

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003- 2020-00275-01 (207)

Acta No. 200

San Juan de Pasto, doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **CARLOS MARINO VILLOTA** en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLMENA SEGUROS ARL**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, por esta vía ordinaria laboral, que se condene a COLMENA SEGUROS ARL y/o al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho, a partir de la fecha que se determine en el proceso, en cuantía de 1 smlmv y los reajustes anuales de ley, junto con el retroactivo pensional, debidamente indexado y las costas procesales.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 12 de abril de 1968, encontrándose afiliado a la AFP PORVENIR S.A. desde el año 2003, cotizando a la fecha 789 semanas; que el último trabajo desempeñado fue como oficial de obra en la empresa CONCAY S.A., hasta el 18 de agosto de 2020; que el 11 de febrero de 2015, sufrió un accidente de trabajo relacionado con el hombro derecho y transcurridos 3 años, el 24 de marzo de 2018, la ARL COLMENA emitió el dictamen No. 2456221-2, calificando tales patologías con el 17.81% de PCL, de origen laboral – accidente de trabajo y fecha de

estructuración 9 de noviembre de 2017, el cual se encuentra en firme por no haberse controvertido.

Sostiene que, adicionalmente, la Administradora de Riesgos Laborales convocada a juicio, el 9 de diciembre de 2015, emitió el dictamen No. 2385549-1 para calificar la patología relacionada con el ojo izquierdo con una PCL de 32.12%, de origen laboral, que fue objetado y resuelto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño con dictamen No. 2016-5379781 de 24 de noviembre de 2017, con igual origen y 39.13% de PCL. Finalmente, ante la inconformidad de COLMENA ARL, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emite el dictamen No. 537981-8332 de 19 de julio de 2019, confirmando el origen laboral – accidente de trabajo y la PCL en 32.03%.

Expone que mediante fallo de tutela de 6 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, se ordenó a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitir un nuevo dictamen, atendiendo las limitaciones que se presenten con las áreas del acápite “rol laboral y otras áreas ocupacionales” y ello fue acatado por la autoridad accionada con dictamen No. 5379781-8332-1 de 24 de octubre de 2019, ratificando el origen laboral – accidente de trabajo y calificando las patologías relacionadas con el ojo izquierdo en el 41.53% de PCL, con fecha de estructuración 13 de julio de 2015, el cual se encuentra en firme.

Indica que, el 22 de mayo de 2020, la ARL COLMENA, canceló \$ 30.605.733 por el concepto “incapacidad permanente parcial”.

Finalmente señala que en el dictamen No. 6634-18 de 3 de agosto de 2018, reposa registro del accidente de trabajo No. 24206 de 25 de junio de 2014, con diagnóstico “lumbago no especificado”, sin que tal patología se incluyera en la calificación integral, al igual que los diagnósticos relacionados con nariz, columna, cuello, psicológicas, testículos, próstata y ojo derecho.

Expone, por último, que no ha podido acceder a la pensión de invalidez a que tiene derecho, por contar con calificaciones independientes que no alcanzan el porcentaje mínimo requerido.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda en debida forma, la entidad demandada COLMENA SEGUROS ARL, a través de apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que ha cumplido a cabalidad con las prestaciones de su competencia y que las pretensiones pensionales formuladas por el promotor de la Litis deben negarse, pues no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen laboral conforme lo dispone la Ley 776 de 2002. Con fundamento en ello formuló las excepciones de fondo que denominó *“el demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez por riesgo laboral”, “cumplimiento de las prestaciones asistenciales y económicas por parte de Colmena Seguros S.A.”*, *“el demandante no acredita su supuesto estado de invalidez con lo descrito en la demanda es posible inferir una actitud temeraria de su parte”, “inexistencia de obligación de Colmena Seguros S,A por contingencias de origen común”, “obligatoriedad de los dictámenes proferidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la Junta Regional de Calificación de Invalidez”, “cosa juzgada”,* entre otras.

Por su parte, la entidad AFP PORVENIR S.A., pese a encontrarse debidamente notificada, se pronunció extemporáneamente y la demanda se tuvo por no contestada mediante auto de 18 de marzo de 2021.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 27 de abril de 2022, declaró que el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen laboral. En consecuencia, condenó a COLMENA SEGUROS ARL a su reconocimiento y pago en cuantía de 1 smlmv desde el 1º de septiembre de 2020, a razón de 13 mesadas anuales, mientras subsista la condición de invalidez, con un retroactivo indexado de \$21.479.940. Declaró probadas las excepciones de fondo de cumplimiento de las prestaciones económicas por parte de COLMENA SEGUROS S.A. generadas antes de 2021 y la de obligatoriedad de los dictámenes proferidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la Junta Regional de Calificación de

Invalidez, sin que los restantes medios exceptivos prosperen. Absolvió a la ARL convocada de las demás pretensiones y la condenó en costas.

Para arribar a tal determinación señaló que, de conformidad con la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es posible realizar una calificación integral cuando se trata de patologías de origen mixto, esto es, derivadas de la actividad laboral y común, así, en el particular, una vez ordenada la práctica de un nuevo dictamen, debidamente sustentado en audiencia de juzgamiento, se extracta que el diagnóstico derivado del ojo izquierdo es el determinante en la estructuración de la PCL y este acaeció en accidente de trabajo, por tanto, de origen laboral, pues dentro del porcentaje total representa al menos el 35 o 37%.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN COLMENA SEGUROS ARL

Inconformé con tal decisión, quien representa los intereses judiciales de la administradora laboral demandada, solicita al Juez Colegiado revocar la providencia de primer orden, pues tal como se manifestó en el interrogatorio rendido por el perito de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, las patologías calificadas como de origen laboral podrían establecerse en un 35 o 37%, que no hacen al actor merecedor de una pensión de invalidez. En este orden, lo que habilita para acceder a dicha prestación es la sumatoria de los demás diagnósticos de origen común y que conforme las previsiones vertidas en las sentencias C-425 de 2004 y T-518 de 2011 de la Corte Constitucional, en tratándose de una calificación de PCL de origen mixto, éste se determinará de conformidad con el factor cronológicamente determinante a la hora de llegar al porcentaje mínimo de invalidez. Agrega que a cargo de su representada no se puede imponer la totalidad de las patologías, toda vez que el perito en la sustentación del dictamen no fue claro ni coherente en el sustento normativo pues se limitó a afirmar que el valor y calificación del origen se determinó por criterio interno.

Finalmente solicita que, en caso de confirmarse la decisión, se aclare la sentencia para habilitar a la ARL a repetir contra la AFP, considerando las patologías de origen común padecidas por el demandante.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por

la demandada COLMENA SEGUROS ARL, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la Ley 2ª. de 1984 y 66A del C.P.T y de la S.S, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1º. del Decreto 806 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLMENA SEGUROS ARL, conforme da cuenta la constancia secretarial de 30 de junio de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A, aporta alegatos de conclusión que no corresponden al asunto objeto de estudio.

Por su parte, el representante de COLMENA SEGUROS ARL, insiste en la revocatoria total del fallo proferido en primer orden, indicando que el dictamen No. 2920-2021 de 7 de diciembre de 2021, proferido por la JRCIN carece de objetividad y fundamento, que no se suplió con el interrogatorio rendido por el médico perito Segundo Arturo Morán Montezuma, en el que si bien existen patologías de origen laboral, *per se*, no superan el 50%, debiéndose aplicar lo previsto en la sentencia C-425 de 2005 y T-518 de 2011, máxime cuando en dicho dictamen, de las múltiples patologías calificadas, solamente una es de origen laboral, que a juicio de la Junta Regional es suficiente para enmarcarlo en el campo laboral. Así, de conformidad con el material probatorio y lo efectivamente demostrado en el presente proceso, las patologías que aquejan al actor son de origen común y, por ello, no tiene responsabilidad sobre cualquier prestación económica.

A su turno, quien representa los intereses del convocante a juicio, solicita confirmar la sentencia apelada, agregando que el hecho de que una sola entidad reconozca el derecho pensional no implica su afectación por un tema administrativo, que bien pueda zanjarse entre las entidades de seguridad social demandadas.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo anterior, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuándo existen calificaciones integrales -patologías de origen laboral y común- la enfermedad cronológicamente determinante en la condición de invalidez es el único factor para establecer el origen de la PCL y, por tanto, define el responsable de las prestaciones que de ello se derive?; y, ii) ¿De mantener la responsabilidad en cabeza de la ARL recurrente, establecida por la operadora judicial de primer orden, se la puede habilitar para que repita contra la AFP, a fin de que asuma el porcentaje que le corresponda por las patologías de origen común?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Para desatar los anteriores planteamientos, es preciso rememorar que la inconformidad de la ARL convocada radica en que el actor cuenta con calificaciones de PCL de diverso origen que, según lo dicho por el perito de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en la sustentación del dictamen emitido en el decurso de la presente actuación, del 66.04% dictaminado tan solo el 35 o 37% corresponden a origen laboral, de manera que la sumatoria de las restantes patologías de origen común son las que permite alcanzar la prestación por invalidez. Es por lo que, con base en las precisiones realizadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-425 de 2005 y T-518 de 2018, el origen de la calificación integral se determinará con el factor que cronológicamente sea determinante a la hora de llegar al porcentaje mínimo de invalidez. Para el caso bajo estudio, son las de origen común e impone en cabeza de la AFP asumir las contingencias que de ella se deriven, máxime cuando en la referida sustentación no resultó claro el fundamento de la calificación del origen, que al parecer derivó de un criterio interno de la junta calificadora.

Establecido el punto toral que concentrará la atención del Juez Plural, es de anotar que el actor cuenta con los siguientes dictámenes de PCL:

- Dictamen No. 2456221-2 de 24 de marzo de 2018, emitido por COLMENA SEGUROS ARL, en el que se calificó el Dx S460-TRAUMATISMO DEL TENDÓN DEL MANGUITO ROTATORIO DEL HOMBRO y las deficiencias “dolor crónico somático hombro derecho”, “disminución de los rangos de movilidad del hombro derecho” y “MSD dominante”, con el 17.81% de PCL, de origen laboral (fls. 52 a 54 PDF 02).

- Dictamen No. 5379781-8332-1 de 24 de octubre de 2019, emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NARIÑO (posterior a la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto), en el que se calificaron los Dx's H572- AFAQUIA OJO IZQUIERDO, H579- TRASTORNO DEL OJO Y SUS ANEXOS y S059 TRAUMATISMO DEL OJO Y DE LA ÓRBITA y las deficiencias de "por agudeza visual" y "alteración campo visual", con un 41.53% de origen laboral – accidente de trabajo (fls. 67 a 78 PDF 02).
- Dictamen integral No. 2920-2021 de 7 de diciembre de 2021, PCL 66.04%, emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NARIÑO por orden del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso de la referencia, en el que se califican las patologías de: Secuelas de desprendimiento de retina – atrofia de ojo izquierdo por neuropatía óptica traumática, espondilo artrosis avanzada de columna lumbar, hipermetropía más presbicia de ojo derecho, trastorno del campo visual derecho, dolor crónico residual de hombro derecho, síndrome de manguito rotador derecho, varices en miembros inferiores, cicatriz en piel de hombro derecho y gastritis crónica, así como las deficiencias por "pérdida de agudeza y campo visual de ojo derecho (sic)", "Columba lumbar", "pérdida de agudeza visual ojo derecho", "pérdida de campo visual ojo derecho", "dolor crónico somático", "disminución de los rangos de movilidad de hombro", "enfermedad vascular periférica de hombros inferiores", "alteración de la piel" y "desordenes del tracto digestivo superior" (PDF 22).

Advertido lo anterior, es de indicar que, de vieja data, Nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional, frente a la cobertura de las contingencias derivadas de una invalidez con origen mixto (patologías de origen común y laboral) indicó:

"(...) En segundo lugar, el punto jurídico que debe ser resuelto por la Corte, de cara al cargo formulado, es si resulta ajustado al ordenamiento normativo nacional que se imponga a una administradora de riesgos profesionales el pago íntegro de una pensión de invalidez para cuya configuración confluyeron tanto dolencias de carácter profesional como otras de origen común, o si solamente debe imponerse la obligación por el porcentaje que corresponde al riesgo propiamente profesional dentro de la calificación total por el menoscabo laboral, que es lo que persigue la recurrente, como lo solicita en el alcance de la impugnación.

Para resolver lo anterior es menester dejar sentado inicialmente que no hay discusión acerca de la calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador en un 56.01% y que para llegar a ese resultado la junta relacionó, acumuló y calificó varias dolencias y deficiencias, así: Neuropatía ojo izquierdo (accidente de trabajo) 30%; pérdida campo visual ojo izquierdo 12.5% (enfermedad común) y trauma acústico bilateral (común) 6.9% para un total combinado de 33.71, más un 5.8% por discapacidades y un 16.5% de minusvalías.

De acuerdo con lo señalado, pues, ninguna duda queda de que el actor ostentaba a partir de la referida calificación la condición de inválido, en tanto por expreso mandato legal debe tenerse como tal a quien pierda el 50% o más de su capacidad laboral, baremo mínimo establecido tanto para el sistema de pensiones como del sistema de riesgos profesionales, y que lleva a una limitación profunda de conformidad con la calificación prevista en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin que sea dable entender que el referido porcentaje deba alcanzarse exclusivamente en uno u otro sistema, descartando su acumulación, pues una interpretación en ese sentido además de ser contraria a la definición del artículo 2 del D. R. 917 de 1999 que considera con invalidez "la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral", llevaría a resultados absurdos como que si un afiliado alcanza una incapacidad del 40% o más pero inferior a 50% por enfermedades comunes y del 40% al 49% por dolencias profesionales no sería factible predicar su discapacidad dado que no alcanza el porcentaje mínimo en ninguno de los dos regímenes de manera independiente, y por consiguiente no tendría derecho a ninguna pensión, precisión que se hace simplemente en función del papel de unificación jurisprudencial que tiene asignado la Corte, pues la entidad recurrente no plantea ninguna inconformidad al respecto.

Para reafirmar la procedencia de la acumulación de dolencias comunes y profesionales en la calificación de la invalidez interesa destacar que precisamente al nuevo sistema de seguridad social creado a través de la Ley 100 de 1993 se le agrega el vocablo "integral", que no puede verse simplemente como un ornamento retórico sino que define un contenido y unos alcances que la misma ley se encarga de precisar cuando en su preámbulo, norma que tiene un valor superior en tanto traza la filosofía y los principios que rigen el sistema, lo define como "el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad." (subrayas son de la Sala). Adicionalmente, el artículo 1 reitera que el sistema "tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten"; y el literal d) del artículo 2 define el principio de integralidad como "la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población"; y el principio de unidad (literal e) en cuanto se refiere a la unidad de prestaciones. Tales disposiciones, como se ve, propenden por garantizar integralmente la protección contra todas las contingencias, en especial las que afectan la capacidad económica, con la finalidad de lograr el bienestar individual y asegurar una calidad de vida acorde con la dignidad humana, de suerte que ante un estado

de invalidez que implica, en principio, la exclusión del mercado laboral y la consiguiente privación de los recursos para atender su subsistencia y la de la familia, el sistema de seguridad social debe asegurar una respuesta que neutralice los efectos perversos de esa situación de necesidad, lo cual no riñe con la existencia de varios regímenes específicos o subsistemas, pues aquellas disposiciones, al estar insertas en el capítulo que contiene los principios generales, antes que oponerse más bien complementan las específicas que corresponden a cada uno de tales regímenes, y operan como pautas y criterios de interpretación para aquellos eventos en que las disposiciones particulares no brindan una respuesta concreta y clara. Mas en todo caso cabe recordar que el artículo 19 del C. S. del T. prevé que cuando no exista una norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulan casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptadas por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad, debiendo entenderse que cuando la norma se refiere a los principios del derecho del trabajo está refiriéndose también a los de la seguridad social, dada la íntima conexión y cercanía entre estas dos ramas del Derecho.

Así entonces, si bien no existe una norma explícita y expresa que establezca responsabilidades o la forma de su distribución cuando se configure este tipo de invalidez que podría llamarse mixto, ello en modo alguno significa que los jueces no deban ordenar el pago de las pensiones correspondientes, tal y como surge de una interpretación sistemática y de la delimitación del alcance teleológico de los textos de seguridad social, como se hizo líneas atrás al discernir el alcance de los principios generales incorporados en la Ley 100 de 1993.

(...) De otro lado, por ninguna parte aparece que el Tribunal haya ordenado a la ARP el pago de la totalidad de la pensión en virtud del fenómeno de la solidaridad, pues ninguna referencia hizo al respecto; por el contrario, entiende la Sala que su decisión la fundamentó en que en la incapacidad definitiva tuvo especial incidencia el accidente de trabajo sufrido por el trabajador el 12 de noviembre de 2001, y siendo ello así resulta razonable, en concordancia con lo antes visto, que se ordenara a la recurrente el pago de la pensión

Cabe precisar, finalmente, aun cuando el tema no es propuesto por la recurrente, que como en el sub lite no se citó a la entidad de pensiones a que estaba afiliado el demandante, para que se hiciera parte en el proceso, no podía el ad quem hacer ningún pronunciamiento frente a ella, ni tampoco puede hacerlo esta Corte, aunque ello no es óbice para que la administradora de riesgos profesionales, si lo estima conveniente, intente las acciones tendientes a obtener el reembolso que, a su juicio, cree tiene derecho”¹.

Tales disposiciones han sido reiteradas por el mismo Órgano de Cierre Jurisdiccional en sentencia SL1987-2019, MP. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA en la que indicó “(...) Ahora bien, dicha circunstancia en nada puede afectar la valoración del estado de pérdida de capacidad laboral de un trabajador, situación que se generaba en materia de

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. No. 38.614. MP. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS.

riesgos laborales, al excluir las patologías o secuelas anteriores, lo cual, como se explicó, lo solucionó de tajo la sentencia CC C 425/05, con lo que, no existe duda de que para la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona, su valoración debe ser integral y corresponderá al equipo calificador competente determinar, entre otros, el origen con base en la regulación técnica y de ello se desprende el subsistema que debe asumir la prestación respectiva".

Seguidamente, en decisión SL459-2021, MP. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, se indicó:

Así, la Sala debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un desatino al considerar que la AFP Colfondos S.A. es la única entidad responsable de asumir la pensión de invalidez a que tiene derecho la actora, aunque en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, se incorporaron dolencias de origen profesional, sin las cuales no se hubiese estructurado la prestación.

En aras de responder los cuestionamientos de la impugnante, resulta importante recordar que en sentencia CSJ SL, 26 de may. 2012, rad. 38614, reiterada en la CSJ SL, 24 de jul. 2012, rad. 37892 y la CSJ SL1987-2019, esta Sala resolvió un asunto semejante al que ahora es objeto de estudio. Allí se aceptó la postura de que los afiliados al sistema integral seguridad social que pierden su capacidad laboral por encima del 50%, deben considerarse personas en estado de invalidez, sin importar su causa ni origen; de ahí que, en aras de la generación de una pensión por invalidez, se deba realizar una calificación integral, esto es, que incorpore padecimientos comunes y profesionales.

(...) En tal dirección, en el mismo proveído se fijaron las siguientes reglas de cara al reconocimiento de las pensiones de invalidez generadas por dolencias tanto de origen común como profesional: (i) no existe norma expresa que determine la entidad que debe asumir su pago; (ii) por tanto, la norma tampoco previó un modo de distribución; (iii) la solución a tal inconveniente emerge de la aplicación del principio de indivisibilidad de la mesada pensional, según el cual no es posible fraccionar el pago de la prestación, y (iv) por tal motivo, la obligación de reconocerla debe recaer en una sola entidad.

(...) En estricto sentido, aun cuando la invalidez tenga orígenes diversos, en el proceso de calificación que realicen las entidades del sistema con competencia para ello, deben establecer un solo origen. Y este se define, tal como ocurrió en este asunto, según la enfermedad o padecimiento determinante para la estructuración de la invalidez. Claro lo anterior, se señala la entidad encargada de asumir la prestación. En otras palabras, si en el proceso de calificación integral de la pérdida de la capacidad laboral se establece que la dolencia concluyente para la estructuración de la invalidez superior al 50% del asegurado es de origen común, la prestación será asumida por la AFP correspondiente y, en caso de tener su génesis en el trabajo, su asunción estará en cabeza de la ARL.

Y, en proveído SL42979-2021, MP. Dr. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, se expuso:

"Bajo este panorama, la Corte encuentra que el Tribunal no cometió los errores jurídicos endilgados por la censura, por cuanto justamente acogió el concepto de calificación integral, para sostener que ésta debía comprender los padecimientos de origen común y profesional, a fin de revisar cuál enfermedad fue determinante o si eran concurrentes cuál tenía mayor peso porcentual en la configuración de la invalidez.

De esta manera, desde lo estrictamente jurídico, el ad quem se ajustó a las directrices de la jurisprudencia de la Sala y fue a partir de allí que decidió acoger el contenido del dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, que acreditaba que la fecha de estructuración de la invalidez del demandante fue el 14 de septiembre de 2009 y que el origen era común, por cuanto la patología determinante para la misma era la del sistema respiratorio que padecía el actor.

Para terminar, el cargo insinúa que debiera tenerse en cuenta el factor invalidante, pues afirma que debe tomarse en cuenta es la patología con la que se alcanza la pérdida de la capacidad laboral mirada en la línea del tiempo, argumento que para la Corte debe desestimarse, pues, como se vio en líneas anteriores, es el factor determinante o concluyente el que permite establecer el origen de la invalidez, esto es, si es de naturaleza común o profesional, en desarrollo de la norma técnica vigente.

(...) Desde lo estrictamente jurídico expuesto en el segundo cargo, la Corte no encuentra error alguno en la sentencia impugnada, pues, contrario a lo alegado por la censura, el Tribunal sí valoró de manera conjunta las pruebas, en especial, todos los dictámenes emitidos, para establecer que en el caso se dieron diversas calificaciones, solo que decidió darle mayor peso probatorio al rendido dentro del proceso el 31 de julio de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, que determinó una pérdida de la capacidad laboral del 53.24% con fecha de estructuración del 14 de septiembre de 2009 y que tenía origen común, dado que, pese a que existían diversas patologías, la que lograba la invalidez por mayor deficiencia era la del sistema respiratorio que padece el demandante".

Revisada la jurisprudencia en la materia, esta Sala de Decisión avala sin reproche alguno la conclusión a la que arribó la operadora judicial de primer orden, en tanto en el marco de la calificación integral, la patología determinante, la que genera mayor deficiencia al actor a la hora de definir el origen de la PCL, son las SECUELAS DE DESPRENDIMIENTO DE RETINA – ATROFIA DE OJO IZQUIERDO POR NEUROPATÍA ÓPTICA TRAUMÁTICA o afaquia de ojo izquierdo (ceguera), de ORIGEN LABORAL, derivado de un ACCIDENTE DE TRABAJO, tal como se corrobora en los dictámenes emitidos a favor del Sr. VILLOTA y el historial clínico adosado al proceso, que además representa el mayor porcentaje en el acumulado final (66.04%) del dictamen

expuesto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño y sustentado por el perito Segundo Mora Montezuma.

En efecto, el experto indicó, *“del total calificado, aproximadamente se puede decir que la pérdida de agudeza visual o afaquia del ojo izquierdo representa entre un 35 a 37% de la pérdida”* y que, *“en el presente asunto, se determinó el origen como laboral porque la patología de mayor porcentaje es de ese origen”*.

En ese orden, las conclusiones que respaldan la decisión judicial objeto de estudio se ajustan a derecho y ceñidas al precedente delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto efectivamente le corresponde a la llamada a juicio, COLMENA SEGUROS ARL, como administradora de las contingencias laborales del afiliado, asumir la pensión de invalidez que se causa a su favor.

Por ello y sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones, la providencia reprochada por pasiva será confirmada, más aún si se tiene en cuenta que el dictamen surtido dentro del proceso judicial pudo controvertirse en los términos del artículo 228 del C.G.P.², sin que ello fuere del caso, pues si bien COLMENA SEGUROS ARL, en el escrito con el cual describió traslado del referido dictamen (fl. 1 a 3 PDF 25.), anunció que aportaría un nuevo dictamen de calificación de invalidez del señor CARLOS MARINO VILLOTA, ello no ocurrió oportunamente sino tan solo el 27 de abril de 2022, fecha en la cual se adoptó la decisión de primer orden.

Superado el primer problema, la Sala se ocupará de calificar si es viable resolver de fondo la segunda solicitud elevada en el recurso de apelación por el representante judicial de COLMENA SEGUROS ARL, encaminada a que su prohijada pueda repetir contra la AFP PORVENIR S.A., a fin de que cubra, en lo que corresponda, el porcentaje calificado como de origen común.

La respuesta a tal planteamiento es negativa y, por tanto, no será abordado por parte de esta Sala de Decisión, por cuanto no guarda congruencia con el escrito

² ARTÍCULO 228. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento (...).

de contestación en lo que hace relación a las excepciones de mérito ni se hace mención alguna en los hechos que respaldan su defensa, sino que surge tan solo con ocasión de la decisión de primera instancia y, por lo tanto, la también llamada a juicio AFP PORVENIR S.A., no tuvo la oportunidad de ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa.

Recuérdese, al respecto, que la Sala de Casación Laboral ya de vieja data, en sentencia CSJ SL 21 de mayo de 2010, rad. 33866, señaló:

“Tal como lo ha explicado esta Sala de la Corte, de seguro, con el propósito de salvaguardar el derecho de defensa de los contendientes judiciales, el artículo 305 del estatuto que gobierna los ritos civiles –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a la preceptiva de su artículo 145, claro que con la morigeración atinente a la facultad del juez laboral de única o de primera instancia de proferir decisiones extra o ultra petita- la sentencia debe guardar armonía o consonancia “con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

De manera que la determinación de la congruencia o incongruencia tiene como parámetros de comparación: a) La sentencia enfrentada con las pretensiones y los hechos planteados en la demanda; y b) La sentencia confrontada con las excepciones, a condición de que aparezcan probadas y hubiesen sido propuestas, si así lo reclama la ley.

Es el cotejo de la sentencia con las pretensiones, al igual que con las excepciones, y los fundamentos fácticos de las unas y de las otras, lo que define si el pregón de incongruencia que se lanza sobre el fallo es fundado o no.

Simplemente, hay que mirar en la demanda las pretensiones –es decir, el bien o bienes jurídicos perseguidos por el demandante que, en virtud de la ley sustancial, le deben ser reconocidos por el demandado- y los hechos en que se soportan aquéllas –esto es, el sustento fáctico, la causa petendi-. Luego, examinar la sentencia para ver de establecer si respetó o no ese marco trazado en la demanda.

Igual contraste cabe realizar entre la demanda y las excepciones. Ese, se repite, es el sencillo ejercicio que debe hacerse. De tal suerte que cualquier otro elemento, factor o circunstancia no constituye un extremo de comparación, en el horizonte de establecer si la sentencia es congruente o no”.

Quedan de esta manera atendidos los problemas jurídicos planteados para desatar la presente Litis.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desata el recurso de apelación formulado por la traída a juicio COLMENA SEGUROS ARL, la condena en costas en esta instancia estará a su exclusivo cargo y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv, esto es, \$2.320.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

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

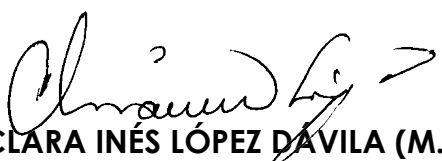
RESUELVE:

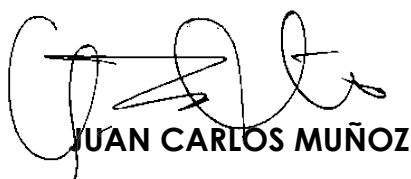
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 27 de abril de 2022, objeto de alzada por la parte demandada COLMENA SEGUROS ARL, de conformidad con los argumentos vertidos en la presente providencia.

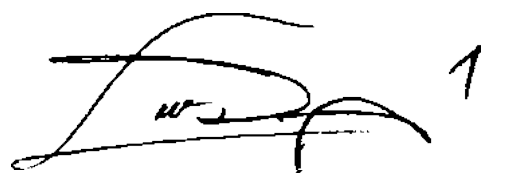
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a COLMENA SEGUROS ARL, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv, esto es, \$2.320.000; que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2019-00424-01 (184)

AUTO No. 203

San Juan de Pasto, doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **CARLOS GUILLERMO RUANO LEYTON** en contra del señor **JORGE ALBERTO ROMO ROSERO** y **EDIFICIO ROMO – PROPIEDAD HORIZONTAL**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, de manera principal, se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con el señor JORGE ALBERTO ROMO ROSERO, suscrito para el servicio de VIGILANTE o CELADOR del Edificio Romo, cuya terminación fue unilateral y sin justa causa por no existir autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, declare la ineficacia de la terminación y solicita se ordene el reintegro a un cargo igual o de similar jerarquía, además del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones enlistados en el líbello genitor, adeudados desde el 5 de diciembre de 1992 y hasta que se haga efectivo el reintegro, la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997, perjuicios morales, calculo actuarial, reintegro de los gastos de tratamiento, transporte y medicamentos, sanción por la no consignación de las cesantías y el no pago de sus intereses, debidamente indexados, lo que derive de la aplicación de las facultades extra y ultra petita, junto con las costas procesales.

En las pretensiones que denominó "SUBSIDIARIAS 1" solicitó la declaración de la relación laboral entre el 5 de diciembre de 1992 y el 22 de junio de 2016, la terminación

del contrato sin justa causa, para que en consecuencia se condene a reconocer y pagar la indemnización por este concepto junto con las demás prestaciones enlistadas, los perjuicios morales, pensión sanción, gastos de tratamiento, transporte y medicamentos, sanciones por la no consignación de las cesantías y no pago de sus intereses, la indexación, la aplicación de las facultades ultra y extra petita, junto con las costas procesales.

Finalmente, en las pretensiones que denominó “SUBSIDIARIAS 2” solicitó similares declaraciones y condenas, agregando el calculo actuarial por concepto de mesadas pensionales no cotizadas.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con el demandado, desde el 5 de diciembre de 1992 hasta el 22 de junio de 2016, para cumplir las funciones de vigilante en el Edificio Romo; que cumplió las órdenes impartidas por el Sr. JORGE ALBERTO ROMO ROSERO o quien administrara la propiedad horizontal (Melba Lucy Riascos Chaves de Rodríguez); que el horario se cumplió por 12 horas diarias, esto es, 84 horas semanales sin que dicho tiempo suplementario se le hubiera reconocido; que percibió como contraprestación 1 smlmv; y, que los empleadores fraccionaron la relación laboral, a pesar que la prestación del servicio fue continua.

Indica que durante la vigencia de la relación laboral se omitió la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, riesgos laborales, parafiscales y pensión), los que ha sufragado de manera independiente.

Agrega que como consecuencia de las extensas jornadas laborales, presentó problemas de salud desde el 1° de mayo de 2016, siendo diagnosticado con MIOCLINIAS NO ESPECÍFICAS que derivaron en hospitalización e incapacidad inicialmente de 3 días; que tal situación fue conocida por el empleador quien acudió a las instalaciones del Hospital en que se encontraba internado; que más adelante, el 17 de mayo de 2016, fue diagnosticado con EPILEPSIA FOCAL SINTOMÁTICA por la que se ordenó nueva hospitalización e incapacidad entre el 18 y 20 de mayo de 2016; que el 28 de mayo de 2016, fue diagnosticado con TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO, condiciones de salud que imposibilitaban el correcto ejercicio de las actividades laborales.

Señala que el 27 de mayo de 2016 fue requerido por el empleador para justificar la inasistencia e incumplimiento de labores desde el 2 de mayo de 2016, la cual se cumplió poniendo de presente las diferentes patologías diagnosticadas, pese a ello, el convocado omitió el deber de reubicarlo en un cargo acorde a su condición de salud; que igual requerimiento se realizó el 17 de junio de 2016 y, con oficio del 5 de julio de 2016, el empleador informó que a partir del 30 de mayo de 2016 terminó la relación laboral por ausencia injustificada de las jornadas laborales y no atención de los requerimientos, sin que para ello se hubiere adelantado un proceso disciplinario.

Aduce que, mediante dictamen No. 2016-12970763.0322 de 23 de noviembre de 2016, fue calificado con un 43% de PCL, estructurado el 2 de mayo de 2016; es decir, en vigencia de la relación laboral, lo que le otorga una estabilidad laboral reforzada, dando paso a la ineficacia del despido y consecuente reintegro por no solicitar el permiso necesario ante la Inspección de Trabajo.

Refiere que el 17 de abril de 2019, se realizó audiencia de conciliación ante la Inspección de Trabajo sin llegar a ningún acuerdo; que el 5 de junio de la misma anualidad presentó reclamación laboral directa ante el empleador, la cual no ha sido atendida, razones por las que se interrumpió el fenómeno de la prescripción.

Finalmente, manifiesta que se le adeudan los salarios e indemnizaciones objeto del presente proceso.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma al demandado, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones refiriendo que, sí bien existió una relación laboral, esta se desarrolló en diferentes periodos de tiempo y de manera discontinua, la primera desde el 1º de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011 y la segunda, desde el 1º de enero de 2013 hasta el 30 de mayo de 2016, pues desde 1992 hasta la primera data referida, se encontraba domiciliado en las ciudades de Bogotá y Cali, dejando el inmueble arrendado en su totalidad a terceros, específicamente, las señoras Gladys Delgado, Ana María Romo, Melva Riascos y María Eugenia Paz.

Manifestó que ante la inasistencia del actor al cumplimiento de sus labores, le requirió en dos oportunidades para que se justifique; empero ello no sucedió, siendo su situación de salud un hecho desconocido, máxime cuando las incapacidades

conocidas en el proceso no comprenden el lapso de inasistencia, traducándose en un abandono del cargo y la terminación del vínculo laboral bajo una causa justificada.

Finalmente, indica que los derechos laborales alegados fueron debidamente liquidados y cancelados anualmente.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, declaró la existencia de dos contratos de trabajo con el demandado JORGE ALBERTO ROMO ROSERO, entre el 1° de septiembre de 1998 y el 1° de enero de 2000 y del 1° de enero de 2007 hasta el 5 de julio de 2016, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, condenó al pago del auxilio de cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, tiempo suplementario, salarios de junio y julio de 2016, devolución de aportes a pensión e indemnización por despido sin justa causa; declaró probadas las excepciones de afiliación al sistema de seguridad social en salud y prescripción parcial y de oficio la de pago parcial; absolvió de las restantes solicitudes y condenó en costas al convocado a juicio.

Para arribar a tal determinación encontró probada la prestación personal del servicio y dio aplicación a la presunción del artículo 24 del C.S.T.; no obstante, el demandado desvirtuó la subordinación por todo el tiempo incoado, toda vez que entre junio de 1995 y agosto de 1997, se realizaron aportes pensionales por otra empleadora ajena al demandado. Igual situación ocurrió entre el 1° de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2006, pues el testimonio rendido por Melva Lucy Riascos reconoció el vínculo laboral en dicho periodo. Respecto de los extremos adujo que la certificación en que se sitúa la vinculación contractual desde 1992 resulta contradictoria en su contenido, respecto de lo manifestado en la demanda, certificaciones posteriores y lo dicho en la inspección del trabajo y por ello, la relación laboral se concita desde lo probado, 1998, tomando como extremo final la comunicación de terminación del contrato, esto es, 5 de julio de 2016.

Frente a la ineficacia de despido pretendido, consideró la jueza cognoscente que no existió un despido discriminatorio, en tanto el empleador no conocía de la condición

de salud del demandante, además, este obedeció una causal objetiva y válida, esto es a la inasistencia injustificada del trabajador a su lugar de trabajo, que por tratarse de una causal directa no requiere de proceso disciplinario previo, por ello, desechó la pretensión de reintegro y pago de derechos e indemnizaciones que del mismo se desprenden.

No obstante, concedió la indemnización por despido sin justa causa, argumentando que la terminación debió darse desde el momento en que ya no existía deseo de continuar con la relación laboral, esto es, 30 de mayo de 2016 y en la forma en que se hizo; frente a los daños morales, consideró que no se encuentran probados, pues en todo caso, la forma de afiliación a pensión por irregular que sea no acarreó perjuicio en tanto el demandante goza de una pensión de invalidez.

La sanción moratoria por la no consignación de las cesantías fue negada al considerar que no se observa mala fe del demandado, pues de las liquidaciones adjuntas al plenario y de la declaración realizada por el demandante, se tiene que el empleador pagó directamente tal emolumento, por lo menos a partir de 2009, quedando pendiente lo no demostrado, empero, al incurrir en una prohibición legal por realizar el pago directo al trabajador, de conformidad con lo reglado en el artículo 254 del C.S.T., se ordenó nuevamente su pago. También negó la indemnización moratoria por no pago de la liquidación, considerando que entre la terminación de la relación laboral y el pago por consignación, transcurrió un término prudencial y razonable.

Por otro lado, indicó que el tiempo suplementario se encuentra suficientemente probados con la testimonial arrimada al proceso, quienes indicaron que el actor cumplía turnos de 24 horas día por medio y ello no fue desvirtuado por el empleador.

Por último, en cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral refirió que si bien es cierto la legitimada por activa para reclamar es la UGPP, tendrán que devolverse al trabajador los porcentajes a cargo del empleador dentro de los periodos laborales declarados.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante presentó recurso de apelación, con el que atacó los siguientes puntos:

- Refirió que no comparte el criterio de la Juez sobre la falta de claridad del extremo inicial, pues en el plenario obran las certificaciones laborales emitidas por la Sra. Melba Lucy Riascos Chaves, en calidad de administradora del inmueble y al tomar por ciertas sus declaraciones se debe dar validez a tales documentales.
- Respecto de la ineficacia del despido por ser discriminatorio manifestó que el empleador si tuvo conocimiento de la enfermedad y posterior pérdida de capacidad laboral del trabajador y pese a que esta se determinó con posterioridad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha referido que si ésta se ocasionó en vigencia del vínculo laboral deben asumirse las consecuencias que de ello se deriven.
- En cuanto al no reconocimiento de la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria por falta de pago, indicó que la primera prestación no está pagada en su totalidad, además que el empleador trató de fraccionar la relación laboral para desdibujar la continuidad y el no reconocimiento del trabajo suplementario, deja claro el actuar de mala fe, dando lugar al reconocimiento de tales emolumentos.
- Indica que en la liquidación de primera instancia, se debe incluir el valor del tiempo suplementario, puesto que este incrementa la base de liquidación.
- Agrega que al reconocerse dos relaciones laborales adicionales a las declaradas, esto es, con las Sras. Gladis Delgado Martínez y Melva Lucy Riascos, la Jueza de primer grado no advirtió la existencia de un litisconsorcio necesario, pues lo que acaeció fue una sustitución patronal que de no decretarse genera una nulidad procesal.
- Finalmente, refiere respecto de la terminación de un vínculo laboral sin adelantar un proceso disciplinario que no basta con la comunicación al trabajador de la terminación del contrato, sino que además, mínimamente, deben exponerse de manera clara las razones que dan lugar a la decisión, con inmediatez, señalando la causal expresa y taxativa de terminación y dando la oportunidad de rendir descargos.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADO

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del demandado también presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria del fallo, argumentando lo siguiente:

- La terminación unilateral del contrato sin justa causa, indicando que el vínculo existente terminó por una justa causa legal, según los artículos 60 y 62 C.S.T., sustentada en la inasistencia injustificada del trabajador a su lugar de trabajo, aun cuando había sido requerido para explique su ausencia (folios 55 y 56 de la contestación de la demanda).
- Frente al extremo final del contrato refirió que esta se dio el 30 de mayo de 2016, fecha hasta la que fueron pagados los salarios y prestaciones debidas, más aún cuando ni siquiera el trabajador tiene claridad de la fecha de terminación del vínculo, pues en audiencia de conciliación la señaló del 1º de mayo de 2016, en la demanda el 22 de junio y en la declaración de parte el 16 de mayo de esa misma anualidad.
- Respecto de los pagos salariales y prestacionales comprendidos desde el 1º de junio y el 5 de julio de 2016, señaló que en este lapso el trabajador no se presentó a laborar, por lo tanto, no hubo prestación personal del servicio y no se causó la remuneración; es decir, no se dieron las contraprestaciones mutuas propias de las relaciones laborales.
- Agrega que la condena de horas extras y trabajo suplementario no cuenta con sustento probatorio suficiente, pues si en gracia de discusión se aceptaran las testimoniales escuchadas, estos solamente dan cuenta desde 1995 a 2005, quedando sin prueba el tiempo restante en especial los últimos tres años, que en caso de prosperidad, son los únicos que no están afectados por la prescripción.
- Señala que la liquidación de las cesantías se realizó desde 1992 hasta 2016, sin tener en cuenta los periodos que se excluyeron y se tuvieron como no probados ni la prescripción también declarada.
-

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por activa y pasiva, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª de 1984 y 66A del C.P.T y de la S.S, modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibieron -vía electrónica- las intervenciones de los apoderados judiciales del demandante y demandado, conforme se desprende de la constancia secretarial de 8 de junio de 2022.

La parte activa de la Litis, se mantuvo en lo argumentado en audiencia; esto es, que se encuentra probada la relación laboral desde 1992, también que hay lugar a la declaración de ineficacia del despido, pues el empleador si tuvo conocimiento de la enfermedad que padecía el actor, siendo ese el motivo para su despido, por lo cual también hay lugar a la indemnización por despido discriminatorio; agrega que hay lugar al reconocimiento de la indemnización por no pago de derechos laborales y sanción por la no consignación de las cesantías porque si bien obra prueba de pagos parciales, existen saldos pendientes, situaciones que demuestran la mala fe del demandado.

Por su parte la apoderada del demandado, reitera que no concuerda con los extremos temporales declarados pues desde 1990 hasta 2009 el demandado no residía en la ciudad de Pasto, de lo cual obra suficiente prueba en el plenario, tiempo para el que se arrendó la totalidad del inmueble a terceros para su explotación económica; por otro lado, frente a la liquidación y condenas impartidas refirió que no está de acuerdo con el reconocimiento de trabajo suplementario y horas extras, en tanto no obra material probatorio suficiente para declararlo.

Manifestó que el vínculo terminó por una justa causa legal y objetiva, esto es, la inasistencia injustificada del trabajador a su lugar de trabajo también reiteró su inconformidad con la condena de pago de derechos laborales causados desde el 1º

de junio al 5 de julio de 2016, pues en tales periodos no se prestaron los servicios y por lo tanto no se generó la contraprestación que le correspondería al empleador.

CONSIDERACIONES

Con base en lo que antecede, le corresponde a esta Sala de Decisión Laboral desatar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Erró la señora jueza cognoscente al no conformar Litisconsorcio necesario en la forma en que lo aduce el recurrente por activa, esto es, al encontrarse probadas dos relaciones laborales independientes de las declaradas en el proceso?; ii) ¿Se acredita el despido discriminatorio fundado en el estado de salud del actor y, en caso afirmativo, proceden las demás consecuencias de dicha declaratoria?; iii) ¿Resulta viable la imposición de la indemnización por despido sin justa causa, en la forma que lo determinó la jueza de primer orden?; iv) ¿Se encuentran ajustados a derecho los extremos temporales de la relación laboral declarados en primera instancia; o, por el contrario, estos se alejan del material probatorio arrimado al plenario?; v) ¿Es procedente el pago de los salarios y prestaciones concedido entre el 1º de junio y 5 de julio de 2016; o, como lo aduce la recurrente por pasiva, al no existir prestación personal del servicio, se releva de tales obligaciones?; vi) ¿Se acredita con suficiencia el tiempo suplementario incoado por el demandante?; vii) ¿La liquidación prestacional efectuada por el despacho primigenio se encuentra ajustada a derecho?; viii) ¿Se encuentra demostrada la mala fe del convocado a juicio y por ello resultan procedentes la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria por el no pago de los salarios y prestaciones prevista en el artículo 65 del C.S. del T.?

2.2. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

2.2.1. DEL LITISCONSORCIO NECESARIO POR SUSTITUCIÓN PATRONAL

Al respecto, según lo preceptuado en el artículo 61 del C. G del P., aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, existe litisconsorcio necesario cuando para la solución de fondo de un conflicto se requiere de manera indefectible la comparecencia de un sujeto, quien sería afectado con la determinación que se adopte, bien sea porque dada la naturaleza de la relación jurídica debatida resulta imposible adelantar o definir de fondo la controversia sin dicha comparecencia o, porque existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial que se reclama. La Corte Suprema de Justicia de vieja data refiriéndose a este tema en sentencia del 14 de junio de 1971, expuso:

"(...) la característica esencial del litisconsorcio necesario es el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de partes en la relación jurídico- procesal por ser única la relación material que en ella se controvierte; unicidad esta que impide hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a los varios sujetos (...)."

De igual manera el artículo 60 del C.G.P. dispone, que el litisconsorcio facultativo depende de la voluntad del demandante para llamar a juicio a los sujetos y si ello ocurre, serán considerados como litigantes separados en sus relaciones con la contraparte, por lo que, a contrario sensu, al litisconsorcio necesario no se les otorga un trato igual sino que las relaciones sustantivas se definen para cada uno de ellos y que por razones de economía procesal se los vincula a un mismo debate judicial.

Sobre esta clase de litisconsorcio el tratadista HERNANDO MORALES MOLINA en su obra CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, ha considerado:

"(...) los litisconsorcios no están vinculados por una relación jurídica sustancial que determine entre varios demandados o pretensiones de los actores, una conexión por la causa o por el objeto, ni las demandas tienden a una relación necesariamente única. Pero el litisconsorcio, en razón de economía procesal, es admisible cuando las relaciones jurídicas en que las distintas partes se encuentran con sus adversarios tenga entre sí alguna afinidad, que puede consistir en una dependencia, o en la unidad de pruebas".

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del C.P.L. y S.S., la "demanda se dirigirá contra el empleador, o contra su representante cuando éste tenga facultad para comparecer en proceso en nombre de aquél", requisito que cumplió el demandante, porque en el libelo genitor indicó al Sr. JORGE ALBERTO ROMO ROSERO como su verdadero empleador, sin que haya dispuesto en el libelo introductorio que dicha acción ordinaria laboral igualmente se imponía en contra de personas diferentes, únicamente mencionó al EDIFICIO ROMO – PROPIEDAD HORIZONTAL, que el despacho descartó por no contar con personería jurídica, ni haberse constituido como propiedad horizontal, anotaciones de las que se extrae con meridiana claridad que no era su voluntad vincular a quienes se consideró por el despacho fungieron como verdaderas empleadoras en los extremos indicados en la decisión de primer orden, al menos como Litis Consortes Necesarios.

Por ello, la inconformidad no prosperará pues en tratándose de un litis consorcio facultativo no puede pretender el demandante que ante su inactividad se saneen dichas falencias y es que recuérdese que, en el trámite procesal, si bien fue radicada la reforma de la demanda en la que se encontraban incluidos todos a quienes podría llamarse en calidad de empleadores, esta resultó extemporánea.

2.2.2. DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, DESPIDO DISCRIMINATORIO E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

En la actualidad la Jurisprudencia Nacional emanada de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral, coinciden en que si el trabajador demuestra su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo el despido se presume discriminatorio, la que se puede desvirtuar por parte del empleador demostrando la justa causa para terminar la relación laboral.¹

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, señala que la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la que gozan las personas que tienen una afectación en su salud **que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.**

Por su parte, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, con sentencia SL5181-2019 señaló que no cualquier afectación al estado de salud amerita la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el siguiente sentido:

*“...Lo anterior no significa, se itera, que la protección especial al trabajador en situación de discapacidad sea el parámetro general, esto es, que cualquier afectación al estado de salud, es el que amerita la restricción legal, sino como lo ha venido sosteniendo la Sala, **la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo**, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles.”*

En la misma línea la referida Corporación, mediante sentencia SL3488- 2020, precisó que no cualquier quebranto de salud del trabajador o el simple hecho de encontrarse en incapacidad médica lo hace merecedor de la garantía a la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, razón por la cual indicó que es

¹ Al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2586- 2020, SL4113-2020 del 27 de octubre de 2020 y las sentencias de la Corte Constitucional SU- 049 de 2017 y T-052 de 2020.

necesario que exista una “situación de discapacidad de grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad laboral”.

Conforme a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha orientado que el primer requisito para que opere la protección de la Ley 361 de 1997 es que el trabajador cuente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (discapacidad moderada), puesto que las solas circunstancias de que tenga un padecimiento de salud o que esté incapacitado al momento de la terminación contractual no resultan suficientes para conceder este amparo, en tanto que: “la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos”. Así lo ha expresado en sentencias como la CSJ SL del 25 de marzo de 2009, radicado 35606, CSJ SL del 28 de agosto de 2012, radicado 39207, CSJ SL10538 del 2016, CSJ SL11411 y CSJ SL17008 del 2017, CSJ SL3772 del 2018 y CSJ SL275 del 2020.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, conservando la posición que de tiempo atrás viene adoctrinando sobre garantía de la protección laboral, en reciente sentencia SL572-2021 Radicación N.º 86728, febrero 24 de 2021, asentó:

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

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

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

*No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, **sino que se exige que la trabajadora al***

momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso.

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

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

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

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

En tal sentido, el empleador tiene el deber de demostrar que operó con justa causa la terminación de una relación laboral para así desvirtuar la presunción de discriminación, siendo que en el particular, el demandante argumenta que su inasistencia al cumplimiento de la actividad laboral obedeció a complicaciones de salud, de las cuales el demandado tenía conocimiento.

Al respecto, considera esta Sala de Decisión, tal como se aduce en la contestación de la demanda, lo refiere la juzgadora cognoscente y se extrae de lo aportado en el plenario, las certificaciones de incapacidades obrantes a folios 37 – 40, emitidas por Nueva EPS, entre mayo, junio y julio de 2016, existieron incapacidades tan solo en dos oportunidades, del 4 al 7 y del 18 al 20 de mayo, debiendo laborar en los días en los que no obra incapacidad.

Adicionalmente, a folios 37 y 38 de la contestación, obran dos requerimientos suscritos por el demandado, con los que se solicita al trabajador justifique sus inasistencias o

manifieste su deseo de retiro del trabajo y, de ser este el caso, se acerque por su liquidación; no obstante, ello no fue atendido pues el demandante nunca se justificó, tal como se reconoce en la declaración rendida en la audiencia respectiva, cuando indicó que “se le olvidó”.

Por lo dicho concluye esta Sala, que si bien hay lugar a escuchar al trabajador aun cuando opera una justa causa de desvinculación, el empleador no desconoció el derecho de defensa del trabajador, no le negó la oportunidad de ser oído antes de manifestar el despido, pues como se adujo, se remitieron los dos requerimientos, dando la oportunidad que se justificara las inasistencias, las cuales no se atendieron, y si bien no se adelantó un proceso disciplinario como aduce el demandante dando la oportunidad de presentar descargos, esa no es la única manera de escuchar al trabajador y de que haga uso de su derecho de defensa, así se expresó la sentencia SL2351-2020.²

Dicho lo anterior, este Cuerpo Colegiado en nada reprocha la decisión a la que arribó la operadora judicial de primer grado, cuando indicó que en el particular no existió un despido discriminatorio pues medió una justa causa legal y objetiva, más aún, cuando en efecto el empleador ni siquiera tuvo conocimiento de las condiciones de salud o al menos no se probó tales circunstancias en el proceso, cuando además la inasistencia del trabajador por más de 2 meses al lugar de trabajo nunca se justificó.

Finalmente, es de señalar que cuando el demandado decidió dar por terminado el vínculo laboral, el trabajador ni siquiera se encontraba en periodo de incapacidad laboral temporal, como se extrae de las certificaciones de que por tal contingencia obran en el plenario. Por consiguiente, no hay lugar a la ineficacia del despido ni a los derechos y prestaciones que del mismo se desprende.

Finalmente, iguales argumentos sirven para desechar la indemnización por despido sin justa causa ordenada por la falladora de primera instancia, pues como antes se anota, se encuentra suficientemente probado que la terminación del vínculo contractual se ampara por la norma sustantiva laboral -artículo 62 numeral 6º con

² La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

remisión al art. 60 numeral 4º del C.S.T., que reza “faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso el del patrono...”. Así, en tratándose de una falta cometida por el trabajador, sin justificación alguna, la condena que por este concepto se impuso a cargo del empleador será revocada.

2.2.3. EXTREMOS TEMPORALES

Con la finalidad de dirimir la presente causa, advierte la Sala, que en el presente litigio no existe duda de la existencia de una relación laboral, pues son hechos reconocidos por el demandado; no obstante, lo que suscita debate son los extremos laborales en los cuales se desarrolló. Al respecto es de advertir, que en virtud del art. 167 del C.G.P. aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C.P.L. y S.S., es deber de la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus pretensiones y de la parte convocada, aquellos en los cuales estructuran su defensa.

De este modo, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial, no basta con que el trabajador pruebe la prestación personal del servicio, sino que además le corresponde demostrar los extremos de la relación de trabajo, pues en estos se cimienta el pago de derechos laborales ocasionados dentro de su vigencia y la posible causación de sanciones e indemnizaciones moratorias, siendo también de su resorte probar las funciones desempeñadas, el horario y salario percibido.

Dicho lo anterior, disiente la parte actora de la declaratoria del extremo inicial desde el año 1995, pues del material probatorio se extrae, tal como se indicó en el escrito inaugural, que ello ocurrió desde el 5 de diciembre de 1992. Al respecto, indica esta Sala de Decisión que a folios 25 y 26 del PDF 01 obran las certificaciones, emitidas por la Sra. Melva Lucy Riascos Chaves, en las que se lee, “*Que el señor CARLOS GUILLERMO RUANO LEYTON, (...), trabaja en este edificio desempeñando el cargo de celador desde el 05 de Diciembre del año 1992 hasta la fecha (...) Para constancia se firma en San Juan de Pasto a los 8 días del mes de Mayo de 2013*” y a folio seguido reza: “*Que, el señor Carlos Guillermo Ruano Leyton (...), trabaja en este edificio desde el 2 de diciembre de 1992 (...) Para constancia se firma en San Juan de Pasto, a los diez y nueve días del mes de noviembre del año dos mil trece*”.

Frente a tales documentales advierte la Judicatura, que coincide en que existen irregularidades respecto de las fechas consignadas en las mismas, más el hecho de

que la autora de las certificaciones no estuvo al frente del inmueble ni a la fecha de la supuesta iniciación de la relación laboral, ni a la fecha de la emisión de las certificaciones, razón por las que se le resta validez, máxime cuando tales datas no resultan coincidentes con ninguno de los testimonios escuchados en el proceso, particularmente RUBBY DEL SOCORRO RODRÍGUEZ y WALTER GERARDO VALLEJO CALDERÓN, arrendatarios de uno de los apartamentos del inmueble en los años 1995 a 2005, quienes al unísono indicaron que miraron al demandante trabajando en el inmueble desde que llegaron al edificio y hasta que se fueron del mismo.

Por tanto, frente a la fecha inicial de la relación laboral, la Sala avala la conclusión a la que arribó el despacho de primer orden, esto es, que el actor se vinculó al ejercicio de sus funciones en el Edificio Romo al menos desde el año 1995, estando tal periodo y hasta agosto 1998 a cargo de la Sra. Gladys Delgado Martínez, de conformidad con la historia laboral arrojada al dossier (fls. 39 a 46 PDF 01) quien no fue vinculada al proceso y a cargo del demandado, a partir del 1º de septiembre de 1998, quien para dicha data no comprobó un contrato de arrendamiento o similares a fin de señalar que no fue beneficiario de la prestación de servicios personales del demandante y por tanto, verdadero empleador.

Dicho primer lapso, se extendió hasta el 1º de enero de 2000, pues para el efecto obra el testimonio rendido por la señora MELVA LUCY RIASCOS CHAVES DE RODRÍGUEZ, quien confiesa haber sido la empleadora del demandado en los años 2000 a 2006, afirmando que ella le arrendó la totalidad del inmueble al demandado mediante contrato verbal, por un canon de arrendamiento de \$3'000.000 mensuales, incrementados en \$500.000 anualmente, declaración que bajo las reglas procesales, constituye confesión.

Ahora bien, en cuanto a la última relación contractual, es de indicar que no existe discusión frente al extremo inicial, esto es, 1º de enero de 2007 y frente al extremo final, objeto de inconformidad por pasiva, se observa en el plenario una carta suscrita el 5 de julio de 2016 por el demandado Sr. JORGE ALBERTO ROMO ROSERO en la que se da por terminada la relación laboral a partir del 30 de mayo de dicha anualidad, aclarando al respecto que el parágrafo único del artículo 62 del C.S.T., impone que *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación”* con la finalidad de que no exponga causa diferente con posterioridad (subraya la Sala).

De conformidad con lo anterior, es deber del empleador en el momento de terminación del vínculo laboral, informar su causal y no posteriormente. Ahora, si la intención era romperlo el 30 de mayo de 2016, en la misma data debió informarse, pues de lo contrario, tal como sucedió en el particular, lo que se extrae del actuar del empleador es su voluntad de extender el contrato hasta el 5 de julio de dicha anualidad, cuando puso fin a la relación aduciendo las causales legales ampliamente referidas.

2.2.4. PAGO DE DERECHOS LABORALES DEL 1° DE JUNIO AL 5 DE JULIO DE 2016

Al respecto, la alzada por pasiva disiente de tal reconocimiento toda vez que se encuentra probado en el proceso que el demandante no prestó sus servicios durante dicho lapso y ante la falta de tal requisito esencial en la relación laboral, el empleador se releva del reconocimiento y pago de salarios y demás prestaciones. En este punto, tal como se señaló en precedencia, el demandado voluntariamente extendió el vínculo contractual hasta el 5 de julio de 2016, cuando hizo efectiva la terminación de la relación jurídica que ató a las partes, de manera que las obligaciones en cabeza del empleador se mantuvieron incólumes.

No siendo así frente al auxilio de transporte, toda vez que la finalidad de este es cubrir los gastos en que incurre el trabajador para desplazarse a su lugar de trabajo y al no darse tal condición, por no prestarse directamente el servicio, no le asiste deber al empleador de reconocerlo. Por tanto, con excepción de este auxilio por los meses antes referidos, la decisión adoptada por la juzgadora se encuentra ajustada a derecho, revocándose entonces lo que respecta al auxilio de transporte que impone la modificación del numeral segundo de la resolutive.

2.2.5. HORAS EXTRAS Y TIEMPO SUPLEMENTARIO

En este punto, la alzada por pasiva argumenta que no hay lugar al reconocimiento de horas extras y trabajo suplementario, toda vez que el material probatorio resulta insuficiente para su determinación y cuantificación. La respuesta, sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones es positiva, en tanto y cuanto el actor no se encargó a cabalidad de la especial carga probatoria que exige tal pretensión, como lo advierte, en repetidas ocasiones, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, cuando expuso:

"Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017)".³

Pues la testimonial que respaldó tal declaratoria -Rubby del Socorro y Walter Gerardo Vallejo Calderón), no resultan precisos y claros, máxime cuando solamente dan cuenta del cumplimiento del horario y funciones, desde el año 1995 hasta el 2005; en todo caso previo a la configuración del fenómeno prescriptivo.

En virtud de lo expuesto, esta Judicatura revocará el reconocimiento de horas extras y recargos, ajustando la liquidación en lo pertinente.

2.2.6. LIQUIDACIÓN DE DERECHOS, CESANTÍAS Y PRESCRIPCIÓN

Para dar solución de fondo a este tópico, es de considerar que los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T y la S.S., prevén que los derechos laborales pretendidos prescriben en 3 años, contados a partir de que la obligación se hizo exigible.

Ahora bien, en el presente asunto para el juzgado de primer grado, así como para esta Sala de Decisión, operó prescripción parcial de los derechos laborales impetrados, habiendo lugar a reconocerlos, de acuerdo con la fecha de exigibilidad de cada uno y la interrupción del fenómeno prescriptivo con ocasión de la conciliación adelantada ante la Inspección del Trabajo, solo los causados desde el 17 de abril de 2016.

Valga precisar, además, que revisada la liquidación de primera instancia, se evidencia que la misma respecto de las temporalidades liquidadas está ajustada a derecho, pues contrario a lo argumentado por la alzada por pasiva, en esta solo se toma en cuenta la segunda relación laboral declarada y no desde 1992.

Respecto del auxilio de cesantías, es de indicar que el art. 249 del C.S.T. precisa que, el empleador deberá pagar un mes de salario por cada año trabajado, liquidadas a

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1174-2020. Rad, 84079. MP Dr. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

31 de diciembre y si bien éstas deben consignarse año a año, su exigibilidad nace a la terminación del vínculo laboral, fecha desde la cual empieza a contarse su prescripción, de manera que sobre ellas no ha operado tal fenómeno extintivo. Empero, como la condena por concepto de horas extras y tiempo suplementario que sirvieron de base de liquidación fue revocada, su monto será revocada.

Frente a la prescripción de las vacaciones, se aclara que el derecho sobre las mismas se adquiere por cada año laborado y ser disfrutado en el año inmediatamente siguiente, al término del cual empiezan a contarse los tres años de prescripción, en este orden y tomando en cuenta la interrupción de la prescripción reconocida a partir de 17 de abril de 2016, hay lugar al reconocimiento de las mismas desde el 2012 y no desde el 2015 como lo hizo la falladora de primera instancia, empero como tal circunstancia no fue objeto de reproche por activa, dicha decisión se mantendrá.

Finalmente, respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías como punto de apelación por activa es de señalar que como toda deuda laboral, prescribe y su término se contabiliza desde la fecha en que vence el plazo para consignar las cesantías al fondo, tal como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 70892 del 3 de diciembre de 2019:

“Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día”

Así las cosas, en el particular, la sanción impetrada derivada de la omisión de la consignación de las cesantías se encuentra prescrita, porque en todo caso, el auxilio de cesantías que la habilita correspondía al año 2015, que debía consignarse a 14 de febrero de 2016, de manera que el término trienal corría desde el 15 del mismo mes y año, siendo en este caso los únicos derechos que no fueron afectados por el fenómeno extintivo, como ya se anotó, los causados a partir del 17 de abril de 2016.

Por lo expuesto, se modificará el numeral segundo, atendiendo las resultas obtenidas en la liquidación del presente proceso, que se anexará a la decisión.

2.2.8 INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Al respecto, solicita la parte activa de la presente Litis, se condene al demandado al pago de la indemnización moratoria. No obstante, este punto de inconformidad no será abordado por parte de esta Sala de Decisión por no guardar congruencia respecto del petitum del escrito inicial, pues surge tan solo con ocasión de la decisión de primera instancia, sin ser planteada desde el escrito inaugural y, por tanto, sin brindarle la oportunidad a la parte traída a juicio de ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa.

Recuérdese que, al respecto, la Sala de Casación Laboral ya de vieja data, en sentencia CSJ SL 21 de mayo de 2010, rad. 33866 señaló:

“Tal como lo ha explicado esta Sala de la Corte, de seguro, con el propósito de salvaguardar el derecho de defensa de los contendientes judiciales, el artículo 305 del estatuto que gobierna los ritos civiles –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a la preceptiva de su artículo 145, claro que con la morigeración atinente a la facultad del juez laboral de única o de primera instancia de proferir decisiones extra o ultra petita- la sentencia debe guardar armonía o consonancia “con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

De manera que la determinación de la congruencia o incongruencia tiene como parámetros de comparación: a) La sentencia enfrentada con las pretensiones y los hechos planteados en la demanda; y b) La sentencia confrontada con las excepciones, a condición de que aparezcan probadas y hubiesen sido propuestas, si así lo reclama la ley.

Es el cotejo de la sentencia con las pretensiones, al igual que con las excepciones, y los fundamentos fácticos de las unas y de las otras, lo que define si el pregón de incongruencia que se lanza sobre el fallo es fundado o no.

Simplemente, hay que mirar en la demanda las pretensiones –es decir, el bien o bienes jurídicos perseguidos por el demandante que, en virtud de la ley sustancial, le deben

ser reconocidos por el demandado- y los hechos en que se soportan aquéllas –esto es, el sustento fáctico, la causa petendi-. Luego, examinar la sentencia para ver de establecer si respetó o no ese marco trazado en la demanda.

Igual contraste cabe realizar entre la demanda y las excepciones. Ese, se repite, es el sencillo ejercicio que debe hacerse. De tal suerte que cualquier otro elemento, factor o circunstancia no constituye un extremo de comparación, en el horizonte de establecer si la sentencia es congruente o no”.

Quedan de esta manera atendidos los problemas jurídicos planteados para desatar la presente Litis.

3.2.8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desatan los recursos de alzada, las costas en esta instancia no se impondrán por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 31 de marzo de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente fallo, los cuales quedarán de la siguiente manera:

“PRIMERO.- DECLARAR la existencia de dos contratos de trabajo verbales a término indefinido entre CARLOS GUILLERMO RUANO LEYTON identificado con la cédula de ciudadanía número 12.970.763 como trabajador, y el señor JORGE ALBERTO ROMO ROSERO identificado con la cédula de ciudadanía número 12.955.817 como empleador, ejecutados en los siguientes períodos:

- El primer, desde el 1º de septiembre de 1998 hasta el 1º de enero de 2000
- El segundo, desde el 1º de enero de 2007 hasta el 5 de julio de 2016

SEGUNDO.- CONDENAR al señor JORGE ALBERTO ROMO ROSERO a pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia a favor del demandante CARLOS GUILLERMO RUANO LEYTON las siguientes sumas debidamente indexadas a la fecha, y por los siguientes conceptos:

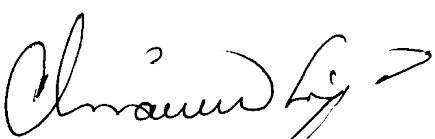
- AUXILIO DE CESANTÍA: \$7'284.038
- INTERESES A LA CESANTÍA: \$ 5.541
- PRIMA DE SERVICIOS: \$ 210.408
- VACACIONES COMPENSADAS: \$ 1'597.556
- AUXILIO DE TRANSPORTE: \$113.960
- SALARIO DEL 1º JUNIO HASTA 5 DE JULIO DE 2016: \$ 1'005.326
- DEVOLUCION DE APORTES A PENSIONES: \$8.147.497"

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, objeto de apelación por activa y por pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

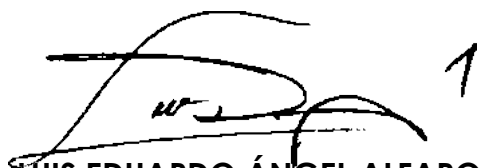
TERCERO. ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en el artículo 41 del C.P.L. y S.S., de lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2018-00279-02 (293)

AUTO No. 204

San Juan de Pasto, doce (12) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario Laboral de la referencia instaurado por la Sra. **NHORA LUCIREY OBANDO PARRA** en contra del **HOSPITAL SAN RAFAEL** acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante, por esta vía ordinaria laboral, se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo con el HOSPITAL SAN RAFAEL de Pasto desde el 1º de julio de 1996 al 14 de enero de 2018; que es una persona de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia y a su cargo una hija en condición de discapacidad y su madre que hace parte de la tercera edad. En consecuencia, solicita declarar la ineficacia del despido injustificado y se condene al reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía, al pago de salarios y prestaciones adeudados desde la finalización del vínculo laboral y hasta el reintegro acaecido el 30 de junio de 2018 por orden constitucional, los perjuicios morales, así como las cotizaciones debidas al Sistema de Seguridad Social Integral.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 8 de diciembre de 1965 y se vinculó con el Hospital San Rafael de Pasto el 1º de julio de 1996, a través de un contrato a término fijo que se prorrogó hasta el 14 de enero de 2018, cuando finalizó por voluntad del empleador

contenida en el preaviso de 14 de diciembre de 2017, encontrándose afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral.

Señala que es madre cabeza de familia y su hogar se integra por su progenitora, persona de la tercera edad y su hija JEIMMY LORENA GOMAJOA, declarada con discapacidad mental absoluta mediante sentencia proferida por el Juzgado Cuarto del Circuito de Familia de Pasto, de manera que el salario percibido constituía el único ingreso para su grupo familiar.

Aduce que mediante sentencia de tutela proferida el 14 de junio de 2018, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, fueron amparados sus derechos y se concedió transitoriamente la tutela de las garantías impetradas, ordenado al demandado su reintegro laboral, decisión que se cumplió el 30 de junio de 2018.

Indica que ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, un total de 1.238,57 semanas, que le otorgan la calidad de PRE PENSIONABLE.

Finalmente, manifiesta que todo su grupo familiar sufrió de angustia y tristeza al no contar con un mínimo para mantener sus condiciones dignas y porque su hija en condición de discapacidad no pudo continuar con sus tratamientos y terapias.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La parte accionada el HOSPITAL SAN RAFAEL, una vez notificada por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda para oponerse a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, argumentando que en efecto existieron 3 contratos de trabajo a término fijo, los cuales fueron debidamente liquidados y cancelados en su momento, siendo el último de ellos preavisado el 14 de diciembre de 2017.

Aclara que durante toda la relación laboral no tuvo conocimiento de la situación familiar de la demandante y en cuanto a la condición que alega, refiere que en la legislación laboral vigente no se denota ningún tipo de fuero o garantía de estabilidad para las madres cabeza de familia. No obstante, el 14 de junio de 2018, se dio cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, que

transitoriamente declaró la estabilidad laboral reforzada y ordenó el reintegro de la accionante.

Concluye, por último, que la accionante no ostenta la calidad de pre pensionada por cuanto a la terminación del vínculo laboral contaba con 53 años y, conforme la jurisprudencia, para ser beneficiario de dicho fuero le debía faltar 3 años o menos para adquirir su pensión, que no es el caso.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, con decisión de 12 de mayo de 2022, el operador a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto declaró que entre NHORA LUCIREY OBANDO PARRA y el HOSPITAL SAN RAFAEL existieron tres contratos de trabajo a término fijo, así: del 1° de julio al 31 de diciembre de 1996, del 1° de enero de 2000 al 1° de enero de 2002 y, el último con fecha inicial 15 de enero de 2002, aún vigente. Declaró ineficaz la terminación de este contrato de trabajo que se prorrogó hasta el 14 de enero de 2018, el cual seguirá vigente siempre y cuando sea efectiva la protección por retén social en calidad de pre pensionable, esto es, hasta que la demandante tenga cotizadas las 1300 semanas. En consecuencia ordenó el reintegro de la demandante al mismo cargo y bajo iguales condiciones laborales, también el pago de los salarios y prestaciones adeudados desde el 15 de enero al 29 de junio de 2018. Por último, absolvió a la parte demandada de las restantes pretensiones y la condenó en costas.

Para arribar a tal determinación, el juez cognoscente, sostuvo que la actora a la terminación del vínculo contaba con 1.238,37 semanas de cotización, faltándole así menos de 3 años para acceder al derecho pensional, de conformidad con la jurisprudencia que respecto al retén social existe.

1.3. RECURSO DE APELACION DE LA PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión, quien representa los intereses judiciales del accionado, solicitó su revocatoria integral, indicando que no se cumplen con los requisitos para la configuración de la estabilidad laboral reforzada por pre pensionada, de conformidad con la sentencia T-357 de 2016, en la que se señaló como presupuestos para alcanzar esta garantía que le falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad o semanas cotizadas para el reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez,

así, para hablar de la estabilidad pregonada deben coexistir las exigencias referidas, esto es, contar con la edad cumplida y que reste únicamente el alcance de las semanas mínimas requeridas; empero, en el sub judice, a la terminación del vínculo la actora únicamente contaba con 52 años, faltándole 5 años.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se recibió vía electrónica, la intervención de la parte demandada, según constancia secretarial de 5 de agosto de 2022, quien reitera la solicitud de revocatoria de la decisión, en tanto para habilitar la estabilidad laboral reforzada por fuero de pre pensionada, deben coexistir ambos requisitos, esto es, que le falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y semanas de cotización.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿La decisión adoptada por el operador judicial de primer grado se ajusta a derecho; o, por el contrario, como lo aduce el alzado por pasiva, la parte demandante no ostenta la garantía de estabilidad laboral reforzada por su condición de pre pensionable por faltarle más de 3 años para acreditar los dos requisitos legales para alcanzar la pensión de vejez; en consecuencia, se torna improcedente declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PRE PENSIONABLE

Frente al tema, consideró el juez de primer orden que la actora se encontraba cobijada por esta especial estabilidad, al reunir los requisitos para ello, esto es, que en aplicación del retén social previsto en la Ley 790 de 2002 -a la que en múltiples ocasiones le ha dado alcance la Corte Constitucional, como cuando extendió tal beneficio al sector privado a través de sentencia SU-003 de 2018-, según su historia laboral expedida por COLPENSIONES, a la terminación del vínculo contractual a la actora le faltaban menos de 3 años para alcanzar la densidad mínima de semanas de cotización para obtener la pensión de vejez, pues tan solo reunía 1238,37. Ello generó inconformidad de quien representa los intereses de la convocada, quien insiste en que la protección por pre pensionado se obtiene cuando para alcanzar los requisitos coexistentes de tiempo y edad, le faltan 3 años o menos, por ello, siendo que la actora contaba tan solo con 52 años al momento del despido, no es beneficiaria de la referida estabilidad.

Al respecto, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en proveído de 23 de febrero de 2022, MP. Dr. JORGE PRADA SÁNCHEZ, expuso:

Lo anterior no significa que el juez laboral no deba estar atento a los cambios jurisprudenciales, a fin de identificar la manera en que, a la luz de la postura plasmada en los precedentes proferidos por los órganos de cierre de la jurisdicción laboral y constitucional, pueda hacer justicia material en un caso concreto.

De esta suerte, para resolver esta y las demás inconformidades de la censura, lo que sigue es verificar el panorama actual de la garantía de estabilidad por condición de pre pensionado, para definir si el Tribunal se equivocó en la aplicación o en la interpretación, de las reglas y pautas decantadas por la jurisprudencia para dar vida a esa figura.

Actualmente, el sentido y alcance de esa protección especial dista mucho del texto plasmado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que la concibió originalmente como la imposibilidad de retirar del servicio en el marco del programa de renovación de la administración pública, entre otros trabajadores, a los «servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley».

En varias decisiones, esta Corporación ha explicado que la condición de pre pensionado opera como una protección especial o mecanismo de estabilidad laboral, ante los despidos que se dan en el marco de los procesos de liquidación definitiva de entidades públicas, y que cobija a aquellos trabajadores que están inmersos en los supuestos que establece el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 (CSJ SL1496-2014 y CSJ SL5528-2018).

Más recientemente, la Corte amplió su criterio al reconocer que «la salvaguarda de estas personas en el marco de procesos de reestructuración, liquidación o fusión de entidades, va más allá de la aplicación de las precisas circunstancias de la Ley 790 de 2002 en tanto tal protección deriva de un mandato suprallegal» (CSJ SL696-2021). Desde esta nueva perspectiva, asentó que la protección contemplada en dicha norma, es solo una de las medidas a través de las cuales el legislador ha garantizado los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, los pre pensionados y las madres cabeza de familia.

Fue así entonces como, en armonía con el criterio de la Corte Constitucional, esta Sala definió que la protección bajo estudio no solo tiene cabida en el marco del programa de renovación de la administración pública, sino también en contextos similares en los que se presentan despidos asociados a «reestructuraciones, fusiones y liquidaciones de entidades públicas» (ibídem).

La sentencia CC SU-003-2018 es relevante a efecto de resolver este litigio, en la medida en que sirvió de sustento a las reflexiones del Tribunal. Advierte la Sala que se trata de una sentencia de unificación, lo cual supone la existencia de opiniones divergentes al interior de la jurisdicción constitucional, que ameritaron la precisión de parámetros en torno a la figura objeto de estudio, para así garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, entre otros principios (CC C-836-2001).

En su providencia de 2018, la Corte Constitucional reiteró lo expuesto por sus distintas salas de revisión, en cuanto a que «la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de orden legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas». Así mismo, definió al pre pensionado como aquel que se encuentra vinculado al sector público o privado y le faltan menos de 3 años para consolidar «los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas - o tiempo de servicio- requerido en el régimen de prima media con prestación definida o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión».

Destacó que la finalidad de ese mecanismo es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, que podría verse frustrada por la «pérdida intempestiva del empleo». Explicó también que, puntualmente, la protección consiste en amparar la estabilidad laboral, en función de hacer viable la continuidad en la cotización efectiva al sistema pensional para «consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez».

Y en lo que interesa al litigio, retomó el criterio vertido en sentencia CC T-972-2014, para asentar, a título de regla de unificación jurisprudencial, que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea la edad, porque ya se cuenta con el número mínimo de semanas de cotización, la desvinculación del trabajador no frustra la obtención de la pensión de vejez. De ahí que no hay lugar a considerar que bajo ese supuesto «la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente».

Con tales aseveraciones, concluyó la providencia en cita:

Ante tal horizonte, lo único que cabe colegir es que a la luz de lo adocctrinado por la jurisprudencia del trabajo, el caso bajo examen no coincide con los supuestos en los que esta Corporación ha prohijado la estabilidad laboral de las personas próximas a cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de un despido relacionado con la reestructuración, fusión o liquidación de una entidad pública.

De la misma manera y aún desde la perspectiva desarrollada por la Corte Constitucional, el recurrente tampoco demuestra que el Tribunal se equivocara al ratificar la negativa a conceder la garantía de estabilidad reclamada a lo largo del proceso. Como lo dedujo el juez plural y no es objeto de discusión, Dangond Pinilla superaba con creces las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión de vejez, conforme la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 86 a 95).

Cumple acotar, además, que el criterio antedicho, que alumbró las reflexiones del fallador de segundo grado, no se vislumbra sorpresivo, ni dirigido a frustrar derechos adquiridos por el actor. Como se explicó líneas atrás, se trata del resultado de la unificación de posturas divergentes, entre ellas, la acogida por el juez de la apelación, en torno a un mecanismo de fuente constitucional y desarrollo eminentemente jurisprudencial. Por ende, la censura no acierta al considerar afectados sus derechos fundamentales, debido a la aplicación de la regla comentada.

Dicho lo anterior, esta Sala de Decisión, atenta a los continuos cambios jurisprudenciales de la jurisdicción laboral y constitucional que en la materia se han proferido, entiende la diferenciación de las figuras de retén social indebidamente aplicado en primer grado, que según sentencia SU-003 de 2018 aplica tanto al sector público como privado para quienes les faltare menos de tres años para reunir los requisitos de edad y densidad de semanas y consolidar así, su anhelo pensional.

En este orden y en aplicación de tales preceptos, este Cuerpo Colegiado no avala la conclusión a la que arribó el juez de primera instancia, esto es, que la demandante es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por prepensionada, en tanto y cuanto al momento del despido, a la trabajadora demandante, le faltaban más de cuatro (4) años para consolidar su derecho a la pensión de vejez y ello, de plano, la excluye de la estabilidad laboral brindada, equivocadamente, por el juez laboral de primer grado. Tal conclusión no cambia si el análisis se realiza desde la contabilización de semanas cotizadas, que para el caso es de 1.269,27 a 14 de enero de 2018, fecha de terminación del vínculo laboral (conteo se adjunta como anexo de la presente decisión), faltándole 30,73 semanas porque, recuérdese, los requisitos para alcanzar esta prebenda pensional son coexistentes o concomitantes.

Por tanto, el despido efectuado el 14 de enero de 2018, NO frustró sustancialmente el acceso a la pensión de vejez, y, por ello, la decisión de primer grado objeto de apelación por pasiva será revocada para, en su lugar, declarar que la terminación del vínculo laboral de NHORA OBADO por parte de la demandada Hospital San Rafael de Pasto es eficaz y ajustado a derecho. En su lugar, se declarará probada la excepción de fondo formulada por la convocada a juicio al contestar el escrito inaugural, denominada “inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado” y “cobro de lo no debido”, absolviéndola, en consecuencia, de todas y cada una de las pretensiones elevadas por activa.

2.3. COSTAS PROCESALES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de apelación formulado por la parte demandada, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de la parte demandante NHORA LUCIREY OBANDO PARRA y a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente; esto es, \$1.160.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. Así mismo le corresponde asumir, a la demandante, las costas de primera instancia en una suma igual.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído para, en su lugar, **DECLARAR** probadas las excepciones de mérito denominadas “inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado” y “cobro de lo no debido”, formuladas por HOSPITAL SAN RAFAEL DE PASTO, con la consecuente absolución de todas y cada una de las pretensiones elevadas por activa.

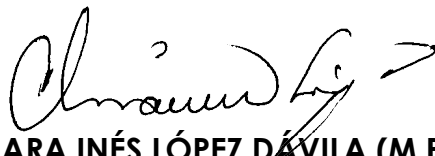
SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a la demandante NHORA LUCIREY OBANDO PARRA, a favor de la demandada HOSPITAL SAN RAFAEL DE

PASTO, en cuantía de 1 smlmv, esto es, \$1.160.000, en cada instancia, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

TERCERO: ANEXAR a la presente decisión el conteo de semanas citado en la parte motiva de esta decisión.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo señalado en la ley 2213 de 2022, insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. Igualmente se notificará por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación a lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO