

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ZULMA ROCÍO BELTRÁN CASTELLANOS CONTRA CREPES & WAFFLES S.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2018-00034**-06.

Bogotá D. C. nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

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 la sentencia del 5 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La señora Zulma Rocío Beltrán Castellanos instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad Crepes & Waffles S.A. con el objeto que se declare que entre las partes existieron tres contratos de trabajo vigentes del 12 de mayo al 11 de noviembre de 2016, del 12 de noviembre de 2016 al 12 de mayo de 2017, y del 13 de mayo al 5 de octubre de 2017; que el valor que recibía por concepto de propinas es constitutivo de salario; que fue despedida sin justa causa; y que se declare la ineficacia del despido por ser sujeto de especial protección dado su estado de salud; como consecuencia, solicita se condene al pago de reliquidación de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes a la seguridad social; y al pago de las indemnizaciones moratorias por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de las cesantías. De manera subsidiaria, solicita se declare que el contrato de trabajo continua vigente en atención a la ineficacia del despido por fuero de salud, y se condene al pago de salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha del despido hasta su reintegro (pág. 5-16 PDF 01).

- 2.** Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que entre ella y la sociedad demandada existieron tres contratos de trabajo a término fijo, entre las fechas antes referidas, que su salario básico mensual era la suma de \$722.000; y que también recibía mensualmente la suma de \$800.000 por concepto de propinas; no obstante, esta última suma no fue tomada en cuenta por la entidad para liquidar sus acreencias laborales, tales como cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, y aportes pensionales; de otro lado, indica que la demandada la despidió sin justa causa el 5 de octubre de 2017, sin que se solicitara autorización al Ministerio del Trabajo, como quiera que a la fecha de la desvinculación gozaba de protección especial por estabilidad laboral reforzada, por razones de salud, lo que era de pleno conocimiento de la empresa, y así se desprende de lo expuesto en fallo de tutela emitido por el Juez Primero Civil Municipal de Chía, Cundinamarca.
- 3.** La demanda fue presentada el 19 de enero de 2018 ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá; despacho judicial que con auto del 22 de febrero de 2018 la inadmitió; y luego de ser subsanada, mediante proveído de fecha 26 de abril de 2018, la admitió y ordenó la notificación de la demandada (págs. 58 y 62 PDF 01).
- 4.** El 4 de mayo de 2018 la demandante solicitó amparo de pobreza, para lo cual, la juez, con auto del 21 de junio de ese año, señaló el 10 de julio siguiente para que absolviera interrogatorio de parte, y en esa diligencia, decidió negar dicha solicitud, siendo apelada por su apoderado; no obstante, con auto del 12 de septiembre de 2018 este Tribunal confirmó la decisión de la juez (Cuaderno 02 Amparo Pobreza).
- 5.** La diligencia de notificación se surtió a la demandada de manera personal, el 3 de agosto de 2018 (pág. 70 PDF 01); en la contestación, de 21 de ese mes y año, se opuso a sus pretensiones; no aceptó ninguno de los hechos de la demanda; y manifestó que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por el término de 6 meses, el que se prorrogó en dos oportunidades; no obstante, si bien se prorrogó a partir el 12 de mayo de 2017, lo cierto es que contrato terminó el 2 de octubre de 2017 por decisión del empleador de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del CST, esto es, sin justa causa, y por ello asumió el pago de la respectiva indemnización; de otro lado, manifiesta que el salario de la trabajadora era únicamente la suma de \$722.000, que la compañía no realiza pagos por

propinas, a lo que se suma que *"las propinas no constituyen remuneración de los trabajadores por parte del empleador, todo lo contrario, se trata de dineros otorgados directamente por el cliente a favor de quienes intervienen en la cadena de servicio"*, y por ello no ha efectuado pagos prestacionales con base en esas propinas, y que a la empresa solo le corresponde *"colaborar con la organización y repartición de dichos dineros"*, y por ende, *"tiene la obligación de dar cumplimiento a una política de propinas que fue diseñada por los mismos trabajadores que intervienen en la cadena de servicio"*; y que de conformidad con la Ley 1935 de 2018 no tiene la obligación de liquidar los aportes a la seguridad social con base en los dineros que los trabajadores devengan por concepto de propinas; de otra parte, señala que cuando se terminó el contrato de trabajo de la actora, ella no tenía vigentes incapacidades, ni recomendaciones médico laborales, y menos aún alguna patología, por lo que no tenía la obligación de pedir permiso al Ministerio de Trabajo, máxime cuando no tenía conocimiento del estado de salud que ahora aduce la trabajadora, y que en la acción de tutela referida por la demandante se demostró que ella no gozaba de estabilidad laboral. Finalmente, propuso en su defensa las excepciones de mérito denominadas: inexistencia de la obligación y ausencia de causa, incumplimiento de la carga probatoria de acreditar la existencia de alguna omisión o incumplimiento por parte de la demandada, inexistencia de la obligación frente al pago de la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, improcedencia del reintegro, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, improcedencia del reintegro y de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 simultáneamente, prescripción, buena fe, pago y compensación (pág. 95-141 PDF 01).

- 6.** Con auto del 27 de septiembre de 2018 se tuvo por contestada la demanda, y se señaló para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 25 de enero de 2019 (pág. 242 PDF 01); no obstante, en atención a la acción de tutela presentada por la actora, el expediente se remitió a la Corte Suprema de Justicia (pág. 253-254 PDF 01), siendo devuelto por dicha Corporación, el 19 de febrero de 2019, por lo que la juez reprogramó la audiencia para el 31 de mayo de 2019.
- 7.** Sin embargo, el apoderado de la actora presentó nueva solicitud de amparo de pobreza, la que fue rechazada de plano en la audiencia programada, y ante el recurso interpuesto por el abogado, este Tribunal confirmó esa

decisión con proveído del 10 de julio de 2019 (Cuaderno 03 Amparo Pobreza).

- 8.** Con auto del 29 de agosto de 2019 se señaló nueva fecha para la audiencia del artículo 77 del CTPSS, fijándose el 15 de noviembre de ese año; no obstante, la misma se reprogramó para el 17 de enero de 2020 (pág. 261 PDF 01), fecha en la que la juez se declaró impedida para continuar con el conocimiento de este proceso (pág. 262-264 PDF 01); y luego de surtirse el trámite pertinente, este Tribunal con providencia del 28 de mayo de 2020 lo declaró infundado (pág. 283-289 PDF 01); razón por la cual, con auto del 23 de julio del mismo año, la a quo señaló el 8 de febrero de 2021 para la referida diligencia, fecha en la que finalmente se celebró; y se fijó el 22 de junio de ese año para audiencia de trámite y juzgamiento (pág. 294-297 PDF 01), siendo reprogramada para el 5 de octubre siguiente (PDF 08).
- 9.** La Juez Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, en sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas de la demanda, y condenó en costas a la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$200.000.
- 10.** Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que manifestó *“... itérese que este recurso muestra la inconformidad frente a la totalidad del fallo emitido en primera instancia, en ese sentido solicito al honorable Tribunal, acceder a todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta lo siguiente: Como eje del recurso, adviértase que no se discute la relación laboral, ni sus extremos temporales; en lo que tiene que ver con el estado de salud de la demandante, nótese que la misma Corte Constitucional como el Tribunal de cierre, esto es, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia 3992-2019 con radicado interno 77965 de septiembre 18 de 2019, adujo claramente que el juez está obligado a ver otros medios de prueba en lo que tiene que ver con la pérdida de capacidad laboral; por tanto, la Corte señaló que si bien los dictámenes de pérdida de capacidad laboral tienen un fundamento en la historia clínica y examen (sic) médicos de personas, esto no es una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable, por tanto, para establecer si existe pérdida de capacidad laboral o no, no es menester tener un dictamen con una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, al 25, o al 50%, basta con acreditar ese estado de indefensión, así mismo como lo refirió la Corte Constitucional en la sentencia del 2009, me refiero a la T-125, T-1023 de 2008 y T-597 de 2014, este panorama nos permite inferir que la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, una en su jurisdicción constitucional y la otra en su jurisdicción ordinaria, al unísono y paralelamente, y unificadamente, manifiestan que la pérdida de capacidad laboral en un dictamen no es definitiva ni es absolutamente vinculante, nótese que aquí el suscrito en dos*

oportunidades solicitó amparo de pobreza para acreditar esa pérdida de capacidad laboral, finalmente, en auto laboral del 2871 de 2020, con ponencia del doctor Fernando Castillo Cadena, manifestó que, el amparo de pobreza no se tramita incidentalmente, por tanto, aquí también se vulneró el derecho al debido proceso por cuanto el despacho de primera instancia, el a quo y el honorable Tribunal, dieron como tratamiento incidental en la solicitud de amparo de pobreza, cuando únicamente bastaba con la única afirmación, de que la persona se encontraba o que no tiene los recursos, simplemente bajo la gravedad de juramento se debe conceder el amparo de pobreza, no obstante, el suscrito en su momento allegó una serie de pruebas documentales y solicitó otras, pero, la aquí demandante no tuvo esa garantía ni por parte del honorable Tribunal ni por parte del despacho; adviértase que este despacho, la a quo, ordenó la prueba trasladada del expediente de tutela y en ese mismo expediente de tutela hay unas pruebas determinantes, y también se hicieron unas consideraciones importantes en el mismo fallo de tutela, luego, allí se indicó que el remedio era acudir ante la justicia ordinaria laboral, por tanto en esa misma prueba trasladada podemos encontrar las recomendaciones del 24 de mayo del 2017, la autorización 5086350, historia clínica de la accionante, la remisión del 7 de octubre de 2017, un concepto de salud ocupacional de la Fundación Santa María del 5 de octubre del año 2017, remisión del 25 mayo de 2017, validación de recomendaciones y restricciones ocupacionales de Crepes, carta de terminación de contrato, y por el otro lado, también podemos encontrar la relación de incapacidades y la carta de terminación del contrato, así pues, la convocada a juicio siempre tuvo pleno convencimiento y conocimiento de que la actora tenía una patología, de que la actora estaba enferma, y que estaba disminuida, a esa conclusión se llega luego de observar el documento del 17 de mayo del 2017, donde el nombre del trabajador es Zulma Rocío Beltrán Castellanos, se identifica y se da tratamiento de diagnóstico de tenosinovitis, valga aclarar que aquí no importa si esa tenosinovitis tiene o su origen es profesional o común, porque es que la estabilidad laboral reforzada no es determinante o no es determinable por el origen de la patología, aquí lo que interesa es que la persona está afectada en su salud, qué quiere decir ello, que yerra el despacho al pretender que la suscrita acreditara que era por una enfermedad laboral, porque la ley no distingue ello, la ley simplemente le dice cuál es el origen pero únicamente para determinar la responsabilidad, sería diferente que la aquí demandante estuviera pidiendo una indemnización plena de perjuicios, porque para ello sí toca acreditar el nexo causal y decir cuál es el origen, entonces no es cierto que la tenosinovitis no venga de la, es decir, no sea, no tenga una relación con la aquí trabajadora, por qué, porque es que la situación a la trabajadora en el documento, dice lo siguiente: colaboradora con diagnóstico de tenosinovitis actualmente se desempeña como auxiliar de mesa en el punto de ventas de Centro Chía, donde trabaja tiempo completo, con base en su diagnóstico se emiten las siguientes recomendaciones: uno, puede manipular cargas superior a 5 kg, de manera bimanual, y 3 kg de manera unimanual, durante el servicio puede apoyar de la siguiente manera, nótese que las funciones de la aquí demandante y lo declarado por la parte demandada en asocio con lo declarado por la testigo, permiten inferir que su labor fue entorpecida por causa de su enfermedad, independientemente de que haya sido laboral o

común, pues allí se dice, como recomendaciones, dice, debe tomar los platos de la barra con las dos manos, es decir bimanual, por ello no puede superar el peso de 5 kg, para transportar la bandeja apoye el brazo en el tronco y cadera, alterne los brazos para sostener la bandeja y pasar los platos a la mesa, no transportar más de dos platos en la bandeja, cargándola por lo menos en el tronco y la cadera al momento de llevar a las mesas o hacia el platero para el cargue y descargue, uno en la mano, no transportar más de 6 vasos en la bandeja con el brazo derecho, al momento de desmontar la losa en las zonas de apoyo, apoye la punta de la bandeja con la superficie de desmonte con el fin de disminuir el peso que sostiene en este momento, cargue la bandeja cerca del tronco, para el secado de cubiertos mueva el brazo en bloque y no solo en la mano; estas recomendaciones son absolutamente claras, pues estas recomendaciones tienen que ver obviamente con las funciones que desplegaba la aquí demandante Zulma Rocío, adviértase además, que el representante legal confesó que luego de estas recomendaciones no habían otras, y que si ella se despidió el 17 de mayo del año 2017, al momento de la terminación de la relación laboral sin mediar justa causa, seguían existiendo, nótese que esta misma recomendación, el mismo representante legal manifiesta que es indefinida, y ello también lo dice en el documento porque dice que tendrá vigencia mientras el médico tratante lo disponga; adviértase de que no hay otra recomendación y por tanto no hay alguna manifestación por parte del médico tratante donde diga que esas recomendaciones habían desaparecido; también se dice que deben hacerse unas pausas laborales, que no exceder más de 8 horas laborales al día, y que debe continuar diariamente su plan casero de registros incluidos por fisioterapeuta de la empresa, o EPS, o entidad, este mismo documento lo firma la fisioterapeuta de la sociedad convocada a juicio, la aquí demandante, y la gerente de ventas de Centro Chía. También se echa de menos como medio probatorio, del concepto de la Fundación Santa María, en la medicina laboral y el concepto de salud ocupacional, donde se manifiesta que la aquí demandante es auxiliar de mesa, es decir, era mesera, y qué funciones tenía o estaban afectadas en relación con su patología, dice: debe continuar manejo por ortopedia, valoración por medicina laboral para determinación de origen de enfermedad, no realizar movimientos repetitivos de miembros superiores con pesos, evitar movimientos que requieran rotación de muñeca, hiper-extensión del primer apoyo, y se dan unas reconvenciones; nótese que la aquí demandante no podía hacer unas labores, y esas labores para las que fue contratada no las podía seguir desarrollando, por tanto no quedó acreditado que la convocada juicio haya reubicado o haya redireccionado a la trabajadora a algún otro lugar de trabajo, también se resalta que existe una autorización para consulta por un especialista por parte de donde la paciente es la aquí demandante y donde se dice que, o donde se solicita medicina especializada de acuerdo a su patología, es decir, la aquí demandante ya estaba en trámite ante un médico especialista, también vemos otra documental, donde se reafirma la patología de la demandante y donde se habla de enfermedad general y donde se dice también su afectación, también reposa en el expediente, es una prueba que no fue tenida por el despacho, una comunicación por CAFAM donde se informa que se debe ofrecer opciones de médico de salud ocupacional para que la paciente pueda escoger uno que la atienda, nótese que la misma EPS coadyuvó en algún

momento de que se atendiera a la aquí demandante, luego podemos ver una serie de incapacidades y la historia clínica donde se deja ver sin duda alguna su patología, esto es lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada. **Otro punto de inconformidad** es lo que tiene que ver si las propinas o no, fueron salario, el suscrito apoderado no discute que de forma legal en el Código Sustantivo del Trabajo se dice que las propinas no son salario, eso mismo lo desarrolla la Ley 1935 en su artículo 2º, y también se habla de qué es propina, no obstante, adviértase que la Ley 1935 es del año 2018, es decir que fue promulgada luego de la finalización de la relación laboral, no obstante, esta ley es importante en lo que define, y es que propinas sí tienen la prohibición de que se pague o que se tarife con el valor registrado, porque allí dice, independientemente del valor registrado, y es decir que también deben de pagarse de forma equitativa, así las cosas, quedó demostrado en el expediente de que la empresa convocada a juicio desnaturalizó y desdibujó, eso que llamamos propina, por varias razones, la primera es que existe una política de propinas, política de propinas que podríamos inferir que fue creada antes del año 2004 porque cuando la testigo refiere que entra a trabajar en el 2004, dicha política de propinas ya estaba rigiendo, bajo esa óptica es dable entender que cuando la aquí demandante ingresa a laborar esa política ya estaba fijada, política que además no es vinculante porque no podemos ver una política de propinas con un pacto de exclusión salarial cuando se entiende que el pacto de exclusión laboral tiene una connotación contractual y de acuerdo de voluntades, en tanto la política no, porque ya hace parte de un componente misional por decirlo así, de la compañía, así las cosas, no es cierto que la aquí demandante haya participado voluntariamente de esta política, además porque no es creíble que cuántas veces llegue un colaborador haya que generar una política o haya existencia o acreditación de que se adhirió o que se pegó o cómo se pueda decir, a esa política, por qué, porque una persona, no es factible que la aquí demandante haya pactado de que no le pagaran propina por los dos primeros meses, eso se tiene que ver en el sentido de antigüedad, qué quiere decir ello, que aquí para proceder al pago de propinas se requería de que la colaboradora llevara más de 2 meses laborando, por ende, ese criterio de antigüedad desdibuja por completo el concepto de propinas, porque durante esos dos meses no recibió absolutamente nada, aun cuando la ley decía que debía entregarse eso equitativamente a los trabajadores y que su entrega no podía ser superior a un mes, por tanto, aquí se hizo fraude a la ley al no entregar la propina durante los primeros dos meses, por tanto podemos decir que no era propina; también téngase en cuenta que la testigo, el representante legal de la convocada, y la misma política y la misma documental allegada, se informa al proceso, que también la propina se pagaba o ese mal denominado concepto de propina, se pagaba de acuerdo a las funciones y al cargo, qué quiere decir ello, que también había un criterio diferenciador y eso era el cargo, por tanto, una crepera, una hornera o una capitana, recibían valores diferentes y diferenciados, por razón a su responsabilidad, y su exposición por los cambios al frío, recibía más o menos dinero, eso es lo que permite inferir de que eso verdaderamente fue salario porque tiene que ver directamente con la prestación personal del servicio y con el esfuerzo y con la antigüedad, y todos los criterios que se dan para pagar un salario, también téngase en cuenta que se pagaba la propina

de acuerdo al lugar donde se prestaba el servicio, característica de esta en los contratos laborales, donde se dice que el lugar del servicio influye en temas económicos, culturales, en temas de traslados, es decir, que es un componente inherente a la relación laboral y por tanto nótese cómo el representante legal dijo que variaba el pago de las propinas de acuerdo al sitio donde estaba, porque en el aeropuerto se vendía muchísimo más, los platos eran más costosos, y por tanto ese 10% ya se connotaba en una comisión, lo mismo refirió la representante legal, por ello ruego al honorable Tribunal de Cundinamarca, examinar los medios de prueba, en especial lo que tiene que ver con la política de propinas, pues es una propina únicamente generada por la convocada a juicio, donde se pacta claramente, o donde se dice claramente cómo van a ser esos pagos, además de ello, nótese que esas fiestas de fin de año, siendo una obligación del empleador si ellos quisieran por razones de integridad, de integración, por razones de clima laboral, ellos eran los que tenían financiar finalmente, no obstante, de ese aporte que hacen, ese aporte de esas propinas, de esa comisión, se extraía ese dinero para celebrarles a ellas mismas sus fiestas navideñas, aunado a ello quedó absolutamente claro que eran ellos los que administraban los recursos que provenían de las propinas, redireccionándolos de diferentes formas y desvirtuando por completo ese concepto de propina. **Otra cosa importante que también es materia de apelación**, es que si bien es cierto la aquí demandante no compareció a juicio, y el despacho tuvo como consecuencias las que establecen un artículo 205, no es menos cierto que el despacho no advirtió sobre cuáles hechos recaía dicha confesión, por lo tanto, al aplicar las consecuencias del artículo 205 de manera general y abstracta, no es suficiente porque es deber del fallador manifestar sobre cuáles hechos se aplicará tal presunción de veracidad, o tal presunción de confesión, ello en la medida de que la contraparte le asistió el derecho a infirmar tal confesión, por ello, al no haberse manifestado sobre cuáles hechos, se aplicaría esa confesión ficta o presunta, no es viable darle aplicación a la misma, en ese sentido solicito al despacho acceder a todas y cada una de las pretensiones, accediendo, o revocar totalmente la sentencia de primera instancia, y estudiando todas y cada una de las de las pretensiones de la demanda, no siendo otro el objeto del recurso queda sustentado el mismo; ya finalmente será solicitar al honorable Tribunal, se estudie la conducta de la demandada en atención a que no informa de que luego desde el 2004 y hasta la pandemia, podríamos decir hasta 2020, 2021, es que la encartada cambia las políticas para hacerlas más equitativas, así puede primar la realidad sin importar que se le haya denominado propina cuando en realidad no lo fue, porque también tiene sentado el Código Sustantivo de Trabajo y la jurisprudencia colombiana en materia laboral que, es una regla general, que todo lo que recibe el trabajador es salario; y será la carga de la prueba del empleador demostrar que no lo es; en ese sentido también quedó demostrado que hay una relación entre el servicio prestado por la demandante y lo que recibía por propinas, de acuerdo a su cargo, a sus funciones, a su rol, a su actividad, a modo, tiempo y lugar en el que se prestó el servicio, interfería en la propina, entonces vemos que por ese concepto, se debe acceder a todas y cada una de las pretensiones y a las indemnizaciones moratorias a que haya lugar, al reintegro, teniendo en cuenta las pretensiones principales y subsidiarias solicitadas. Aunado a ello se estudie el tema de lo que tiene que ver

con el amparo de pobreza solicitado según el criterio jurisprudencial, sin perjuicio de que el suscrito presente nueva solicitud en sede de alzada del amparo de pobreza”.

11. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 11 de octubre de 2021, luego, con auto del 19 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual ambas los allegaron.

El apoderado de la **demandante** reiteró todos los argumentos expuestos en su recurso de apelación, frente a la estabilidad laboral de la que gozaba la actora al momento del despido, y lo relativo a que las propinas percibidas por la demandante constituyen salario; solicitó tener en cuenta todas las pruebas recaudadas, en especial, la confesión del representante legal de la entidad demandada; e insistió en su solicitud de amparo de pobreza.

Por su parte, la **demandada** señaló que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho automático que opere a favor de cualquier persona que padezca una deficiencia en su estado de salud, y es por esa razón que debe probarse que la situación de discapacidad representa una limitación para la persona, lo que aquí no se acreditó, ya que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, la actora *“no contaba con recomendaciones médicas, incapacidades o recomendaciones laborales que debieran ser atendidas por CREPES & WAFFLES S.A.”*, y que la empresa no tuvo conocimiento del estado de salud de la trabajadora; de otro lado, indica que las propinas no tiene naturaleza salarial, y que la política de propinas vigente en la entidad, fue diseñada y creada por los mismos trabajadores; por lo que en ese orden, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

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 en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

No obstante, previo al estudio del recurso de apelación, esta Sala resolverá sobre el amparo de pobreza solicitado por el apoderado de la parte

demandante en su recurso de apelación, siendo reiterado en su escrito de alegatos. Para ello, debe indicarse que si bien esta Sala tramitaba tales solicitudes mediante incidente, como de antaño lo sostenía la jurisprudencia laboral, y por ende solo se conocía en segunda instancia al resolver el recurso interpuesto contra el auto del juez que negaba dicho amparo de pobreza, lo cierto es que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL2871-2020 del 21 de octubre de 2020, rectificó dicho criterio, en el sentido de indicar que tales solicitudes no deben dárseles el trámite de incidente, sino resolverse de plano, que *"el legislador no previó recurso alguno contra la decisión que niega dicha garantía"*, que tal solicitud puede elevarse durante el curso del proceso, y que el Código General del Proceso no impidió su utilización en sede de revisión; por lo que en ese sentido, resulta procedente su estudio en sede de apelación.

Al respecto, conviene señalar que el artículo 151 del CGP, señala que se concederá amparo de pobreza *"a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso"*, circunstancia que debe ser afirmada por el solicitante, bajo la gravedad juramento (artículo 152 *ibídem*). Igualmente, en la jurisprudencia citada, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, indicó que son requisitos del amparo de pobreza: 1) que la solicitud se presente bajo la gravedad de juramento, y 2) que se formule directamente por la persona que se halla en la situación que describe la norma; y agregó que el legislador en el Código General del Proceso no *"impuso carga adicional a quien eleva la solicitud distinta a «afirmar bajo juramento que se encuentra en las condiciones exigidas» en el artículo 152..."*

Sin embargo, en el presente caso, se advierte que es el apoderado de la demandante quien presenta la solicitud de amparo de pobreza y no directamente ella como interesada en su concesión; no se indican las circunstancias bajo las cuales se encuentra la actora y que le impiden asumir las cargas económicas para atender el proceso, como bien lo dispone el artículo 151 del CGP; y tampoco se realiza la solicitud bajo la gravedad de juramento como lo preceptúa el artículo 152 de la misma norma; pues al respecto, el abogado de la demandante únicamente se limitó a solicitar que *"se estudie el tema de lo que tiene que ver con el amparo de pobreza solicitado según el criterio jurisprudencial"*, y en sus alegatos, solo se limita a reiterar dicha solicitud. Por tanto, al no cumplir con los requisitos de los artículos antes referidos, esa Sala negará la solicitud de amparo de pobreza.

Resuelto lo anterior, pasa la Sala a resolver el recurso de apelación presentado.

Se tiene que los problemas jurídicos por resolver son, de una parte, analizar si dentro de este proceso se demostró el estado de debilidad manifiesta de la demandante al momento de su despido, y en ese orden, si resulta procedente su reintegro laboral y el pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda; y, de otra parte, si es dable tener como parte constitutiva de salario, las propinas que recibió la actora en vigencia de la relación laboral.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente, la existencia del contrato de trabajo entre las partes intervinientes, sus extremos temporales del 12 de mayo de 2016 al 2 de octubre de 2017, que el salario mensual de la demandante ascendía a la suma de \$722.000, y sobre ese monto se liquidaron las acreencias de la trabajadora en vigencia de la relación laboral.

Así las cosas, pasa la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado por el apelante, vale decir, el relativo a la estabilidad laboral.

La a quo al proferir su decisión, consideró que en este proceso no se demostró que la desvinculación de la trabajadora hubiese obedecido a razones de salud, por cuanto no se probó *“la tenosinovitis como diagnóstico que tenía la aquí demandante, hubiese sido una enfermedad de carácter incapacitante, realmente que obstaculizara la vinculación laboral”*, a lo que se suma que *“no tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral”*, y si bien se han reconocido reintegros por fuera de salud sin estar calificados los trabajadores, de todas formas *“debe demostrarse una relación de causalidad entre la terminación del vínculo laboral con el estado de salud”*, lo que aquí no ocurrió; además, agregó que *“teniendo en cuenta las consideraciones es claro y también da la aplicación de las consecuencias del artículo 205 del CGP, frente a la aquí demandante que no acudió a rendir interrogatorio de parte, es claro que no es posible predicar una estabilidad ocupacional de la actora, por lo tanto, las pretensiones emanadas de esa estabilidad no están llamadas a prosperar.”*

Para establecer si un trabajador es sujeto de la protección reforzada, es menester tener en cuenta 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, tornándose viable el reintegro del despido; 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 han 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.

Y si bien en reciente sentencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que el dictamen pericial de calificación de pérdida de capacidad

laboral es la prueba idónea para acreditar una situación de discapacidad, de todas formas, admite que en los eventos en que la misma no se haya realizado, la discapacidad puede deducirse del estado de salud del trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible. Así se pronunció en sentencia SL572 de 2021, radicado 86728 de 24 de febrero de 2021, en la que señaló *“Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo”*.

Siguiendo ese derrotero, este Tribunal considera 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, en lo posible, 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, teniendo como marco de referencia, en todo caso, los dictámenes y opiniones de los profesionales en el campo respectivo.

De otro lado, la viabilidad de la protección reforzada requiere que el empleador conozca con certeza o deba conocer razonablemente, antes de la terminación del contrato, la situación de debilidad manifiesta o las limitaciones sustanciales del trabajador para desempeñar sus funciones.

Para este caso concreto también debe decirse que la simple emisión de unas recomendaciones médicas o restricciones, en ningún caso son suficientes, en sí mismas, para concluir el estatus de limitado, o calificar a una persona como merecedora de la protección especial establecida en la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo anterior, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental:

Comunicación suscrita por la directora del “DEPARTAMENTO SST”, la fisioterapeuta, la gerente del punto de venta de Centro Chía y la trabajadora demandante, de fecha 24 de mayo de 2017, dirigida a la actora, en la que le hace entrega de las recomendaciones que emite la EPS con base en su diagnóstico médico de “TENOSINOVITIS”, se indica que se realizó socialización de las recomendaciones, y retroalimentación en estándares de desempeño establecido por el área de seguridad y salud en el trabajo, en el que se definió el plan de trabajo, y se recomienda “no manipular cargas que superen los 5 Kg de manera bimanual y 3 Kg de manera unimanual, alternar los brazos para realizar sus funciones, trabajar siempre en frente de sus (sic) área de trabajo, no escurrir trapos de manera convencional con el fin de evitar “Quiébres de muñecas””. Finalmente, se menciona que la empresa le ha asignado ese tipo de labor, porque “se ajusta a sus restricciones médicas y a las recomendaciones dadas para preservar su estado de salud” (pág. 46 PDF 01).

Documento denominado “SISTEMA DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA EN ERGONOMÍA VALIDACIÓN DE RECOMENDACIONES Y/O RESTRICCIONES OCUPACIONALES”, de fecha 17 de mayo de 2017, en el que se consignan las recomendaciones dadas a la actora por la EPS, con vigencia “Desde la fecha y deberán tener continuidad con base en parámetros enseñados por médico tratante”, por el diagnóstico de “Tenosinovitis”, como lo son: 1. Manipular cargas que no superen los 5 Kg de manera bimanual y 3 Kg unimanual, y se le indica de qué forma debe apoyar las manos y brazos para cumplir sus funciones sin sobrepasar dicho peso; 2. Puede realizar limpieza de mesas y sillas, trabajando de frente a su área de trabajo y correr meses con ambas manos; 3. No torcer trapos o toallas en caso de lavarlas, sino exprimir las entre sus manos; 4. Puede apoyar actividades administrativas del punto de venta, como pasar cuentas, datáfonos, archivar, organizar listas, entre otras; 5. Puede apoyar actividades de inventario, sin sobrepasar el rango de peso; 6. Pausas laborales activas cada 2 horas durante 5 minutos, como estrategia fundamental de autocuidado y control de sintomatología; y 7. Jornadas de trabajo máximo de 8 horas; además, se le indica que debe continuar plan casero

de ejercicios instruidos por fisioterapeuta "de empresa y EPS o entidad tratante" (pág. 47-48 PDF 01).

Historia médica de las siguientes fechas: 15 de mayo de 2017, en la que indica "PACIENTE CON DOLOR EN LAS MANOS Y LAS MUÑECAS POR TENOSINOVITIS ASOCIADA A LAS ACTIVIDADES MANUALES Y REPETITIVAS. SE INDICA MEDIDAS DE REPOSO, EVITAR CARGAS PESADA Y PROLONGADAS EN EL TRABAJO, MÁXIMO JORNADAS DE 8 HORAS, CON REPOSO Y PAUSAS ACTIVAS, EVITAR POSTURAS INADECUADAS POR TIEMPOS PROLONGADOS Y MOVIMIENTOS REPETITIVOS, EVITRA (SIC) CAMBIOS BRUSCOS DE TEMPERATURA SOBRE MANOS Y LAS MUÑECAS"; 9 de agosto de 2017, en la que se observa que actora es remitida a salud ocupacional o medicina del trabajo "para el tema de recomendaciones laborales", por presentar "dolor en miembros superiores" (pág. 50-53 PDF 01); de fisioterapia del 29 de septiembre de 2017, en la que se confirma el referido diagnóstico TENOSINOVITIS, y se dice que la paciente refiere dolor bilateral, en escala de 6/10, luego en el curso de la terapia manifiesta que es de 4/10 (pág. 54 - 55 PDF 01).

Carta de terminación del contrato de fecha 2 de octubre de 2017, en la que se le informa a la trabajadora que la empresa decidió terminar su contrato de trabajo sin justa causa, con el consecuente pago de la indemnización (pág. 45 PDF 01)

Concepto de salud ocupacional de egreso, de fecha 5 de octubre de 2017, expedida por la Fundación Santa María, en la que se dan como recomendaciones "Debe continuar manejo por ortopedia, fisioterapia en EPS, valoración por Medicina Laboral para determinación de origen de enfermedad. No realizar movimientos repetitivos de miembros superiores con peso. Evitar movimientos que requieran rotación de muñeca e hiper extensión del pulgar. Continuar ejercicios de plan casero ordenados por fisioterapeuta. Seguimiento caso por ARL", y se ordena la remisión a medicina laboral (pág. 49 PDF 01).

Orden expedida por la EPS en la que solicita "ofrecer diversas opciones de médico de Salud ocupacional para que la Pte pueda escoger uno que la atienda", de "Oct7" (pág. 52).

Comunicación de Famisanar EPS dirigida a Seguros Bolívar S.A., en la que se informa que el dictamen que se le realizó a la demandante quedó en firme, y que fue notificado el 19 de enero de 2018, y en el mismo se determinó que el diagnóstico de "OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS BILATERAL", es de origen común (pág. 240 PDF 01)

Copia del expediente de la acción de tutela 2017-543, tramitada ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, en la que se aportan los mismos documentos

antes referidos, y además, la relación de incapacidades allegada por la entidad demandada, y en la que se advierte que la actora estuvo incapacitada por "Enfermedad General", en el año 2016, del 8 al 11 de junio (4 días), el 29 y 30 de junio (2 días), 23 y 24 de julio (2 días), 12 de agosto (1 día), 1º de octubre (1 día), 13 y 14 de diciembre (2 días); y en el 2017, los días 19, 20, 25 y 26 de enero (4 días), 25 y 26 de marzo (2 días), 15 a 17 de mayo de 2017 (3 días), y del 30 de junio al 2 de julio (3 días). Finalmente, obra fallo emitido el 1º de noviembre de 2017, en el que se negó el amparo solicitado, por no demostrarse que la actora fuera sujeto de estabilidad laboral, ni que el despido obedeciera a situaciones de salud de la trabajadora; decisión que fue confirmada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá el 15 de enero de 2018 (PDF 12).

El representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte manifestó que la última incapacidad que registró la demandante "fue en el primer trimestre del año 2017", que "ninguna fue grave porque ninguna excedió los 3 días de incapacidad", que a la finalización del contrato no tenía restricciones, incapacidades, ni recomendaciones vigentes, y que tampoco estaba calificada; que el contrato de la trabajadora terminó por bajo rendimiento, pero para evitar tramitar un proceso disciplinario, la empresa acostumbra a terminar el contrato sin justa causa, y pagar la indemnización; y negó que la empresa conociera el diagnóstico de tenosinovitis de la demandante; de otro lado, indicó que las funciones de la actora eran las de auxiliar de restaurante, por lo que tenía que "hacer el prelistamiento de las mesas, atender correctamente las solicitudes de los clientes, realizar la limpieza y organización de los puestos, (...), mantener las mesas y el sitio de trabajo en general limpio y ordenado para poder ofrecer un servicio bueno al cliente, cumplir obviamente con todas las normas y reglamentos de la compañía"; agregó que la empresa tiene un área médica que se encarga de realizar la revisión de los casos médicos especiales, "como cuando una persona por algún accidente laboral, tiene una pérdida de capacidad laboral calificada, una restricción, una recomendación que hayan sido notificadas, que requieran un plan de trabajo, que requieran digamos adoptar medidas especiales para la ejecución del trabajo", pero que la demandante no recibía atención por dicha área, por cuanto no estaba calificada, ni era objeto de recomendaciones ni restricciones médicas; y si bien se le puso de presente el concepto de vigilancia epidemiológica antes referido, indicó que es un documento de mayo de 2017, por lo que no tiene relación con la terminación del contrato de trabajo, que fue en octubre de ese año, calenda para la cual "no tenía ninguna restricción o recomendación ocupacional".

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, se advierte que la existencia de enfermedades y padecimientos de la demandante para la fecha de terminación del contrato de trabajo es un hecho demostrado que no puede ser puesto en duda, pues de la historia y conceptos médicos aportados al plenario, se desprende que la demandante padecía de *TENOSINOVITIS*, y si bien el representante legal en su declaración negó conocer dicho diagnóstico a la terminación del vínculo laboral de la trabajadora, lo cierto es que tanto en la comunicación del 24 de mayo de 2017, como del documento "*SISTEMA DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA EN ERGONOMÍA VALIDACIÓN DE RECOMENDACIONES Y/O RESTRICCIONES OCUPACIONALES*", de fecha 17 de mayo de 2017, en los que se consigna dicho diagnóstico y se hacen unas recomendaciones médicas a la actora, se advierte que tales documentos fueron suscritos no solo por la trabajadora, la fisioterapeuta, sino también por la gerente del punto de venta de Centro Chía de la entidad demandada, por lo que no hay duda de que la entidad sí conocía de la enfermedad de la aquí demandante.

La cuestión que debe abordarse seguidamente es establecer si dicha enfermedad, para la fecha de terminación del contrato, le produjo 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 sea cualquier dolencia la que produzca ese estado. En todo caso, corresponde en estos casos al trabajador la carga probatoria de acreditar de manera fehaciente y sólida el estado que le da derecho a la protección laboral reforzada.

Siguiendo esos lineamientos considera la Sala que si bien la demandante para la fecha de la rescisión del contrato de trabajo, 2 de octubre de 2017, padecía de tenosinovitis, lo cierto es que, al valorar las pruebas recaudadas en su conjunto, es dable establecer que a la finalización de la relación laboral la actora no se encontraba cobijada por las garantías del fuero aquí reclamado. 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.

De un lado, no hay constancia alguna de que las recomendaciones dadas por la EPS el 17 de mayo de 2017 estuvieran vigentes para la fecha de la terminación del vínculo laboral (2 de octubre de 2017), pues lo cierto es que en el documento denominado “*SISTEMA DE VIGILANCIA EPIDEMIOLOGICA EN ERGONOMIA VALIDACION DE RECOMENDACIONES Y/O RESTRICCIONES OCUPACIONALES*”, se dice “*deberán tener continuidad con base en parámetros enseñados por médico tratante*”, no obstante, no reposa valoración alguna en tal sentido emitida por el médico tratante con posterioridad; incluso, de la historia médica del 9 de agosto de ese año, se advierte que las recomendaciones no estaban vigentes para ese momento, ya que en dicha consulta se remite a salud ocupacional “*para el tema de recomendaciones laborales*”, sin embargo, no hay prueba de que así se hubiesen expedido. Además, dicho sea de paso, se observa que las referidas recomendaciones no le impedían ni dificultaban sustancialmente la realización de las funciones laborales de la trabajadora, ya que continuó en el ejercicio del mismo cargo para el cual fue contratada, solo que debía atender tales recomendaciones para preservar su estado de salud, como estrategia fundamental de autocuidado y control de sintomatología, como allí se consignó, lo cual contribuye a descartar que se encontrara en situación de debilidad manifiesta o impedida para desempeñar esas funciones.

Igualmente, conviene aclarar que si bien reposan unas incapacidades otorgadas a la demandante por medicina general, las mismas no son continuas, ni se concedieron por períodos prolongados, pues como antes se hizo mención, estuvo incapacitada en el año 2016, 6 días en junio, 2 en julio, 1 en agosto, 1 en octubre y 2 en diciembre; y en el 2017, 4 días en enero, 2 en marzo, 3 en mayo y 3 en junio, la última de las cuales estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2017, es decir, que dentro de los 3 meses anteriores a la finalización del vínculo laboral, la trabajadora no reportó incapacidades. A lo que se suma que esas incapacidades tuvieron como origen una “*Enfermedad General*”, por lo que tampoco es posible relacionarlas con el diagnóstico de “*TENOSINOVITIS*”.

Ahora, de las terapias físicas recibidas por la demandante el 29 de septiembre de 2017, es decir, días previos al despido, se desprende que tuvo cierta mejoría,

pues pasó de una escala de dolor de 6/10 a 4/10, circunstancia que, si bien no es concluyente, puede ser un elemento con influencia en la decisión que, conectado con otras circunstancias, puede conducir a establecer o denegar el estado de afectación grave de la salud.

Ahora, si bien en el examen médico de egreso se realizan unas recomendaciones a la trabajadora y se remite a ortopedia y medicina laboral, lo cierto es que de esa valoración no es posible establecer la gravedad o magnitud de la enfermedad que padecía para ese momento, máxime cuando ninguna otra prueba así lo revela; incluso ello tampoco se desprende de la comunicación expedida por Famisanar EPS el 19 de enero de 2018, pues allí solo se dice que el origen de la referida patología es común.

Por tanto, como no es posible establecer de las pruebas recaudadas que el estado de salud de la demandante a la fecha de la finalización del vínculo laboral fuera notorio, evidente y perceptible, y no estaba precedido de elementos que constataran la necesidad de la protección, pues, se reitera, para ese momento no estaba incapacitada, ni lo había estado en los últimos tres meses, no tenía recomendaciones vigentes, y tampoco hay constancia de que su enfermedad le generara limitaciones para desempeñar su trabajo, no queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia en este aspecto, sin que en nada interfiera la enunciación que hizo la juez respecto a la aplicación de las consecuencias del artículo 205 del CGP por no asistir la actora a absolver interrogatorio de parte, aunque dicho sea de paso, la juez ni al momento de invocar la aplicación de esa norma, como correspondía, ni en la sentencia, hizo referencia sobre cuáles hechos recaía alguna posible confesión, por lo que ello en nada modifica la decisión de la Sala.

Respecto al segundo punto objeto de apelación, esto es, el relacionado con las propinas, la juez en su sentencia consideró que las mismas no tienen el carácter de salarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 del CST, y por ello, *"no pueden pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador"*; a lo que se suma que en este caso, la demandada tiene una política de manejo de propinas que fue adoptada por los mismos trabajadores, *"es decir, se trata de dineros que corresponden a los mismos trabajadores"*, en el que se consigna cómo deben distribuirse, *"incluso, se dice que en ningún caso podrán ser usadas para sufragar gastos o lo que corresponde a los haberes de las obligaciones netamente laborales"*, por tanto, es un dinero que no es otorgado por el empleador, *"la causa no es*

propriadamente la relación laboral existe trabajador – empleador, sino es una relación frente a unos terceros, en este caso a los consumidores”, “las propinas corresponden a una remuneración que da el cliente por sentirse atendido, y es más, debe ser absolutamente voluntaria, y es claro que no corresponden a una retribución propiadamente dada por parte del empleador”.

Al respecto, conviene precisar que el artículo 127 del CST señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. A su vez, el artículo 131 ibídem señala expresamente, que las propinas que recibe el trabajador no constituyen salario, y que no puede pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador lo que éste reciba por propinas.

Frente a la definición del concepto de propinas, el artículo 2º de la Ley 1935 de 2018, señala que es el reconocimiento en dinero que en forma voluntaria el consumidor otorga a las personas que hacen parte de la cadena de servicios en establecimientos de comercio dedicados a la prestación de servicio de consumo de alimentos, bebidas y/o espectáculos públicos, por el buen servicio y producto recibido, independiente del valor de venta registrado; y agrega que si bien el establecimiento puede sugerir el pago de la propina, su aceptación siempre dependerá de la voluntad del consumidor (parágrafo). Es de aclarar que, aunque dicha norma es posterior a la vigencia del contrato de trabajo de la demandante, de todas formas, sirve para esclarecer la referida noción, como bien lo señala el apoderado en su recurso.

Con base en lo anterior, resulta claro que la propina es un pago que recibe el trabajador de parte de los clientes de su empleador, el cual se realiza de manera libre y espontánea, en agradecimiento por los servicios prestados por los trabajadores; es decir, tal dinero que recibe el trabajador no proviene del empleador sino de un tercero que no tiene relación alguna con las partes, lo que imposibilita tenerla como constitutiva de salario, por cuanto no se otorga como contraprestación directa del servicio.

Dentro de las pruebas aportadas, reposa reglamento de propinas establecido y suscrito por los trabajadores de Crepes & Waffles S.A., en el que las define como el dinero que otorga el cliente que visita el punto de venta, como “*muestra de agradecimiento*”, “*de acuerdo con la atención suministrada en el servicio en el restaurante*”; agrega que dicha propina nace de la voluntad del cliente, quien decide si la

paga o no; e igualmente, determina las "Normas" para su manejo y distribución, "*...en común acuerdo con los trabajadores...*". De otro lado, allí se consigna que "*En ningún caso la propina podrá ser utilizada por la Empresa para cumplir las obligaciones laborales, de seguridad social o parafiscales derivadas de nuestros contratos de trabajo*"; y que "*en ningún caso corresponden a un pago realizado por la compañía y por ende no constituye salario*" (pág. 215-229 PDF 01).

El representante legal de la entidad demandada en su interrogatorio dijo al respecto, que "*las propinas pues son unos dineros que son entregados por un tercero, no son causados en virtud digamos de la prestación del servicio, ni como contraprestación del servicio, porque no los paga la compañía es el cliente quien llega y de manera autónoma decide reconocer unos dineros a favor del trabajador*"; que fueron los mismos trabajadores quienes dispusieron de "*cómo iban a hacer la repartición de esos dineros*", por lo que ellos "*crearon unas políticas internas, una política que fue proyectada en su momento por las mismas trabajadores que estaban vinculados y que hacían parte de la cadena de servicios*"; que Crepes no se beneficia de ese dinero, y por el contrario, incurre en gastos ya que debió "*implementar casi dos áreas de personal pagado directamente por Crepes para que se dedique exclusivamente al pago de las propinas*", que "*nadie el área administrativa de Crepes recibe un centavo por propina*", pues solo las reciben "*las personas que hacen parte de la planta de Toberín quienes despachan los alimentos a los restaurantes, las personas de los puntos de venta que tiene que ver ya como tal en el servicio final que se le provee al cliente que paga por esa propina*", y que el valor de las propinas depende de lo recaude cada punto de venta.

Finalmente, la testigo **Sonia Constanza Piñeros Ladino**, trabajadora de la entidad demandada, señala que presta sus servicios en el área de nómina de la compañía, específicamente en "*el área de propinas*", y por ello le consta que las "*propinas es un dinero que se recibe de un tercero, lo que se hace lo que hace la empresa es prácticamente velar porque las políticas que crearon las mismas niñas se cumplan y poder hacer la distribución que le corresponde a cada una*", que fueron las mismas trabajadoras de Crepes las que diseñaron la política de propinas, y si bien no sabe desde cuándo se crearon, porque ella ingresó en el año 2004 y para esa fecha ya existía, de todas formas sabe que fueron los mismos trabajadores quienes las diseñaron; indicó que el dinero de la propina se recibe "*facturado o en efectivo*", e ingresa a una cuenta de la empresa, y la empresa se encarga de "*distribuir o consignar los dineros a cada niña, a las meseras se les da un porcentaje proporcional ya que ellas son a las que les ingresa inicialmente la propina, se saca un porcentaje para distribuir a las demás personas, cosa de que todas las personas o todos los empleados del punto de venta tenga un porcentaje o tengan un valor*

correspondiente a esa propina que se va a distribuir", y por esa razón, desde que inician sus contratos de trabajo se les explica lo "del proceso de las propinas"; agrega que la empresa no se beneficia de ese dinero, no obstante, paga al personal para que realice la distribución; que "después de la pandemia hubo un cambio pero más que todo para que fuera equitativo para todas las niñas, ya las meseras no tiene su proporción sino que la distribución es equitativa para todas independientemente que sean meseras o que sea personal de adentro"; indicó que la propina es voluntaria, "por lo tanto el cliente es el que deja la propina si se siente bien atendido", que para tal efecto "la mesera debe informarle al cliente si desea dejar el servicio, si el cliente dice que si desea dejar el servicio se le factura, sino a veces el cliente deja el dinero en efectivo, y eso es lo que se ingresa en la cajita, ese dinero pues se acumula con la parte facturada, con el valor de la propina facturada", y aclara que "cuando se factura, el máximo es el 10%, es cuando el cliente dice que deja, si el cliente dice que quiere dejar el 5% entonces en la facturación debe quedar el 5% de lo que dijo el cliente, y si él cliente dice que no quiere que le facture y deja un dinero en efectivo, pues en el recibo de caja no debe aparecer el valor de la propina"; finalmente, indica que tales propinas se distribuyen de acuerdo a las políticas dispuestas por los trabajadores a que antes se hizo mención.

Una vez analizadas las anteriores pruebas, la Sala llega a la misma conclusión de la juez, y es que por lado alguno se demostró que las propinas recibidas por la trabajadora fueran constitutivas de salario, como tampoco se advierte que las sumas pagadas a la actora bajo esa denominación, fuera una manera de disfrazar el pago de salario o comisiones, como lo entiende el abogado, y por el contrario, se observa que en realidad tales dineros eran pagados por el cliente, de manera voluntaria, y se distribuían únicamente entre los mismos trabajadores, de conformidad con las políticas que implementaron los mismos trabajadores en su momento, y si bien no hay constancia desde cuándo se creó ese reglamento, ello no cambia el hecho de que fueron los trabajadores quienes diseñaron esa política; a lo que se suma que ese dinero no era pagado por el empleador, como tampoco se beneficia de esos pagos que realizan los consumidores.

Y aunque es cierto que las propinas se pagaban después de dos meses de inicio de la relación laboral, y que la empresa podía descontar el 3% para las festividades navideñas, como se consigna en el reglamento de propinas, lo cierto es que dichas reglas fueron dispuestas por los mismos trabajadores, es decir, la empresa no tuvo injerencia en esa decisión, y además, así lo determinaron porque, de un lado, dentro de los dos primeros meses la trabajadora está en período de prueba, y de otra parte, porque el dinero de las festividades se

invertiría como “dispongamos los trabajadores”, en desayuno navideño o donaciones, es decir, para su beneficio, y no del empleador.

En consecuencia, no queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de la juez en todas sus partes.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV.

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:

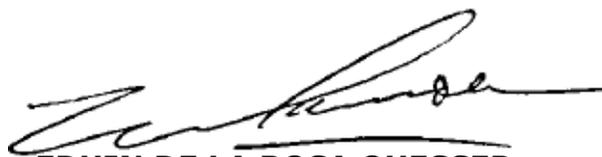
PRIMERO: NEGAR por improcedente la solicitud de amparo de pobreza elevada por el apoderado de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de fecha sentencia del 5 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de ZULMA ROCÍO BELTRÁN CASTELLANOS contra CREPES & WAFFLES S.A., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
Secretaria