Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01678 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 19 de abril de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** en contra de **NUEVA E.P.S.**

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01678 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.**
Demandado: **NUEVA E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende que la NUEVA E.P.S. valide y transcriba las incapacidades expedidas por médicos no adscritos a esta entidad.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que sus dos funcionarias de nombres Nancy Jazmín Flórez Bernal y Ferne Licedier Segura Casallas, estuvieron incapacitadas del 22 al 23 de mayo de 2018 y del 29 al 30 de noviembre de 2017, respectivamente; por lo que se solicitó la transcripción de las incapacidades, no obstante, la NUEVA E.P.S. negó el requerimiento, ya que, dijo, no se cumplía con los criterios para efectuar la correspondiente transcripción, pues no se allegó historia clínica.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

NUEVA E.P.S. (medio óptico de folio 68), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, improcedencia de la transcripción y reconocimiento prestacional, inexistencia de la obligación en cabeza de la NUEVA E.P.S., falta de legitimación en la causa por activa, y la genérica.

Indicó que las incapacidades que se generen en el marco de una atención ambulatoria y no de una atención de urgencias no

son objeto transcripción; que NUEVA E.P.S. dentro del Manual de Prestaciones Económicas tiene establecido que las incapacidades expedidas por entidades ajenas a la red de servicios, no serán objeto de pago o transcripción; que a la actora no le asiste el reconocimiento de las incapacidades, puesto que son por menos de tres días, caso en el que están a cargo del empleador; y que no se allegan pruebas de las que se pueda concluir que la U.G.P.P. pagó las incapacidades de sus trabajadoras.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 61 a 63), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de abril de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que conforme al artículo 121 del Decreto 019 de 2012 es obligación del empleador adelantar el trámite de reconocimiento y pago de incapacidades; y que la entidad demandante no allegó prueba del pago de las incapacidades de sus trabajadoras, Nancy Jazmín Flórez Bernal y Ferne Licedier Segura Casallas.

IV. APELACIÓN.

PARTE ACTORA. (medio óptico de folio 68).

Adujo que el pago de las incapacidades no fue un motivo de discusión, pues el motivo de la negativa por parte de la E.P.S. para reconocer las incapacidades y transcribirlas, se base en que

las incapacidades fueron otorgadas por médicos no adscritos a la red de prestadores de la NUEVA E.P.S.; que una vez realizado el pago de la incapacidad de sus trabajadoras, y en aras de evitar situaciones de abuso del derecho, solicitó a la NUEVA E.P.S., la validación y transcripción de las incapacidades otorgadas por médicos que no se encontraban adscritos a la red de prestadores de la E.P.S., por ser la autoridad competente para certificar las incapacidades o licencias ordenadas por médicos tratantes en ejercicio legal de su profesión, pero no adscritos a la red contratada, no obstante, la transcripción fue negada por haber sido expedidas por médicos no adscritos a su red; que era a la NUEVA E.P.S. a la que se encontraban afiliados los funcionarios, a la que le compete transcribir las respectivas incapacidades, sin desconocer la autonomía e idoneidad del médico tratante y su buena fe al emitir un diagnóstico médico sobre el paciente, para expedir los días de incapacidad que consideró suficientes para la recuperación de la salud éste; que

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si hay lugar a ordenar a la NUEVA E.P.S. la trascripción de las incapacidades de Nancy Jazmín Flórez Bernal y Ferne Licedier Segura Casallas, trabajadoras de la U.G.P.P.

LA INCAPACIDAD MÉDICA LABORAL Y SU TRANSCRIPCIÓN.

La incapacidad laboral es aquella que afronta un trabajador como consecuencia de una enfermedad o un accidente, puede ser de origen común o de origen laboral, temporal o permanente, y genera un auxilio económico a aquel al trabajador que la padece mientras esté incapacitado.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la

contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que aduce:

> "**Artículo 121.** El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.
>
> Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia".

De la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores, regla que sólo aplica frente a las incapacidades concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, sea público o privado, según el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013, que dispone:

> **"PARAGRAFO 1o.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas

> correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.
>
> En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.
>
> **Lo anterior tanto en el sector público como en el privado**" (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, y en relación con la **trascripción,** es necesario rememorar que es considerado como el acto mediante el que un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión, pero no adscrito a la EPS; este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto. Al punto, el artículo 17 de la Resolución 2266 de 1999 establece:

> **"ARTICULO 17. DE LA TRANSCRIPCION DE CERTIFICADOS**. Se entiende por transcripción el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial **la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión, pero no adscrito** al ISS. Este hecho debe registrarse en la la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto".

Así mismo, en sentencia T-279 de 2012, la H. Corte Constitucional determinó:

> «Antes de la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, el afiliado incapacitado debía acercarse a la EPS correspondiente, para transcribir la incapacidad expedida por su médico tratante. Una vez obtenido el documento oficial de la EPS, debía allegarlo a su empleador para que este hiciera efectivo el pago de la incapacidad. Luego, el empleador recobraba a la entidad promotora de salud respectiva.

> El Decreto 19 de 2012, en su artículo 121, dispuso:
> (...) **Dicho artículo, liberó a los afiliados incapacitados del trámite de la trascripción del certificado de incapacidad, trasladándolo al empleador**. Ahora, el trabajador tramita la incapacidad directamente con el empleador y éste debe hacer efectivo el pago. Luego, el empleador debe radicar o transcribir dicha incapacidad ante la EPS correspondiente, para hacer efectivo el recobro de lo pagado al trabajador.»

No obstante, según Concepto del Ministerio de Salud 201611600649671 del 14 de abril de 2016, no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, lo que trae como consecuencia que ésta se realice bajo los parámetros establecidos por las E.P.S., según las oportunidades y mecanismos que determinen su aceptación, de modo que es la E.P.S. en virtud de su autonomía, quien establecerá si transcribe o no las incapacidades y las condiciones en que lo hará. Al punto, señala:

> "Hecha la aclaración anterior, vale la pena reiterar lo mencionado por este Ministerio en diferentes conceptos jurídicos, en cuanto a que **no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye, la transcripción de incapacidades**, no obstante, siempre, por ésta se ha entendido como aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo. En este evento, si la EPS decide transcribir la incapacidad emitida por una institución ajena a su red de prestadores de servicios, esta deberá reconocer la prestación económica derivada de la misma, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015.
>
> (...) Sobre el particular, debe advertirse que no existe una norma que regule de forma expresa la transcripción de incapacidades, en este caso, como ya se ha señalado, **será entonces la Entidad Promotora de Salud en virtud de su autonomía, quien establecerá si transcribe o no las incapacidades y las condiciones en que lo hará".**

De esta manera la E.P.S. goza de autonomía para determinar si transcribe la incapacidad emitida por una institución o

profesional ajeno a su red de prestadores de servicios, no obstante, ello no quiere decir *per se* que la E.P.S. no deba reconocer la prestación que se solicita sea objeto de transcripción, como quiera que conforme a la sentencia T-760 de 2008, el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el **médico tratante**, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido. Sobre el tópico, la sentencia en mención señaló:

> "En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto
>
> No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a

> la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante', incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados".

Así las cosas, el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito en los términos expuestos.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

i) Ferne Licedier Segura Casallas estuvo incapacitado del 29 al 30 de noviembre de 2017 (fls.6 a 11).
ii) El 04 de diciembre de 2017, Ferne Licedier Segura Casallas solicitó la transcripción de su incapacidad; no obstante, fue negada el 05 de febrero de 2018 por cuanto es una facultad de la E.P.S. realizar la transcripción y el médico tratante es ajeno a la entidad (fls.11 a 13).
iii) Nancy Jazmín Flórez Bernal estuvo incapacitada del 22 al 23 de mayo de 2018 (fl.4).
iv) El 04 de julio de 2018, se negó la transcripción de la incapacidad de Nancy Jazmín Flórez Bernal por cuanto no se derivaba de una atención de urgencias (fl.5).

Sentado lo anterior, y de un análisis integral de las probanzas referidas, lo primero por indicar es que existe una negativa de la E.P.S. en transcribir las incapacidades de Nancy Jazmín Flórez Bernal y Ferne Licedier Segura Casallas,

circunstancia que como quedó visto es facultativa de la E.P.S., quien **goza de autonomía para transcribir o no una orden** médica **de un médico tratante ajeno a su red de servicios**, pudiendo ser reconocida la incapacidad, -si lo que se persigue es el pago de la esta- conforme a la sentencia T-760 de 2008, si existe ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio, y si en el pasado ha valorado y aceptado conceptos del médico tratante no adscrito.

Por tanto, y ante la ausencia de valoración de la E.P.S. de los motivos médicos que llevaron a la incapacidad de Nancy Jazmín Flórez Bernal y Ferne Licedier Segura Casallas, sería del caso entrar a reconocer tales prestaciones, sino fuera porque estas no sobrepasaron tres días, por lo que, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013, estaban a cargo del empleador.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR**

DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Ponente

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL promovido por **RESTAURANTE TÍPICO ANTIOQUEÑO LAS ACACIAS S.A.** en contra de **JOSÉ GABRIEL CANTOR GIL.**

EXP. **11001 31 05 015 2020 00361 01**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La activa aspira se declare que el demandado laboró a su servicio mediante contrato de trabajo a término indefinido, que hace parte del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Agroalimentario- **SINALTRAINAL**, que es integrante de la comisión estatutaria de reclamos, que se encuentra en proceso de liquidación, y que se configura una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandado. Como consecuencia de lo anterior, se autorice el levantamiento del fuero sindical del que goza el accionado.

Fundamentó sus peticiones, básicamente en que: **1)** José Gabriel Cantor Gil ingresó a su servicio, mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** El señor Cantor estaba afiliado a SINALTRAINAL, organización sindical en la que hacía parte de la Comisión de Reclamos; y **3)** La Superintendencia de Sociedades mediante Auto N° 2020-01-521125 de 2020, ordenó la apertura de su proceso de liquidación, disponiéndose la terminación de los contratos de trabajo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

JOSÉ GABRIEL CANTOR GIL contestó a través de Curador Ad Litem, en audiencia del 30 de noviembre de 2021, quien manifestó que no le constan los hechos y que se atiene a lo que se encuentre probado. No propuso excepciones de mérito.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el Juzgado de Conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de noviembre de 2021, en la que **accedió** a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

> **PRIMERO: AUTORIZAR el levantamiento del fuero sindical** del demandado, y **DECLARAR** que se configura la justa causa prevista en el artículo 140 del C.S.T. Literal a), para que se proceda a levantar dicho fuero sindical y autorizar el despido del demandante (sic), el cual se hará efectiva por el empleador una vez en firme esta providencia.
>
> **SEGUNDO: DISPONER** y establecer que, no obstante que se configura una justa causa para levantar el fuero sindical, como quiera que se trata de un despido, se dispondrá que la empleadora, previo al retiro del demandado, deberá pagar lo correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa, prevista en el artículo 64 del C.S.T., teniendo en cuenta el tiempo del demandado y el salario devengado al momento que se haga efectivo el retiro. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **TERCERO: NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

En síntesis, el A Quo refirió que está acreditado que el demandado goza de fuero sindical, ya que, pertenece a la organización sindical SINALTRAINAL, y que hace parte de la Comisión Estatutaria de Reclamos; que es dable el levantamiento del fuero sindical de un trabajador aforado cuando una empresa entra en proceso de liquidación, por lo que, es posible despedirlo; que lo anterior no significa, no obstante, que no se deba pagar la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, pues únicamente se está frente a una causa legal de terminación; y que no condena en costas al no evidenciarse oposición.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sea preciso advertir que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado

jurisdiccional de consulta. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si, es dable el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado, en consideración al estado de liquidación de la empresa accionante.

DEL FUERO SINDICAL.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos[1]:

> "Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a

[1] ST-330/05. H. Sierra

4

> asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)
>
> La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal "todos" para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, **impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato."** (Negrillas y subrayas de la Sala)

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

> "Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación".

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

> "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
>
> "Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
>
> Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.
>
> b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **SL2543-2020**, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que:

> "Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a éste.

Por su parte, el artículo **405** del C.S.T., define al fuero sindical como "*la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo*".

Y el artículo 406 ídem, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra:

> "Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por el fuero sindical:
>
> (...) c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...)"

En cuanto a las **acciones que derivan del fuero sindical,** los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionados con la protección constitucional y legal del fuero sindical. Dicen las normas referidas:

> **"ARTÍCULO 113**, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001. **"DEMANDA DEL EMPLEADOR.** La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento

> de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.
>
> Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical."
>
> **"ARTÍCULO 118,** modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. **"DEMANDA DEL TRABAJADOR.** La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.
>
> Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante."

Como se ve, existen dos acciones para garantizar a los trabajadores el fuero sindical: la de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, reinstalación o restitución. Cada una se resuelve mediante un procedimiento especial. El primero, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir, trasladar o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y el segundo, es cuando el trabajador promueve la acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Así las cosas, se puede determinar que primero, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo, es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad. Y segundo, el objeto de la acción de reintegro, reinstalación o restitución es analizar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por un empleador con la pretensión de levantar el fuero sindical, al juez laboral sólo le es viable determinar si es dable otorgar permiso al empleador para

efectuar dicho levantamiento, por lo que, se procede a recordar que dentro de las justas causas de despido de un fuero sindical se encuentra la liquidación o cláusula definitiva de una empresa. Al respecto, el artículo 410 del C.S.T., señala:

> **"ARTICULO 410. JUSTAS CAUSAS DEL DESPIDO.** <Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:
> **a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento** y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y
> **b)** Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato". (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

No resulta ser objeto de controversia en el proceso y por lo tanto **se encuentran probados** los siguientes hechos:

i) La calidad de trabajador del señor JOSÉ GABRIEL CANTOR GIL, pues desde la demanda incoada por el RESTAURANTE TÍPICO ANTIOQUEÑO LAS ACACIAS S.A. señaló que trabajó a su servicio mediante contrato a término indefinido, **ii)** la afiliación del trabajador demandado José Gabriel Cantor Gil a la organización sindical SINALTRAINAL desde el 13 de febrero de 2012, y que este hace parte de la Comisión Estatutaria de Reclamos (fl.1 del archivo 06Anexos) y **iii)** que el 23 de septiembre de 2020 mediante Auto 2020-01521125, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de la sociedad accionante (archivo 07 Pruebas).

Conteste con lo anterior, resulta clara la calidad de aforado del trabajador, al tenor de lo dispuesto en el Art. **406** del C.S.T.[2], al ser el trabajador miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos del Sindicato SINALTRAINAL, razones por las cuales es destinatario or lo que gozaba del aludido fuero sindical, según las voces del literal d) del artículo 406 del C.S.T., que dispone:

Así las cosas, y dado que la sociedad demandante invoca como justa para levantar dicho fuero sindical, su liquidación, se reitera que el 23 de septiembre de 2020 mediante Auto 2020-01521125, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del proceso de liquidación judicial del RESTAURANTE TÍPICO ANTIOQUEÑO LAS ACACIAS S.A., así como se ordenó por parte de dicha entidad iniciar las acciones de levantamiento de fuero sindical, tal y como se desprende de la cláusula trigésima tercera de la providencia en mención, en la que se señaló:

> **"Trigésimo tercero.** Advertir que de conformidad con el artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, la declaración de apertura del presente proceso produce la terminación de los contratos de trabajo con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna, quedando sujetas a las reglas del concurso las obligaciones de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan. **En el evento que la sociedad tenga trabajadores amparados con fuero sindical, la liquidadora deberá iniciar las acciones necesarias ante el juez ordinario tendiente a obtener el levantamiento de dicho fuero**. En caso de la existencia de pasivo pensional deberá informar de ello al Despacho e iniciar toda la gestión pertinente para su normalización" (archivo 07Pruebas).

---

[2] **"ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL.** <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Están amparados por el fuero sindical:

(...) **d)** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos".

Por tanto, y dado que la causal que alega la sociedad demandante, liquidación o clausura definitiva de la empresa, se enmarca en el literal a) del artículo 410 del C.S.T., causal objetiva para llevar a cabo el levantamiento del fuero sindical del demandado, se considera acertada la decisión del A Quo, de ordenar tal levantamiento previo el pago de la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, pues si bien la liquidación o clausura definitiva de la empresa es causal para el levantamiento del fuero sindical, es tan sólo una justa legal de terminación del vínculo contractual, por lo que, en caso que no se haya efectuado su pago se deberá proceder a efectuar tal reconocimiento. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3286-2021 dijo:

> "Ahora bien, ha sido posición reiterada de la Sala, que pese a ser legal la terminación del contrato de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, ello no implica que esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está establecido en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945.
>
> La sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 43897, reiterada en CSJ SL10992-2014, SL5052-2014, CSJ SL9951-2014, CSJ SL1042-2015 y SL13593-2015 señaló:
>
> "Debe la Sala reiterar que, pese a ser legal el despido de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, esa calificación no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el D. 2127/1945, Art. 48, como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»; sin que exista razón que amerite variar este criterio.
>
> Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 43897, reiterada en CSJ SL10992-2014, SL5052-2014 y CSJ SL9951-2014, señaló:
>
> Ciertamente el tema de la supresión de cargos con ocasión de la denominada modernización del Estado, como lo acota la parte replicante, ha sido definido por la Corte en el sentido de considerar que la desvinculación contractual del trabajador puede ser legal pero no constituye justa causa. Así se encuentra dicho:
>
> Frente a lo anterior, se tiene que no obstante que el ad-quem admitió que el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó 'por una causa legal' y que 'no es justa causa', concluyó que, dadas las condiciones sui géneris creadas por la señalada

disposición transitoria de la Constitución y las normas que la desarrollan, no debían aplicarse en este caso los preceptos legales y convencionales reguladores de la desvinculación sin justa causa.

Sobre esta forma de finalización del vínculo contractual laboral, ya ha tenido oportunidad la Corte de manifestarse al examinar otros casos análogos, para cuya definición ha memorado innumerables pronunciamientos en los cuales ha hecho clara diferenciación entre el despido autorizado legalmente y el despido con justa causa, haciendo ver que no siempre el primero obedece a uno de esos determinados motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan 'justas causas', como son, en tratándose del trabajador oficial, las que establecen los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y no otras, porque a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa forma de denominación.

Como en los casos anteriores debe la Sala advertir, según lo que viene de expresarse, que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal, distinto al previsto por una de las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 establece los modos de finalización del vínculo laboral, y para el sub-examine los Decretos 2138 de 1992 y 619 de 1993 permitieron la supresión del cargo y consiguiente desvinculación, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto 2127, aludidas también en el literal g) del citado artículo 47.

Ya la Corte, en procesos similares, ha interpretado que el propósito, entre otros, del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, es el de reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Empresas de Economía Mixta del Orden Nacional, pero ello no significa que la normatividad producida para ese efecto haya derogado, para los trabajadores vinculados a la correspondiente actividad económica, el régimen común de indemnizaciones laborales dentro del cual se encuentra, incluso, la pensión proporcional de jubilación".

Así las cosas, al encontrarse acreditados los supuestos fácticos de la liquidación o clausura definitiva de la empresa demandante y la calidad de aforado del demandado, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, por encontrarse ajustada a derecho.

VI. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**