica la decisión del juez y da por terminado su contrato de trabajo, e igualmente, le notifica el pago de sus prestaciones de ley hasta ese día y le entrega autorización para su examen médico de retiro, pero ante la renuencia de la trabajadora de recibir el valor de su liquidación, procedió a consignarla en el Banco Agrario de Colombia. Informa que la demandante instauró nuevamente una acción de tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cota para que se adelantaran los trámites administrativos necesarios para la calificación de origen de sus enfermedades y de ese modo iniciar proceso ante "Junta Regional Médica" y "Junta Nacional Médica" para acceder a una pensión por invalidez, pero tanto el fallo de primera como de segunda instancia le fueron desfavorables a la trabajadora. Además indica que sí entregó a la demandante copia de su contrato de trabajo, cumplió cabalmente con los procedimientos, atendió las peticiones y solicitudes por ella formuladas, y acató las recomendaciones laborales y de seguridad social en vigencia del contrato de trabajo. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada e inexistencia de discapacidad (fl. 131-148).

5. En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, la juez resolvió la excepción previa de ineptitud de la demanda propuesta por la demandada, y luego de correr traslado a la parte demandante para que aclarara sus pretensiones, determinó que la pretensión principal es el reintegro de la trabajadora, y como subsidiaria la indemnización por despido sin justa causa.
6. La Juez Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, en sentencia proferida el 24 de junio de 2020, absolvió a la demandada de todas las súplicas de la demanda, y condenó a la demandante al pago de costas, señalando como agencias en derecho la suma de \$200.000 (fl. 358-359).
7. Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que manifestó *“En cuanto a la decisión del día de hoy, no estoy de acuerdo porque si bien es cierto que usted reconoce de que está probada de que la señora Rubiela Merchán fue despedida dentro del lapso de recomendaciones médicas, aquí sucedieron unos hechos antes de que se tomara la decisión de la terminación de ese contrato de trabajo, como lo muestra a folio 31 y 32 donde la señora Rubiela se le practica una ecografía de hombro izquierdo y se le practica el mismo día, el mismo mes de diciembre, la del 6 de diciembre del 2016, se le practica una ecografía de hombro izquierdo y el día 22 de diciembre del 2016 se le práctica una resonancia nuclear magnética de columna lumbosacra simple, son cosas que llevan a que la empresa tome la decisión a finiquitar los servicios de la señora Rubiela. Ahora bien, usted manifiesta en su decisión que la calificación del origen de la enfermedad se da posterior a la terminación de la relación laboral, pero también su señoría no hizo alocución a lo manifestado por el suscrito defensor, donde se demuestra de que la compañía, la empresa OCATI, sabía que la señora estaba haciendo un trámite para la calificación del origen de la enfermedad y la empresa no le prestó colaboración, muestra de ello se prueba de que la señora Rubiela solicitó unos documentos el día 15 de febrero el 2017 y a fecha 3 de junio la empresa ni siquiera había hecho los aportes de esos documentos tanto a la EPS como a la señora Rubiela para que continuara su trámite, debido a eso, a esas demoras, a esas trabas, a esas actuaciones de mala fe del empleador, por eso a la fecha de hoy ni siquiera tenemos el concepto de la calificación de la pérdida de capacidad laboral. También quiero hacer referencia en cuando al testimonio de la señora Fanny, me llama mucho la atención, cuando la señora miente en su declaración y dice de que se le respetaron las recomendaciones médicas de la cirugía de la señora Rubiela Merchán, situación que no aporta en ninguna recomendación médica, también es cierto de que el 21 de septiembre, es cuando se aportan esas recomendaciones médicas, ahora bien, ella se contradicen, narra unos hechos donde dice que se terminó la relación debido a la producción, pero me llama mucho la atención de que esa producción baja después de 4 años y no en el primer año de la contratación, sino después de 4*

años, después de conocidos unos hechos, de unos exámenes previos que se habían hecho la señora Rubiela como se muestra a folio 31 y a folio 32, lo que conlleva a decir de sí existe un nexo de causalidad en cuanto al despido de la señora Rubiela Merchán. Ahora bien, el señor Sergio manifiesta que no se respetan esas recomendaciones laborales, situación por la cual ellos solamente acatan, ellos acatan, son las recomendaciones médicas la ARL, situación que se contradice con las trabas que puso la señora para la entrega de la documentación que solicitaba la señora Rubiela. Ahora bien, con ese despido de la señora Rubiela, se presentó un agravamiento de su estado de salud por esa situación, por eso es que la señora Rubiela en su testimonio manifiesta que no ha podido trabajar con una empresa debido a su limitación física, si lo vemos desde otro punto de vista, cuidar un niño no requiere hacer fuerza, son situaciones que sí hay un nexo causal de esa situación del despido la señora Rubiela de la empresa. Entonces vemos de que verdaderamente es contradictorio. Ahora bien, en cuanto a los testimonios del doctor Cantor, él claramente dice que sí, que él conocía de unas patologías de la señora Rubiela, él las menciona y dice que el problema que tiene la señora Rubiela en la columna, que el problema que tiene del túnel de carpo, él menciona varias situaciones que hacen referencia tanto a las recomendaciones médicas por la EPS Cafam, como la calificación del origen de la enfermedad calificada por la EPS Famisanar. Entonces, en ese orden de ideas su señoría, no comparto su decisión en cuanto al fallo contradictorio condenando en costas a mi defendida. Quiero también dejar claro, en cuanto a lo manifestado por el doctor Cantor a folio 36 que hace referencia a la historia clínica ocupacional, el doctor omite manifestar que la señora Rubiela presentó una ecografía donde se muestra la tendinitis, esta historia clínica ocupacional tiene fecha 26 de marzo del 2017. Entonces ahí hay una contradicción a lo que manifiesta el doctor Cantor, situación por lo cual que quiero respetuosamente su señoría se dé traslado al inmediatamente superior para que estudie mi recurso de apelación presentado en el día de hoy”.

8. Recibido el expediente digital, el recurso fue admitido mediante auto del 1º de julio de 2020. Luego, en atención a lo establecido en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con auto del 13 de julio del mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos; ambas allegaron escritos.
9. El apoderado de la parte demandante señala que “del folio No 30 dentro del expediente, donde existe las RECOMENDACIONES MEDICAS, de la EPS CAFAM, a nombre de mi defendida, la cual fue expedida Por el Médico tratante especialista en Salud Ocupacional y entregadas oportunamente al empleador, lo que quiere decir que el empleador era CONOCEDOR y tenía PLENO conocimiento del ESTADO ACTUAL DE SALUD de la Trabajadora hoy demandante dentro del proceso de la Referencia, a lo cual, de acuerdo al código sustantivo del trabajo y demás normas Laborales y Constitucionales podemos afirmar que el despido se hizo sin la previa autorización de un inspector del trabajo”, que tales

recomendaciones se encontraban vigentes para la fecha del despido, y por ende, era claro que existía para ese momento un tratamiento médico y estaba pendiente la calificación de la pérdida de capacidad laboral; en ese orden, la demandante es una persona que goza de estabilidad laboral reforzada, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en su totalidad, y condenarse a la demandada al pago de las pretensiones de la demanda.

- 10.** Por su parte, la entidad demandada indica que la demandante no goza de estabilidad laboral manifiesta y que la protección reforzada no opera para los contratos a término fijo inferior a un año como ocurre en este caso; de otro lado, señala que el contrato de la trabajadora terminó por no prórroga del mismo en los términos del artículo 46 del CST, en atención a las *"bajas en la demanda de frutas y por ser época de invierno"*, lo que de igual forma ocurrió con otros 12 trabajadores, y por tanto, tal finalización no se dio por su estado de discapacidad, la que tampoco está probada dentro del proceso; agrega que si bien le fueron expedidas unas recomendaciones de carácter laboral a la actora, las mismas fueron cumplidas, a lo que se suma que tales recomendaciones tenían una vigencia de 6 meses y versaban *"sobre posturas y eventos que no aplicaban para la señora Merchán"*, como se demostró en el estudio de puesto de trabajo de homologación, y que según lo confesó la demandante en su interrogatorio *"nunca se practicó el examen médico de retiro en las dos oportunidades que se remitió al médico ocupacional"*, lo que fue corroborado por el médico ocupacional que declaró en juicio, quien además señaló que la actora no registraba limitación física o discapacidad para configurar una debilidad manifiesta; además, agrega que a la fecha de la terminación del contrato la trabajadora no se encontraba incapacitada, y que el dictamen de origen de las patologías realizado por la EPS fue emitido con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, sin que se surtiera *"el trámite correspondiente para determinar de fondo siquiera el origen de las patologías ante las respectivas juntas de Calificación"*.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente, como quiera que la sentencia que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al

Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es establecer si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación de su contrato de trabajo, y en caso afirmativo, determinar si resulta procedente ordenar su reintegro laboral con el consecuente pago de las acreencias laborales y aportes a seguridad social, así como también, el pago de la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997, como se pide en la demanda, o en su defecto, el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, que inició el 5 de febrero de 2013 y que se prorrogó hasta el 4 de febrero de 2017, según comunicación que le entregó la empresa a la demandante el 2 de enero de 2017; además, tampoco se discute que el 15 de marzo de 2017 la actora fue reintegrada en cumplimiento a la orden dada por el juez de tutela; no obstante, debido a la revocatoria de esa decisión por parte del juez de segunda instancia, la demandada puso fin a la relación el 9 de mayo del 2017.

La a quo al proferir su decisión señaló que *"a la aquí demandante se le dio por finalizado su contrato de trabajo, porque el empleador hizo uso de su facultad del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir el empleador mandó una comunicación a la señora Merchán, con su intención de no prorrogar el contrato, quiere decir que hubo una causa legal de terminación que fue el vencimiento del plazo fijo pactado mas no una terminación de contrato sin justa causa"*. Agregó que si bien hay una calificación de origen profesional de unas patologías, tal circunstancia no la pone en condiciones de debilidad manifiesta, ello no se probó *"pues si bien la actora tenía una serie de patologías que están medicamente registradas en los documentos que arrió la parte demandante y que llevaron a que se hiciera una calificación de origen, de las mismas no puede entenderse por la misma presencia de las patologías, o no puede inferirse por la misma presencia de las patologías, lo requerido por la Corte Constitucional y mencionado anteriormente que se refiere a la reducciones físicas que sometan a la persona al estado de debilidad manifiesta"*. Finalmente, indica que no existe un nexo entre la terminación del contrato y el estado de salud de la actora, como tampoco la trabajadora demostró una circunstancia de debilidad manifiesta, y concluyó que *"el simple hecho de existir unas recomendaciones médicas"* no quiere decir que *"la actora tenga una circunstancia de debilidad manifiesta, como lo ha indicado la Corte Constitucional en la medida en que precisamente incluso tenía una temporalidad, en la medida en que incluso las recomendaciones médicas tenían una temporalidad y no solamente*

eso, máxime cuando no, es decir, no está acreditado que no, que se le dificultara a la trabajadora desarrollar sus labores, ¿Por qué? porque el mismo médico que declaró en este estrado judicial, nos dijo que ella podía continuar trabajando, y ella misma confiesa que podía continuar trabajando, en el sentido de que fue después de OCATI que se dedicó a cuidar niños”.

Así las cosas, se estudiará inicialmente si la trabajadora era sujeto de la protección reforzada de que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que señala:

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

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

La aplicación de tal protección supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el grado de discapacidad o limitación, pues estas no nacen por el simple hecho de estar el trabajador incapacitado temporalmente o haber tenido o tener unos padecimientos, sino que es menester que sufra de una lesión (es) o patología(s) que disminuya(n) en forma palmaria y evidente su capacidad de trabajo. Asimismo, dicha norma consagra una restricción a la facultad del empleador para terminar unilateralmente el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido de que tiene que ser autorizada por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario el despido no produce ningún efecto, por lo que torna viable el reintegro del despido, y así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C – 531 de 2000 en la que dispuso:

“Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una

persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

Sobre los estados de salud que dan lugar a la protección reforzada, la jurisprudencia constitucional y laboral ha considerado que ellos se configuran con la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas, de conformidad con su capacidad laboral, o de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta, que se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado 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 una discapacidad.

Siguiendo esos derroteros, este Tribunal ha considerado que la simple existencia de una enfermedad o el hecho de que el trabajador se encuentre incapacitado o en licencia por enfermedad al momento de la terminación del contrato, o un simple detrimento en las condiciones de salud, o que haya sufrido un accidente en el pasado o padecido una enfermedad, no son razones suficientes para concluir que es titular de la protección reforzada. Cada caso debe ser analizado de manera particular y con base en los elementos de prueba que aparezcan en el expediente. Es preciso también subrayar que en este campo hay que cerrar el paso, en lo posible, a un exagerado subjetivismo judicial, y por ello se ha considerado que la determinación de si un trabajador se encuentra en la referida situación debe basarse fundamentalmente en criterios objetivos y constatables, definidos por personal especializado en la materia, entre ellos el *quantum* de la pérdida de capacidad laboral, cuando se haya realizado, pero si no existe hay que decidir tomando en cuenta los elementos relevantes de la enfermedad o los padecimientos y su incidencia en la labor desempeñada y en el propio discurrir existencial del enfermo.

Dentro de las pruebas recaudadas, obra historia clínica de la demandante en la que se desprende lo siguiente: que la trabajadora acudió a consulta médica el **26 de octubre de 2014** por una laringitis aguda, y en el examen físico realizado por el galeno encontró la “*COLUMNA VERTEBRAL: NORMAL*” (fl. 12). Luego, en cita de medicina general del **11 de junio de 2016**, se indica que la demandante tiene “*DOLOR LUMBAR DESDE HACE +/- 6 MESES, QUE SE EXACERBA FRECUENTEMENTE, TRATAMIENTO CON DICLOFENACO Y NAPROXENO SIN MEJORÍA*” (fl.

16). En ecografía de tejidos blandos del **28 de junio de 2016** se encontraron "HALLAZGOS ECOGRAFICOS COMPATIBLES CON HERNIA UNBILICAL (sic)" (fl. 17). En consulta del **1º de agosto de 2016** se consigna el resultado de radiografía de "COLUMNA LUMBOSACRA" con la presencia de "LIGERA ROTO ESCOLIOSIS DE VERTICE DERECHO TORACOLUBAR (sic) DE TIPO FUNCIONAL" (fl. 18), determinándose como diagnósticos: 1. Hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena, 2. Lumbago no especificado, 3. Obesidad, y 4. Hipertensión esencial (fl. 18 vto). En consulta por ortopedia del **3 de agosto de 2016** se confirma como repetidos los diagnósticos de "SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO" y "EPICONDILITIS LATERAL" (fl. 20), igualmente, se consigna que la paciente presenta "DOLOR EN REGIÓN LUMBAR DE 8 MESES DE EVOLUCIÓN", "DOLOR A LA PALPACIÓN, PUNTOS EN GATILLO, LIMITACIÓN DE MOVILIDAD A LA DORSIFLEXIÓN DEL TRONCO, IMBALANCE MUSCULAR" y que según la radiografía aportada se observaba "DISCOPATÍA L4-L4 L5-S1 CON CAMBIOS ARTROSICOS", por lo que se ordena manejo médico, terapia física, se dan recomendaciones e incapacidad (fl. 20). En cita del **9 de agosto de 2016** se indica que es una paciente con "DIAGNOSTICO DE ALTERACIÓN MIOCINEMATICA DORSAL Y LUMBAR ALTERACIÓN POSTURAL CON DOLOR LOCALIZADO Y ARCO DE MOVIMIENTO COMPLETO (...) ESCOLIOSISPOSTURA PROLOMGAD BIPEDA Y SEDENTE SITUACIÓN LABORAL, CRONICIDAD QUE LIMITA DE FORMA MODERADA LAS ACTIVIDADES DE SU VIDA DIARIA LABORAL", se agrega que la paciente manifiesta "DOLOR LOCALIZADO Y CONTINUO EN REGIÓN LUMBAR BILATERAL MODERADO DERECHO NIVEL DE LA INTENSIDAD DE 8/10 CONTINUO, DE TIPO PULSANTE SENSADCIÓN (sic) DE PESADEZ QUE SE EXACERVA (sic) POSTURA PROLONGADA SEDENTE Y BIPEDA", se envía a sesiones de acondicionamiento físico, y se dan recomendaciones tales como evitar trabajo físico pesado, evitar levantamiento de cargas y posturas forzadas a nivel de columna, evitar movimiento de flexión y rotación del tronco, evitar exposición a vibraciones de cuerpo entero, evitar posturas estáticas, entre otras (fl. 22-23). En cita del **29 de agosto de 2016** se confirman los diagnósticos repetidos de 1. Lumbago no especificado, 2. Postura anormal, 3. Otras dorsalgias, y 4. Escoliosis no especificada, por "ALTERACIÓN MIOCINEMARIC DE REGIÓN LUMBAR ARTROCINEMATICA DE COLUMNA LUMBAR Y ALTERACIÓN POSTURAL"; se indica que terminó tratamiento con persistencia del "DOLOR DE 8/10" y que se encuentra incapacitada, por lo que se continua con tratamiento, y se dan las mismas recomendaciones anteriores (fl. 24). En cita del **12 de septiembre de 2016**, luego de terminarse la segunda sesión del tratamiento se dice que la paciente refiere leve mejoría con disminución del dolor localizado y continuo con una intensidad de 7/10, se continua con el tratamiento y las mismas recomendaciones (fl. 25). En cita especializada por salud

ocupacional o médica de trabajo según remisión hecha por ortopedia, de **21 de septiembre de 2016** se dan recomendaciones laborales dirigidas al empleador para que se mantenga durante 6 meses y se ordena radiografía de hombro, resonancia nuclear de columna lumbosacra y ultrasonografía articular de hombro (fl. 26-29). De la ultrasonografía articular de hombro practicada el **6 de diciembre de 2016** se incluyeron hallazgos compatibles con *"TENDINOSIS DE LA CABEZA DEL TENDÓN LARGO DEL BICEPS IZQUIERDO, BURSITIS Y ARTROPATÍA DE HOMBRO IZQUIERDO"* (fl. 31), y de la resonancia magnética de columna lumbosacra, del **22 de diciembre de 2016** se concluyó la presencia de *"DISCOATROSIS", "ABOMBAMIENTO CONCENTRICO L4-L5" y "PROTRUSION DISCAL CENTRAL L5-S1"* (fl. 32); y con posterioridad a la terminación del contrato, el **4 de noviembre de 2017** fue remitida a neurocirugía en atención al *"DOLOR LUMBOCAITICO DERECHO HACE 2 AÑOS INTENSIFICADO HACE UN AÑO, NO MEJORÍA CON T FISICA, DOLOR CONSTANTE (...) CON HERNIA DISCAL CENTRAL (...) ARTROPATIA FACETARIA LUMBAR BAJA DEFORMANTE. EF MARCHA CON COJERA MID POR DOLOR, COLUMNA CON DOLOR A LA PALPACIÓN LUMBAR, DOLOR Y LIMITACIÓN SEVERA A LA MOVILIDAD DEL TRONCO..."* (fl. 48), e igualmente, fue remitida en esa fecha al especialista del *"DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS"* (fl. 50).

A folio 30 del expediente reposa carta de fecha 21 de septiembre de 2016, suscrita por el Médico Especialista de Salud Ocupacional de la EPS dirigida a la empresa demandada, la que fue recibida por la entidad el 22 de ese mismo mes y año, en la que le informa que la señora Rubiela Merchán Sánchez *"cursa con patología perteneciente al grupo OSTEOMUSCULAR a nivel de columna Lumbar, y Hernia umbilical"* –Negrilla fuera de texto–, y le da a conocer las *"recomendaciones laborales para ser tenidas en cuenta en el ambiente laboral y extralaboral"*, tales como, *"Procurar evitar desplazamientos por tramos largos, terrenos irregulares, subir y bajar escaleras en forma continua, tanto en ambiente laboral como doméstico"*, *"Alternar postura bipeda a sedente (sedente y de pie) Mínimo cada 60 minutos. No permanecer en ninguna de estas posiciones más de dos horas continuas en caso de ser necesario"*, *"Al estar de pie, mantener los pies ligeramente separados; rodillas relajadas, si permanecer más de dos horas de pie, se sugiere descargar el peso en cada pierna, ubicándola sobre un escalón, "Debe tener abdomen contraído, mantener espalda recta"*, *"Se sugiere no adoptar posturas fisiológicamente riesgosas (Cucullas, arrodillado)"*, *"Se sugiere manipular cargas: Alzar, arrastrar, empujar o halar objetos de máximo de 05 kg en forma continua o repetida"*, *"Levantar y transporta cargas con latencia adecuada (espalda recta y flexión de rodillas) de máximo 10 kg, si la manipulación de carga es frecuente (máximo 5 kg)"*, *"Permitir realizar rotaciones en las diferentes labores asignadas por meses para un mayor descanso de grupos musculares"*, *"Optimizar elementos de trabajo que promueva la disminución de la exigencia física en el trabajador"*, *"Se sugiere no realizar actividades que requieran hiper extensión de miembros superiores por encima del*

cuello y que generen sobre estiramiento de la columna”, “A través de su IPS primaria o empresa debe ser instruido en mecánica corporal e higiene de columna para mantener posturas y realizar los movimientos de columna de forma adecuada”, “Pausas laborales cada dos (2) horas por 10 minutos para realizar ejercicios de estiramiento muscular, que permitan romper con la continua demanda física, lograr relajación de la región dorsal, lumbar y de miembros superiores para un mejor control postural”, “Realizar diariamente plan casero de ejercicios instruidos por fisioterapia”, “Se sugiere jornada laboral de máximo 8 horas efectivas día. Laborar únicamente 48 horas semana”, “Por parte de la empresa proveer las condiciones adecuadas para el buen desempeño del trabajador”, “Procurar no transportarse en vehículos que generen vibración o equipos y maquinarias que generen la vibración en todo el cuerpo”, “Procurar no realizar labores donde se requería realizar esfuerzo con las manos que involucre rotación de la columna”, “Se sugiere la práctica de deportes en los que no se involucre choque o contacto personal como football, baloncesto, voleibol”, “Utilizar calzado cómodo y liviano, sin que afecte la seguridad industrial de la empresa”, “Control adecuado de peso. Y Fortalecimiento de la musculatura abdominal”, y “Continuar controles médicos”, -Negrilla fuera de texto-; además, le indicó que debía “Solicitar apoyo de salud ocupacional de la empresa Y/O ARL para la adopción de estas medidas” -Negrilla fuera de texto-; e igualmente, le puso de presente que tales recomendaciones “se deben mantener por seis (06 meses) a partir de la fecha de expedición”, y que el “usuario requiere a la terminación de vigencia, valoración por parte de su médico tratante con el fin de definir necesidad o no de prórroga de las mismas”-Negrilla fuera de texto-.

Reposa requerimiento efectuado por la EPS a la trabajadora de 14 de febrero de 2017 sobre la importancia de cumplir con la entrega de los documentos que allí se relacionan dentro de los siguientes 30 días, so pena de entender que desiste de la calificación de sus patologías (fl. 33). Dicho requerimiento fue radicado por la trabajadora ante la empresa demandada al día siguiente (15 de febrero de 2017), como consta en el recibido de esa misiva a folio 34 del plenario.

La demandante presentó derecho de petición a la EPS el 25 de abril de 2017, para que se le informara el motivo de la cancelación de su cita de medicina laboral (fl. 51-54). En respuesta dada por la EPS FAMISANAR a la demandante, de fecha 27 de abril de 2017, le indica que la cita de medicina laboral fue cancelada porque a partir de noviembre de 2016 cuando se trata de emisión de recomendaciones laborales como es el caso de la actora, se procede a realizar un “peritaje a la historia clínica del paciente”, y en atención a ello, le expidió nuevamente recomendaciones laborales a partir del 20 de abril de 2017, con una vigencia de 3 meses. Y frente al proceso de calificación de origen le indica que se comunicará con ella “para validar los documentos que la empresa debe enviar y los soportes que usted como usuario debe adjuntar”; no obstante, en ese mismo escrito le informa cuáles son los

documentos que deben ser aportados por parte de la empresa empleadora y cuáles por la demandante, y le menciona que una vez la EPS cuente con todos los soportes se procederá a dar trámite a la calificación de origen; para lo cual, le señala que de conformidad con la Ley 1352 de 2013, artículo 30, el empleador debe aportar *"Formato Único de Presunta Enfermedad profesional (FUREP) (ARL)"*, *"Exámenes de ingreso, periódicos y/o retiro"*, *"copia contrato de trabajo (especificar la jornada laboral)"*, *"Descripción del uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos si se requiere"*, *"Certificado de cargos y funciones"*, *"Análisis de Puesto de Trabajo con énfasis en el riesgo de la patología en estudio, que se ajuste a las GATISO, si la patología lo amerita y si a ello hubiere lugar (ARL)"*, *"Historia Clínica ocupacional"*, *"Matriz de peligros"*, *"Hoja de seguridad de los químicos o materiales a los que está expuesto el trabajador"*, *"Informe de investigación del Accidente de Trabajo (si se requiere)"* (fl. 39-40).

En atención a lo anterior, la demandante el 26 de mayo de 2017 presenta derecho de petición a la empresa empleadora para que le permita tener acceso a los documentos que requiere para su calificación y que deben ser aportados por OCATI SA a la EPS para dicho trámite, y le relaciona los enlistados por la EPS (fls. 87-90). En respuesta dada por la empresa a la demandante el 3 de junio de 2017, le informó que como la *"petición obedece a una documentación generada de un vínculo laboral ya no existente"*, se atiene a la respuesta que le dio la EPS a ella, y por ser *"un trámite entre la institución EPS y OCATI SA"*, procederá a *"solicitar el desarchivo de documentación previa solicitud de FAMISANAR"*, por lo que queda a la espera de que dicha EPS solicite formalmente los documentos (fl. 91-92).

La empresa con carta del 3 de noviembre de 2017 allega a la EPS FAMISANAR, según lo que allí consigna, los documentos que le fueron requeridos para la calificación de origen de las enfermedades que padece la actora (fl. 216); no obstante, con escrito del 23 de enero de 2018 OCATI SA informa a la EPS que no pudo allegar el análisis de puesto de trabajo con énfasis osteomuscular y con ángulos de movimiento porque el mismo debe aportarlo la ARL y si bien esta le solicitó contactar a la demandante no se pudo realizar tal estudio en razón a que el vínculo laboral ya no existía para esa calenda; de otro lado, señaló que de ser viable el estudio de puesto de trabajo por parte de la ARL, no es posible tener algún vínculo con el personal que no labora dentro de las instalaciones (fl. 217-218). Así mismo, obra comunicación de la misma fecha, en la que OCATI S.A. le informa a la ARL Colmena que para la realización del estudio de puesto de trabajo debe solicitarlo formalmente mediante papelería de la ARL, y no por correo electrónico ni llamadas telefónicas; además, le señala que no accederá a

"autorizar el ingreso a personal ajeno a la empresa y cualquier estudio o inspección del puesto de trabajo de realizarse por intermedio de un delegado de la ARL, en la solicitud escrita debe especificar que dicha actividad no compromete a Ocati SA, pues es evidente que está por fuera del marco legal" (fl. 220). Finalmente, mediante escrito del 14 de abril de 2018 la empresa demandada allega a la EPS el estudio de puesto de trabajo (fl. 221).

El médico ocupacional de la empresa demandada en su escrito de folio 195 señala que durante la vigencia de la relación laboral de la actora la atendió en 3 oportunidades, en examen de ingreso del 1 de febrero de 2013, y exámenes periódicos del 26 de febrero de 2016 y 26 de marzo de 2017; la empresa solo aportó este último (fl. 36-38). En esta valoración se relacionan como acciones realizadas por la trabajadora *"HALAR, LEVANTAR Y EMPUJAR"*, y refiere la exposición a riesgos biomecánicos como *"Posturas Forzadas"* y *"Movimientos"*; igualmente, consigna como *"ANTECEDENTES"*, *"DOLOR LUMBAR RECURRENTE CON HERNIA DISCAL POR RMN"* y *"DOLOR MUÑECA IZQ RECURRENTE CON ECOGRAFÍA QUE MUESTRA TENDINITIS"*, enuncia como diagnósticos, *"HIPERTENSIÓN ESENCIAL"*, *"ARRITMIA CARDIACA"*, *"TRASTORNOS DISCOS INVERTEBRALES NO ESPECIFICADOS"*, *"LUMBAGO NO ESPECIFICADO"*, *"PTERIGION"*, *"AUMENTO ANORMAL DE PESO"* *"OBESIDAD GRADO I"* y *"TENOSINUVITIS MUÑECA IZQ"*; finalmente, ordena examen por salud ocupacional, por medicina general, nutricionista y ortopedia, y además, ordena *"INGRESAR AL SISTEMA DE VIGILANCIA O AL PROGRAMA DE PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN"*, para hacer vigilancia a nivel *"CARDIOVASCULAR"* y *"ERGONÓMICO"*.

En manual de funciones y perfil del cargo de operario de fruta pequeña de la empresa demandada, visible de folios 165 a 170, se indican entre otras funciones, las de clasificación de fruta pequeña, verificar la calidad de la fruta clasificada, cumplir con los niveles de productividad promedio en la clasificación de la fruta, realizar labores de aseo y limpieza de su área de trabajo, prestar apoyo al área de fruta grande, en selección y clasificación de frutas grandes.

A folios 223 a 234 del plenario obra análisis de puesto de trabajo realizado por la ARL el 5 de febrero de 2018 en el que se indica que la demandante laboraba un promedio de 8.5 horas ordinarias diarias que equivalen a 51 horas semanales y 10 horas extras a la semana (2 diarias), es decir 61 horas semanales. Como pausas activas se dice que eran de 5 minutos al ingreso de la jornada y a las 3:30 pm para jornada larga, aunque a veces no se hacían. Además, se menciona que la demandante empleaba 45.5% del día para clasificación y 45.5% para empaque de lunes a jueves, el viernes pelar uchuva durante todo el día, y el

sábado empaque manual de uchuva todo el día. Igualmente se indica que la labor de clasificación que se realiza 4 horas diarias de lunes a jueves la hace en postura sentada en silla de madera; frente a la labor de empaque, cuando era por intermedio de máquina (martes) se podía hacer sentada o de pie; el empaque de uchuva pelada en empaque transparente (lunes) se realizaba manualmente con postura sedente; el empaque en canastilla con capacho (miércoles y jueves) se efectúa en postura sedente de manera manual; pelar uchuva (viernes y sábados 3 horas) en postura sedente; y que dos veces a la semana (4 horas cada día) apoyaba la labor de empaque de fruta grande, en postura de pie. De otro lado, se indica que la trabajadora debía hacer aseo cada 8 o 15 días junto con otra compañera, para lo cual debía barrer y trapear el área de uchuva 4 veces en la jornada, en un espacio de 30 metros de largo por 20 a 30 metros de ancho, entre otras labores de aseo que le implicaban posturas de pie y agachadas.

Finalmente, el dictamen de calificación de origen de los padecimientos de la demandante, expedido por la EPS FAMISANAR el 28 de febrero de 2018 (fl. 41-45), se describe como enfermedad actual y evolución "ANTECEDENTE LABORAL DE 60 MESES SEGÚN FURAT, PRESENTANDO EXPOSICIÓN A RIESGO BIOMECÁNICO PRINCIPALMENTE", y que "PRESENTA SINTOMATOLOGÍA EN SEGMENTO MIEMBRO SUPERIOR Y COLUMNA LUMBOSACRA" para lo cual se indica que se realizaron estudios, valoraciones médicas y manejo pertinente. En dicho dictamen se determinó que las siguientes enfermedades son de origen "LABORAL", 1. "TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA", 2. "LUMBAGO NO ESPECIFICADO", 3. "EPICONDILITIS MEDIA" y 4. "OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS", como quiera que estuvo bajo exposición de "RIESGO OCUPACIONAL DADO POR POSTURA FORZADA A NIVEL DE SEGMENTO MIEMBRO SUPERIOR DE MANERA BILATERAL Y MOVIMIENTOS ARTICULARES REPETITIVOS CON ESTOS AL IGUAL QUE MANEJO DE CARGAS EN LA MAYORÍA DE SUS TAREAS, LO QUE SE CONSIDERA FACTOR DE RIESGO OCUPACIONAL SUFICIENTE PARA EL DESARROLLO DE LAS PATOLOGÍAS EN MENCIÓN PARA SEGMENTO MIEMBRO SUPERIOR Y COLUMNA LUMBOSACRA, CUMPLIENDO CON LO DESCRITO EN LAS GUÍAS DE ATENCIÓN INTEGRAL BASADA EN LA EVIDENCIA PARA DESÓRDENES MUSCULOESQUELÉTICOS (DME) RELACIONADOS CON MOVIMIENTOS REPETITIVOS DE MIEMBROS SUPERIORES (SÍNDROME DE TÚNEL CARPIANO, EPICONDILITIS Y ENFERMEDAD DE DE QUERVAIN (GATI- DME) Y HOMBRO DOLOROSO (GATI- HD) RELACIONADO CON FACTORES DE RIESGO EN EL TRABAJO Y LAS GUÍAS DE ATENCIÓN INTEGRAL BASADA EN LA EVIDENCIA PARA DOLOR LUMBAR INESPECÍFICO Y ENFERMEDAD DISCAL RELACIONADOS CON LA MANIPULACIÓN MANUAL DE CARGAS (GATI- DLI- ED) Y OTROS; FACTORES DE RIESGO EN EL LUGAR DE TRABAJO, SUMADO AL

TIEMPO DE EXPOSICIÓN VS APARICIÓN DEL CUADRO CLÍNICO". Finalmente, se enuncia que para emitir tal concepto se tuvo en cuenta *"LO DESCRITO EN FURAT, EXÁMENES MÉDICOS OCUPACIONALES DE INGRESO - PERIÓDICOS, VALORACIONES POR ESPECIALISTAS EN EPS, DESCRIPCIÓN DE CARGOS Y FUNCIONES ENTRE OTROS"*, por lo que procedió a calificar con base en la *"DOCUMENTACIÓN APORTADA"*, y en el entendido de que de que no existe un primer dictamen según la información dada por la paciente.

Además, aparecen acreditadas las siguientes incapacidades médicas, (fls. 14, 164, 173):

- Del 8 al 27 de enero de 2016 (20 días) por cirugía de cálculo de la vesícula biliar.
- Del 28 al 30 de enero de 2016 (3 días) por estado postquirúrgico.
- Del 22 de abril de 2016 (1 día), sin diagnóstico.
- Del 13 al 14 de junio de 2016 (2 días) por cálculo en la vesícula.
- Del 6 al 8 de julio de 2016 (3 días) por lumbago no especificado.
- Del 23 al 26 de julio de 2016 (4 días) por lumbago no especificado.
- Del 1 al 2 de agosto de 2016 (2 días) por hernia umbilical.
- Del 12 al 14 de agosto de 2016 (3 días) por lumbago no especificado.
- Del 4 al 18 de octubre de 2016 (15 días) por hernia ventral.
- Del 21 al 23 de octubre de 2016 (3 días) por enfermedad general.
- Del 28 de noviembre al 1º de diciembre de 2016 (4 días), sin diagnóstico.
- Del 19 al 21 de enero de 2017 (3 días), por degeneraciones especificadas de disco intervertebral.
- Del 21 al 23 de marzo de 2017 (3 días) por lumbago no especificado.

Ahora bien, la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que después de la desvinculación con Ocati SA, y hasta antes de la cuarentena, cuidó *"un niño"*, pues dado su estado de salud no ha podido vincularse por intermedio de una empresa. De otro lado, aceptó que no se realizó el examen de egreso *"porque ya tenía yo las hernias discales en la columna vertebral y el problema de la mano y no me lo practiqué por eso"*.

A su turno, el representante legal de la demandada, cuando se le indagó acerca del cumplimiento de las recomendaciones laborales expedidas por la EPS a la trabajadora durante 6 meses contestó que la empresa *"de acuerdo con el programa de salud y seguridad en el trabajo, seguimos las recomendaciones de la ARL con respecto a enfermedades profesionales, usted me hace una pregunta acerca de una EPS y esa información no es de conocimiento de la empresa, durante el tiempo que Rubiela Merchán estuvo laborando con nosotros en OCATI, no tuvimos ninguna información de una enfermedad profesional"*, y al

ponérsele de presente las recomendaciones de folio 30, agregó *"nosotros recibimos la información de enfermedades profesionales a través de la ARL y no a través de la EPS, este documento yo no estaba consciente de que existía"*, y reiteró que *"como política de la empresa seguimos las recomendaciones de la ARL con respecto a enfermedades profesionales, ese el conducto regular que nosotros seguimos, entonces un documento de la EPS dentro de nuestro sistema de salud y seguridad en el trabajo no es válido"*.

La testigo MARÍA FANNY ARÉVALO VALBUENA, directora de talento humano de OCATI SA, frente al trámite que le dan a las recomendaciones emitidas por la EPS, expuso que el área de talento humano se reúne con el supervisor y la persona encargada de seguridad y salud del trabajo, para definir qué es lo que se les recomienda, *"y de acuerdo a eso se ubica a la persona nuevamente, se hace el seguimiento cuando ya se van a terminar las recomendaciones, porque normalmente eso viene con unas fechas a veces algunos dicen 3 meses o 6 meses dependiendo y ahí entonces faltando pues unos 15 días o algo así, se llama al trabajador y se dice mira tus recomendaciones se van a vencer, pero en este caso por ejemplo como la de Doña Rubiela, como era un postoperatorio, en esos casos no se llaman, solamente en personas que están en proceso de calificación de enfermedad profesional, donde se les hace seguimiento cada vez que se van venciendo estas recomendaciones"*; aceptó que la empresa recibió las recomendaciones médico-laborales emitidas por la EPS el 21 de septiembre de 2016; respecto a las pausas activas indicó que se realizaban al ingresar *"a la planta y ahí hay una persona del comité, del COPASO, que siempre dirige las pausas y se hace 5 minutos se pausa activa, en esa época, pues lo hablo porque ahora se han implementado más pausas en el transcurso del día, pero en el momento que estuvo la señora Rubiela vinculada no, pero si se quedaban en horas extras a las 3:30 se paraba y se hacía otra pausa activa, pues porque íbamos a durar más de las 8 horas de la jornada"*, y que *"las únicas personas que les hacemos firmar la planilla son a las personas que están reubicados laboralmente o están en proceso de calificación, por ejemplo que tiene que hacer pausas cada dos horas, nosotros les pedimos el favor a los colaboradores y ellos llenan una planilla, y eso debe quedar en su hoja de vida, porque es el soporte de esas recomendaciones que el trabajador viene haciendo, pero solamente son esos casos muy puntuales, por lo demás no"*. Negó que la EPS o la trabajadora le hubiesen comunicado a la empresa la existencia de una afección de salud o de enfermedades, y que como la terminación del contrato de la trabajadora se dio por no prórroga del contrato no se tuvieron cuenta esas recomendaciones en ese momento, porque *"esas recomendaciones pues eran parte de unos procesos que ella traía de sus enfermedades normales de sus cirugías"*, por lo que eran *"recomendaciones normales, en ninguna parte nos estaba diciendo que iniciaban un proceso de calificación"*, y agrega que cuando las recomendaciones *"vienen de la ARL, cuando ya es un trabajador que está calificado, nosotros pues tenemos en cuenta como esas fechas, pero ya dentro de los procesos de la ARL, pues donde se dice que esa persona no se puede tocar, esa persona está en su proceso, pero en caso de la señora"*

Rubiela Merchán como le comento, ella llegó con estas recomendaciones, se siguieron al pie de la letra, pero realmente en el contrato pues no se renovó en su momento en febrero", e indicó que no gestionaron trámite alguno con la ARL para que un médico validara tales recomendaciones porque eso no le competía a la empresa, y que lo que hace "básicamente pues que el médico salud ocupacional que es el que la empresa tiene, hace sus exámenes periódicos y él es quien las va revisando", ya que no debe "iniciar ningún otro trámite, pues porque es un tema es un trabajador que está yendo a su EPS y pues le están dando unas recomendaciones".

Finalmente, el testigo CARLOS ARTURO CANTOR HERRERA, médico de salud ocupacional de la empresa OCATI durante varios años, indicó que atendió a la demandante 3 veces, el examen de ingreso y dos exámenes periódicos, y que la última vez que la atendió fue en marzo de 2017, y que "de acuerdo con la historia clínica" ella "manifestaba como **antecedentes un dolor lumbar recurrente**, una hernia discal, manifestado se había citado con una resonancia que la paciente en esos momentos no presentó, tenía antecedentes de varices, antecedentes de una colecistomía en el 2016, una hernia umbilical en el 2017, y al examen físico se encuentra pues **una paciente con un dolor lumbar en la movilización**, se encuentra una paciente con un índice de masa corporal alto, una HTA controlada y se hace las respectivas remisiones y recomendaciones para que se haga su seguimiento", y que en esa consulta la paciente le refirió "una tendinitis en la muñeca izquierda"; que dio recomendaciones "de acuerdo a las patologías que ella tiene para que esas patologías no se agraven o incluso mejoren, entre ellas pues todo lo que tiene que ver con la parte **postural**, en el caso de la **columna**, en la parte de sobrepeso y obesidad, la dieta, de hábitos saludables y se remite a los especialistas para que le hagan su seguimiento y le hagan sus tratamientos y determinen qué otras recomendaciones se necesita para mejorar su estado de salud"; aclaró que hacía la "remisión por ejemplo en este caso, al especialista en **ortopedia** y a la nutricionista, para que ellos la valoren, hagan un diagnostico mucho más específico que el que yo hago en la consulta mía, y **den las recomendaciones respectivas para que su patología no se agrave o inclusive mejore, sobre todo en la parte lumbar**, y en la parte nutricional que repercuten a su vez en la parte lumbar, pero ella **podía seguir laborando con las respectivas recomendaciones**", y "de ahí la importancia de que se hicieran las recomendaciones dadas para que esta paciente siguiera, pues no empeora su estado de salud o no tuviera inconvenientes más adelante con sus patologías", y que en el caso de la demandante "está la vigilancia a nivel de nutrición y a nivel ergonómico, entonces las empresas se encargan de empezar a hacer esa vigilancia y a tomar medidas para que en los trabajadores, esas patologías sean encontradas o no se agraven o por el contrario mejoren, entonces lo que se llaman las pausas activas, el análisis del puesto de trabajo, las sillas ergonómicas, evitar movimientos repetitivos, en fin, **todas las recomendaciones que se hacen cuando uno cita vigilancia ergonómica**, y en el caso nutricional, dieta, hábitos saludable, ejercicio y valoración con los especialistas", sin embargo, no tenía conocimiento si la empresa acató las recomendaciones que él realizó a la actora,

pero lo que sí sabía era que “la empresa tiene un programa de seguimiento a los pacientes a través de los sistemas de vigilancia tecnológica, en este caso ergonómico, que es lo que le comenté anteriormente, las pausas activas, evitar los movimientos repetitivos y los hábitos saludables, ya específicamente con la paciente no, porque se hacen los exámenes periódicos y uno entrega las recomendaciones pero de ahí para allá no se hace más”. Agregó que no tuvo conocimiento que la señora Rubiela Merchán tuviera otras recomendaciones médico-laborales, diferentes a las que él dio, como tampoco la empresa se lo puso en conocimiento. Finalmente, señala que la actora no se presentó a los exámenes médicos de retiro.

De manera que la existencia de enfermedades y padecimientos de la demandante es un hecho demostrado y que no puede ser puesto en duda, pues así se desprende, no solo de la historia médica aportada al plenario, sino que son confirmadas en la calificación de origen de las patologías que realizó la EPS FAMISANAR a que antes se hizo mención.

La cuestión que debe abordarse ahora es establecer si esos padecimientos le produjeron un estado de debilidad manifiesta o una situación de discapacidad o de limitación física, conceptos que solamente es posible deducirlos a partir de la situación particular que se logre demostrar dentro del proceso respectivo, criterio que ha sido expuesto por la Corte Constitucional que, en sentencia T-190 de 2012, manifestó que para el derecho *a la estabilidad laboral* “basta que esté probado que su situación de salud **les impide o dificulta sustancialmente** el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’ pronunciamiento reiterado en sentencia T-368 de 2016, debiendo remarcar esta Sala la exigencia de que la situación de salud impida o dificulte **sustancialmente** el desempeño de su labor; y sustancial quiere decir lo más importante de una cosa, con lo que se descarta que cualquier dolencia produzca ese estado.

Siguiendo esos lineamientos considera la Sala que la demandante para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, 4 de febrero de 2017, sufría de patologías debidamente diagnosticadas hasta ese momento. Entre ellas se destaca los problemas lumbares, cuyos malestares surgieron en el año 2016, con fuertes dolores, frecuentes y **continuos**, aproximadamente desde el mes de enero de ese año, sin que encontrara mejoría a pesar de los medicamentos y terapias que le realizó la EPS, y que fue reafirmado en las consultas de 1º de agosto de 2016, y en la del 3 de agosto siguiente, cuando fue atendida por un ortopedista, quien se refirió al dolor en la región lumbar con 8 meses de

evolución, no solo a la palpación sino que el mismo le limitaba la movilidad a la flexión del tronco, aunado a que presentaba una discopatía L4-L4 y L5-S1 con cambios artrósicos, según la radiografía aportada a esa consulta, por lo que determinó la necesidad de iniciar tratamiento médico consistente en terapias físicas, recomendaciones e incapacidad, y por contera confirmó otros diagnósticos anteriores de la paciente como el síndrome del túnel carpiano y la epicondilitis lateral(fl. 20); las dolencias lumbares se ratificaron en el documento de folios 22 y 23, en el que se alude a la alteración *“MIOCINEMATICA DORSAL Y LUMBAR”* y *“POSTURAL”* **con dolor localizado y continuo en la región lumbar, y en el arco de movimiento completo, con una intensidad de 8/10;** se determina una escoliosis postural prolongada bípeda y sedente, cuya *“CRONICIDAD”* limitaba de forma moderada las actividades de su vida diaria laboral, por lo que dio continuidad a las terapias físicas y recomendaciones que implicaban evitar trabajos físicos pesados, levantar cargas, posturas forzadas a nivel de columna, movimientos de flexión y rotación del tronco y posturas estáticas; terminado tal tratamiento, en cita del 29 de agosto de 2016 **se confirmaron los diagnósticos de lumbago no especificado, postura anormal, otras dorsalgias, y escoliosis no especificada,** con **la misma intensidad de dolor (8/10),** razón por la cual el médico tratante ordenó una segunda sesión de terapias y las mismas recomendaciones; y una vez concluida esta, en cita del 12 de septiembre de 2016, al advertirse que la paciente continuaba con el dolor localizado y continuo, con una intensidad de 7 sobre 10, se optó por continuar el tratamiento y las recomendaciones antes referidas (fl. 25); de igual modo, ante la persistencia de las dolencias, el 21 de septiembre de 2016 fue valorada por el médico especialista en salud ocupacional o médica de trabajo, por remisión hecha por ortopedia, en la que finalmente se dan recomendaciones laborales por un período de 6 meses, contados a partir de su expedición, y se dispuso el tratamiento médico pertinente, para lo cual, ordenó la realización de radiografía de hombro, resonancia nuclear de columna lumbosacra y ultrasonografía articular de hombro (fl. 26-29), dos de las cuales se realizaron el 6 y el 22 de diciembre de 2016, con hallazgos de tendinosis de la cabeza del tendón largo del bíceps izquierdo, bursitis y artropatía de hombro izquierdo (fl. 31), y discoatrosis, abombamiento concéntrico L4-L5, y protrusión discal central L5-S1 (fl. 32). Es cierto que en la historia clínica se habla de otras enfermedades, como hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena, pero también consta que frente a esta patología se le practicó una cirugía en octubre de 2016, sin que haya constancia de secuelas o persistencia

de la enfermedad. De otro lado, no puede negarse que el 21 de septiembre de 2016 se le expidieron a la trabajadora unas recomendaciones por el término de seis meses, cuyos pormenores y alcance ya fueron señalados en esta providencia. También vale precisar que finalmente la EPS calificó el origen de los padecimientos de la demandante relacionados con la columna, el túnel carpiano, epicondilitis, sinovitis y tenosinovitis como laboral o profesional, y si bien esa calificación tiene fecha de 28 de febrero de 2018 (fl. 41-45), es claro que se refiere a padecimientos que se habían diagnosticado en vigencia del contrato de trabajo pues en la historia clínica y en los exámenes se habla de falencias en el túnel carpiano y epicondilitis (consulta de ortopedia del 3 de agosto) y de bursitis en los exámenes clínicos de diciembre de 2016, aunque no hay mayores detalles sobre las características, evolución y estados de esas dolencias ni de sus repercusiones en el ámbito laboral.

En este punto es importante reiterar que la simple existencia de enfermedades no es suficiente para proclamar la estabilidad laboral reforzada pues se requiere que estas impidan o dificultan sustancialmente el desempeño de las labores. Y es aquí precisamente donde surgen elementos que ponen en entredicho la existencia de aquella situación en el caso concreto. Para empezar, el documento médico de folios 22 y 23 se refiere a las enfermedades y agrega que producen una limitación de forma moderada, siendo que a juicio de este Tribunal ese concepto (moderada) se opone a la noción de sustancial, y sin perder de vista que esa apreciación corresponde a un momento concreto, pero se aclara que este no dista mucho de la fecha en que se terminó el contrato. De igual modo, en la constancia médica de folio 18 se habla de *"ligera roto escoliosis"*, debiendo remarcarse la expresión *"ligera"* como contraria a severo o sustancial. A lo anterior se agrega que el señalamiento de las enfermedades no viene acompañado de explicaciones adicionales sobre la gravedad, grado de avance y repercusiones en la vida de la trabajadora, sin que pueda la Sala llenar ese vacío de información pues carece de los conocimientos para ello. Pero si vamos a las recomendaciones médico laborales se encuentra que allí tampoco se puede deducir de manera inequívoca que la afectación de salud de la actora fuera sustancial, porque una de las recomendaciones se refiere precisamente a la *"la práctica de deportes en los que no se involucre choque o contacto personal como football, baloncesto, voleibol"* situación que a juicio de este Tribunal impide calificar el impacto laboral de esas dolencias como sustancial o incapacitante, pues si contemplaba la práctica de cualquier deporte con excepción de los allí mencionados, lógicamente no podía

entenderse limitada para ejercer las funciones laborales a su cargo. Aparte de que en realidad las recomendaciones no denotan en sí mismas la existencia de una limitación sustancial pues están referidas a aspectos de meras precauciones para evitar un agravamiento de la condición de la paciente. Es cierto que la expedición de recomendaciones laborales es un factor que debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar las limitaciones, en tanto aquellas comportan la configuración de algún tipo de limitación, pero estas en sí mismas no pueden llevar de manera inexorable a concluir la limitación sustancial, que es la que exige la jurisprudencia para que sea viable la protección, por lo que hay que analizar el contenido en su totalidad, y no de manera aislada alguno de sus componentes; y cotejarlas con el contexto probatorio general. De modo que aunque el contrato de trabajo se dio por terminado estando vigentes esas recomendaciones, ello en modo alguno es suficiente para concluir que la terminación del contrato sea ineficaz, pues de esas recomendaciones no se colige la limitación sustancial que aduce la demandante.

Es pertinente aclarar que la situación no varía por el hecho de que los padecimientos sean de origen profesional, como sin lugar a dudas lo son las enfermedades aquí establecidas, pues también en este caso es necesaria la afectación sustancial, que es el elemento que no se encuentra acreditado, a juicio de la Sala.

En cuanto al documento de fecha 4 de noviembre de 2017 en el que consta que la trabajadora fue remitida a neurocirugía debido al dolor constante que tenía sin mejoría alguna a pesar de los tratamientos recibidos, el que incluso le produjo limitación **severa** en la movilidad del tronco y marcha con cojera, e igualmente se remitió al especialista del dolor y cuidados paliativos (fl. 48-50), debe decirse que esta pieza no puede ser tenida para establecer la gravedad de la afectación pues corresponde a una fecha muy posterior a la terminación del contrato de trabajo.

Y aunque la demandante estuvo incapacitada por esas esas patologías, del 6 al 8 y del 23 al 26 de julio de 2016 (7 días), del 1 al 3, 12 a 24 y 29 de agosto de 2016 (7 días), del 21 al 23 de octubre de 2016 (3 días), del 28 de noviembre al 1º de diciembre de 2016 (4 días), y del 19 al 21 de enero de 2017 (3 días), incluso, luego de ser reintegrada por orden de tutela fue incapacitada del 21 al 23 de marzo de 2017 (3 días), no se advierte un patrón que permita inferir a

partir de estos hechos la gravedad de las limitaciones.

Ahora, debe tenerse como demostrado que la empresa conocía la situación de salud de la actora, como se deduce de lo dicho por el médico de salud ocupacional Carlos Arturo Cantor Herrera, y de lo que certifica en su examen periódico del 27 de marzo de 2017, es decir, luego del reintegro laboral que como se dijo fue el 15 de marzo de 2017, en el que consignó de manera inequívoca que la trabajadora tenía como **antecedentes**, entre otros, **dolor lumbar recurrente y dolor en la muñeca izquierda recurrente** relacionada con una tendinitis; a lo que se suma que señora María Fanny Arévalo Valbuena en su declaración aceptó recibir las recomendaciones dadas por la EPS el 21 de septiembre de 2016, documento en el que se consigna la existencia de una patología a nivel de la columna lumbar. Pero esto no es suficiente para acceder a la protección solicitada porque, se insiste, lo que se echa de menos es la falta de demostración de la sustancialidad de la limitación. Por esta misma razón tampoco se tiene la conducta de la demandada en cuanto a no observar rigurosamente las recomendaciones impartidas, la dilación en la expedición de unos documentos y su creencia equivocada de que solamente debía acatar las sugerencias de la ARL, como circunstancias para calificar el despido de ineficaz.

Tampoco se puede pasar que el testigo médico Carlos Arturo Cantor Herrera señaló en su declaración, es que la actora *“podía seguir laborando con las respectivas recomendaciones”, y “de ahí la importancia de que se hicieran las recomendaciones dadas para que esta paciente siguiera, pues no empeora su estado de salud o no tuviera inconvenientes más adelante con sus patologías”,* de lo que se infiere que no estaba limitada sustancialmente, tan es así que no se le reubicó en su puesto ni se le reasignaron funciones, sin que aparezca acreditado tampoco que tal situación agravara su estado.

Visto el anterior panorama, la Sala estima que no hay lugar a la protección constitucional ni se abre paso el fuero de estabilidad ocupacional reforzada.

Así queda estudiado el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

Costas en esta instancia se imponen a la demandante. Por agencias en derecho se fija la suma de \$200.000.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 24 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de RUBIELA MERCHÁN SÁNCHEZ contra OCATI S.A, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo de la demandante. Por agencias en derecho se fija la suma de \$200.000.

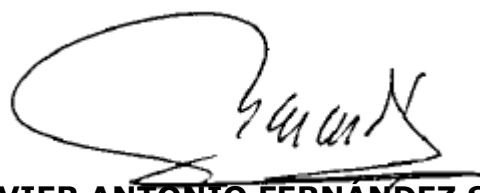
TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria