

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDGAR ANDRÉS RAMOS HERNÁNDEZ CONTRA VIGILANCIA & SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA

En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 pm.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 3 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia en favor de Edgar Andrés Ramos Hernández.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Édgar Andrés Ramos Hernández , por medio de apoderado judicial, demandó a Vigilancia & Seguridad Limitada Visel Ltda., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada entre el 16 de agosto de 2015 y el 15 de agosto de 2016, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador; el contrato fue prorrogado automáticamente por no haberse notificado de su no prórroga en debida forma; al prorrogarse el contrato, se

deben cancelar las acreencias laborales causadas a su favor; se cancele la indemnización teniendo en cuenta el lucro cesante, teniendo en cuenta el daño patrimonial consistente en la pérdida de utilidad económica al no haber sido notificado del pre aviso y al pago de las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folio 4 a 5 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: el 16 de agosto de 2015 suscribió contrato a término fijo con Vigilancia & Seguridad Limitada Vise Ltda.; se desempeñó como agente de control y devengando un salario de \$579.368; se pactó el reconocimiento de una bonificación extra legal mensual de \$120.000 por gastos de movilización; no le entregaron el pre aviso; realizó audiencia de conciliación extrajudicial ante la Inspección del Trabajo; previamente celebró dos contratos de trabajo a término fijo y los mismos fueron liquidados en debida forma.

Con auto del 6 de febrero de 2019 se inadmitió la demanda y el promotor litigioso, dentro del término legal, procedió a subsanar el escrito genitor, respecto a los fundamentos fácticos (archivo 3), en lo tocante a la suscripción de un contrato a término fijo el 16 de agosto de 2015 y hasta el 15 de agosto de 2016; el cargo desempeñado fue el de agente de control y devengó un salario mensual de \$579.368; se estipuló el reconocimiento de una bonificación extra legal de \$120.000, por concepto de gastos de movilización; la demandada no entregó el pre aviso de no prórroga del contrato; el 22 de agosto de 2016 le informaron al actor que se acerca a la empresa para firmar su liquidación; las partes se presentaron a audiencia de conciliación extra judicial ante la Inspección del Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el demandado en legal forma y dentro de término, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al estimar que, el contrato suscrito entre las partes feneció por vencimiento del plazo fijo pactado y preavisado al ex trabajador. Respecto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de agosto de 2015 al 15 de agosto de 2016, para

desempeñar el cargo de agente de control, devengando un salario de \$579.368 y que las partes asistieron a audiencia de conciliación ante la Inspección del Trabajo; respecto a los demás hechos, dijo que no eran ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (archivo 14 del expediente digital) en la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, se abstuvo de condenar en costas al demandante y ordenó la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

Cimentó su determinación en que, obraba documento, en el que se comunica al demandante, con un término superior a los 30 días, del vencimiento del contrato con la compañía y se insta a realizarse el examen médico de egreso, la cual tenía la firma y huella del demandante, desvirtuándose de esta manera los hechos de la demanda.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

RELACIÓN LABORAL- EXTREMOS - SALARIO

Está acreditado que el señor Édgar Andrés Ramos Hernández prestó sus servicios personales para Vigilancia y Seguridad Limitada Vise Ltda., desde el 16 de agosto de 2015 al 15 de agosto de 2016, desempeñando el cargo de agente de control de medio tiempo, devengando como salario la suma de \$579.368, supuestos fácticos que se encuentran corroborados con el contrato de trabajo a

término fijo, la carta de no prórroga del contrato de trabajo y liquidación de acreencias laborales (folio 6 a 13).

El artículo 3º de la ley 50 de 1990, que subrogó al artículo 46 del CST prevé:

“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

- 1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
- 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales, el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente.”*

Entonces, en los contratos de trabajo celebrados a término fijo, para que terminen al vencimiento del plazo pactado, es necesario que una de las partes comunique a la otra por escrito, con una antelación no inferior a 30 días a la expiración del plazo, la voluntad de no renovarlo. Si no se procede de esta manera, se entiende que el contrato de trabajo se renueva por un término igual al inicialmente acordado o el plazo que determinen las partes cuando es inferior a un año y no ha superado las tres prorrogas.

*Siguiendo las pautas antes descritas, tenemos que el contrato suscrito entre las partes, data del 16 de agosto de 2015, venciendo el mismo el 15 de agosto de 2016, por lo tanto, la empleadora debía poner en conocimiento del trabajador con antelación la decisión de no renovar el contrato de trabajo, lo cual acaeció el 5 de julio de 2016 (fl. 13 del archivo 8), misiva en la que se dejó registrada no solo la firma del ex trabajador, sino su huella dactilar de recibido, del documento para el 5 de julio de 2016 y en la que, se expuso “Atentamente me permito informarle que el próximo **15 de Agosto de 2016** vence el contrato de trabajo suscrito con la compañía, dando así cumplimiento al artículo 46 del código sustantivo de trabajo, subrogado por el artículo 3º. De la ley 50 de 1990...”.*

Ahora, obra Acta de Audiencia de conciliación adelantada ante la Inspección de Trabajo RCC 2, celebrada el 10 de octubre de 2018, en la que, la convocada, expuso que, “según los documentos que reposan en la hoja de vida del extrabajador (sic) la

fecha de vencimiento del último contrato firmado por las partes era el 15 de agosto de 2016, razón por la cual el día 5 de julio del 2016 la empresa informo al señor RAMOS que el contrato no se renovaría según documento firmado por el extrabajador (sic) el 22 de agosto del 2016 la empresa pago la liquidación final del contrato en donde se reconocía la liquidación proporcionales al trabajador consignados en la cuenta de nómina del trabajador. Por lo que la terminación estuvo ajustada a derecho” (fl. 20 del archivo 1 del expediente digital).

De lo anterior se colige con claridad, que el empleador dio aviso al trabajador para la terminación del contrato de acuerdo a los parámetros de ley, así que la finalización fue por vencimiento del plazo pactado (art.61, literal c) del CST), lo que indica que no ocurrió por decisión unilateral de la empresa. Diáfano entonces resulta concluir, que las peticiones incoadas por el demandante, no se acompañan con las circunstancias para dar lugar a la indemnización del artículo 64 del CST. Razones que permiten la confirmación de la sentencia consultada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado de jurisdicción.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIO ERNESTO TORRES OSSA CONTRA PAGUE Y GANE LTDA

En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Mario Ernesto Torres Ossa, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Pague y Gane Ltda., con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, a partir del 6 de septiembre de 2017, en el cual se pactó como salario la suma de \$925.500, prorrogándose en 3 ocasiones, convirtiéndose con posterioridad en un contrato a término fijo por un año, el cual finalizó el 16 de enero de 2020 de forma unilateral y sin justa causa, cuando se encontraba en condición de estabilidad laboral reforzada; que fue víctima de dos accidentes de trabajo, el primero acaecido el 6 de septiembre de 2017 y el segundo el 14 de septiembre de 2017, por ello, la demandada es responsable por las acciones y omisiones constitutivas de culpa patronal, daños y perjuicios; le fueron expedidas sendas incapacidades de manera ininterrumpida entre el 14 de septiembre de 2017 y el 27 de diciembre de 2019; fue autorizado para prestar sus servicios, pero con recomendaciones y restricciones, fue calificado con pérdida de capacidad laboral; le fue terminado el contrato sin justa causa; se encontraba con estabilidad laboral reforzada a la terminación del vínculo contractual.

En consecuencia, se condene a la demandada a reinstalarlo al cargo que ocupaba o a uno de mejores condiciones, debiendo realizar el pago de aportes al sistema de seguridad social, salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas hasta cuando se haga efectivo su reintegro, así como la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, perjuicios materiales e inmateriales, perjuicios morales y por daño a la vida en relación por el accidente de trabajo, sanción consagrada en la ley 50 de 1990 por no pago de las cesantías, se indexen los valores reconocidos y, finalmente, se condene a lo que resulte probado en el trámite del proceso, conforme a las facultades ultra y extra petita y al pago de las costas del proceso.

Igualmente, reclamó de manera subsidiaria el reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir desde el 27 de diciembre de 2019 al 16 de enero de 2020, cesantías e intereses a las cesantías del 1° de enero de 2019 al 16 de enero de 2020, prima de servicios causada del 1° al 16 de enero de 2020, vacaciones causados desde el 6° de septiembre de 2017 al 16 de enero de 2020; así como la sanción por despido sin justa causa contenida en el artículo 64 del CST, sanción moratoria y por no consignación de las cesantías y la del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, perjuicios materiales e inmateriales, indexación de los valores reconocidos, al pago de las costas y agencias en derecho, así como derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 6 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que; el 6 de septiembre de 2017 suscribió contrato de trabajo escrito a término fijo por 6 meses con la empresa Pague y Gane Ltda., dicho contrato se prorrogó por el período inicialmente pactado en 3 oportunidades hasta el 5 de septiembre de 2019; a partir del 6 de septiembre de 2019 el contrato se convirtió a término en fijo a un año; el 16 de enero de 2020 por decisión del empleador, se terminó el contrato sin justa causa; durante la vigencia del contrato desempeñó el cargo de logístico - auxiliar realizando labores tales como: vigilancia del casino, control de ingreso, revisión de máquinas, manejo de dinero y control del buen trato de los clientes, devengando un salario mensual de \$925.5000; el 6 de septiembre de 2017 sufrió accidente de trabajo con ocasión de un hurto cometido en las instalaciones de la empresa, por lo que Medicina Legal expidió una incapacidad de 10 días; el 14 de septiembre de 2017 fue víctima nuevamente de accidente laboral el cual ocurrió en circunstancias similares al anterior, por lo que Medicina Legal le otorgó 14 días de incapacidad con anotación de “secuelas medico legales a determinar”; la demandada no suministró al actor elementos de protección personal ni capacitaciones para el

desempeño de su cargo; se encontró en incapacidad médica ininterrumpida desde el 14 de septiembre de 2017 hasta el 27 de diciembre de 2019; el 15 de diciembre de 2019 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa.

En razón de ello, el 22 de febrero de 2018 el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, concedió de manera transitoria el amparo constitucional de estabilidad y ordenó el reintegro a las labores; el 18 de noviembre de 2019 en valoración con fisioterapia obtuvo pronóstico desfavorable; el 10 de diciembre de 2019 especialista en ortopedia y traumatología ordenó el retorno del trabajador a sus labores con restricciones permanentes; el 18 de noviembre de 2019 concluyó su proceso de rehabilitación; la ARL Positiva lo calificó con una Pérdida de Capacidad Laboral del 18.08%, fijando como fecha de estructuración el 24 de febrero de 2020; radicó inconformidad respecto a dicho dictamen, pero la Junta Regional de Calificación de Invalidez no ha resuelto tal inconformidad; finalmente, el 16 de enero de 2020 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y con ocasión a las afectaciones de salud que tenía para dicha fecha; se encontraba amparado por estabilidad laboral reforzada; el empleador no solicitó permiso ante el Ministerio de Trabajo para terminar el contrato; no le fueron pagados los salarios causados entre el 28 de diciembre de 2019 y el 16 de enero de 2020; tampoco le fueron pagadas las vacaciones causadas durante toda la relación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Pague y Gane Ltda., en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al estimar que, el accidente sufrido por el demandante no es de

origen laboral (archivo 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación inicial del actor mediante contrato a término fijo de seis meses; que el vínculo contractual inició el 6 de septiembre de 2017 y se pactó como salario el pago de \$925.500; igualmente aceptó la orden transitoria de reintegro, concedida a favor del trabajador por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos o no le constaban. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó realidad de un contrato de trabajo, cobro de lo no debido, novación de las obligaciones, estabilidad laboral caducada, irresponsabilidad en acatar las capacitaciones, líneas de controversia entre el cobro y competencia de las pretensiones, esencia del contrato, mala percepción del accidente de trabajo, capacitación de medios de defensa omitidos por el demandante y contradicción de las versiones probatorias.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento (archivo 19 del expediente digital), éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por seis meses desde el 6 de septiembre de 2017 el cual se prorrogó hasta el 16 de enero de 2020.

Declaró que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada desde el 17 de septiembre de 2017 debido a accidente laboral, el cual generó una pérdida de capacidad laboral del 25%. Declaró probada la culpa patronal de la demandada en los accidentes sufridos por el actor el 6 y 14 de septiembre de 2017. Por ello, la condenó a reintegrar al trabajador en el cargo de auxiliar o uno similar o de características superiores, así como el pago de los salarios,

prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social desde el 17 de enero de 2020 hasta el momento del reintegro, advirtiendo que las cesantías debían consignarse al fondo que estuviera afiliado el trabajador. Condenó a la demandada a pagar al actor \$4.675.197 por concepto de indemnización contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, y la suma de \$27.255.780 por concepto de daños morales, así mismo ordenó la indexación de los valores reconocidos y absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Condenó en costas a la demandada.

Fundó su determinación en que el demandante había acreditado que el 6 de septiembre y, posteriormente, el 14 de septiembre de 2017, sufrió accidentes de trabajo con la expedición de sendas incapacidades entre 15 de septiembre de 2017 y el 8 de enero de 2020, por herida en cabeza y muñeca por accidente de trabajo, además, que había sido calificado por la Junta Regional de Calificación, con una pérdida de capacidad laboral del 25%, con ocasión al accidente de trabajo acaecido en septiembre de 2017. Respecto a la condena por concepto de perjuicios morales, estimó que era procedente, al causar tristeza, dolor al ex trabajador por la limitación física y la desprotección al ser desvinculado de su cargo mientras se encontraba incapacitado y por tanto, reconoció dicho concepto en 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interpusieron el recurso de apelación así:

La parte demandante solicitó que se condene a la demandada al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, de acuerdo con la ley 50 de

1990, así como el pago del lucro cesante por cuenta de la declaratoria de responsabilidad de la culpa en los accidentes de trabajo, teniendo en cuenta que durante las incapacidades recibió un salario menor al pactado inicialmente.

Con respecto a la demandada, se alcanza a colegir de su confusa intervención lo siguiente: (i) no está de acuerdo con la orden de reintegro, pues, la empresa siempre estuvo pendiente del trabajador y se le pagaron sus acreencias laborales; (ii) se debe oficiar al Ministerio de Trabajo para que informe sobre la querrela presentada en su contra; (iii) se debe tener certeza de la pérdida de capacidad laboral para condenar al reintegro; (iv) no está de acuerdo con la condena a perjuicios pues al trabajador se le capacitó, además, que los accidentes ocurridos no fueron por acción u omisión de la empresa sino por circunstancias excepcionales, que muchas veces dependen de terceros, y; (v) discrepa de la condena por perjuicios morales, pues considera que éstos no se causaron.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes al momento de sustentar su recurso de apelación.

CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS - TERMINACIÓN

No es objeto de discusión en la alzada, la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, a partir del 6 de septiembre de 2017 el cual se prorrogó hasta el 16 de enero de 2020, fecha en la cual fue terminado el vínculo de manera unilateral; que el cargo desempeñado por el demandante fue el de logístico - auxiliar; que el salario fue de \$925.000 mensuales.

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Como quiera que la pasiva en el recurso solicitó que en esta instancia se debía oficiar al Ministerio del Trabajo, con el fin de que se indague sobre los resultados de una querrela, que al parecer incide en el tema de la estabilidad laboral reforzada que reclama el demandante, la Sala debe indicar lo siguiente:

El artículo 83 del CPT y SS, reza “ Casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas. Las partes no podrán solicitar del tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada de hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o consulta...” Resulta, entonces claro, que la prueba pedida por demandada es improcedente, en tanto no fue ni pedida ni decretada en primera instancia, ni es viable decretarla de oficio, por no ser necesaria para resolver los recursos propuestos. Dado que las partes ya tuvieron la oportunidad procesal para pedir los medios probatorios para acreditar los hechos de la defensa de sus intereses.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Como la demandada cuestionó la declaratoria de ilegalidad de terminación del contrato de trabajo por cuenta del principio de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque en su criterio, se requería de una calificación que estableciera que las afecciones o discapacidad se produjo en vigencia del vínculo laboral, la Sala se permite traer a mención la norma regulatoria del asunto.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

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

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

Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

*A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018 del 11 de abril de 2018 con radicación 53394, ha puntualizado que la disposición que protege al trabajador con discapacidad para la extinción del vínculo laboral, tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**».*

A partir del 26 de junio de 2013, todo lo relacionado con las categorías o clasificación de las limitaciones para efectos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es aplicable la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011, y vigente, a partir del 10 de junio de 2011, en concordancia con la Ley Estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, la cual tiene por objetivo garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, de acciones afirmativas, de ajustes razonables y de la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad.

Así, la norma aprobatoria de la convención, prevé dentro de sus principios que “(...) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, y en su artículo 1° previó como definición que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en

la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, aunque la Ley 1618, amplió el campo de aplicación, en cuanto agregó a esas limitaciones, el hecho de que se presenten no sólo en el largo plazo, sino en el mediano, así, la definición de una persona con discapacidad es que “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Aunque el numeral 13 del artículo 5° de la Ley 1618 de 2013, dispuso la creación del Registro de Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad - RLCPD- y la expedición de un certificado de discapacidad, contrario a lo alegado por la pasiva, para efectos de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se debe aplicar el criterio jurisprudencial, según el cual, la falta del carné o certificado no puede impedir el ejercicio efectivo de los derechos laborales de los trabajadores, como lo ha sostenido la Corte, en diversas providencias, entre otras, CSL SL, 18 sep. 2012, 41845; SL, 28 ag. 2012, rad. 39207; SL11411-2017; con mayor razón, si la inclusión de una persona en ese nuevo registro es totalmente voluntaria y comienza con el médico tratante, quien es la persona que hace la remisión al equipo multidisciplinario, previa verificación en la historia clínica del diagnóstico relacionado con la discapacidad, es decir, que se trata de un trámite que requiere su tiempo y no siempre puede darse en el momento del despido.

Dicho lo anterior, tal como quedó establecido en primera instancia y no fue objeto de reproche en la alzada, Mario Ernesto Torres Ossa sufrió dos accidentes de trabajo: el primero ocurrió el 6 de septiembre de 2017 y el segundo, el 14 de septiembre de 2017, consignándose en este último reporte ante la ARL Positiva que: “EN LA MAÑANA 8:20 AM EN MI LABOR DE LOGISTICO DEL CASTINO ENTRARON VARIOS TIPOS SUPUESTAMENTE A JUGAR APARENTEMENTE BORRACHOS, YO LES DIJE QUE ENESAS CONDICIONES NO HABIA SERVICIO Y LOS TRATE

DE SACAR CUANDO ARREMETIERON CONTRA MI ROMPIENDOME EL PÓMULO DE OJO DERECHO POSIBLE FRACTURA DE TABIQUE EN MI OIDO ROTO Y GOLPEADO EN VARIAS PARTES DE LA CABEZA ESTO SUCEDIÓ EN MI HORARIO DE TRABAJO”, provocando este último evento, que le fuera practicada una reconstrucción de ligamento, el cual generó una limitación para la “flexoextensión de la muñeca”, así como la desviación del tabique nasal, fractura de los huesos de la nariz, ruptura traumática de ligamentos de la muñeca y del carpo y sinovitis transitoria, por ello, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, estableció una pérdida de capacidad del 25,18% (archivo 8 del expediente digital).

Por otro lado, del caudal probatorio se tiene que al demandante le fueron expedidas incapacidades médicas, las cuales fueron asumidas o pagadas por la ARL Positiva, desde el 25 de junio de 2018 hasta el 26 de diciembre de 2019 (fl. 371 a 373 del archivo 15) y, la administradora de riesgos con oficio No. 14100 reportó al actor que, “Una vez revisadas nuestras bases de datos y sistemas de información, se evidencia que el evento reportado el 14 de septiembre de 2017, fue calificado como de origen laboral, razón por la cual corresponde a esta compañía garantizar las prestaciones con relación a los diagnósticos laborales” (fl. 300 del archivo 15).

En control médico realizado el 13 de agosto de 2019, el médico tratante indicó que la “EVOLUCION FAVORABLE, ASINTOMATICO. AL EXAMEN FISICO HERIDAS SIN SIGNOS DE INFECCION, SIN DEFICIT NEUROVASCULAR DISTAL. RADIOGRAFIA CON ARTRODESIS EN AVANZADO ESTADO DE CONSOLIDACION, MATERIAL DE OSTEOSINTESIS SIN SIGNOS DE FALLA. CONTROL EN 2 MESES CON RADIOGRAFIA. TERPAIA (sic) FISICA PARA ENTRENAR EJERCICIOS EN CASA. REFIERE PIROSIS (sic) CON EL ACETAMINOFEN POR LO QUE SE ENVIA OMEPRAZOL”

En ese orden, para la data del despido del trabajador, no estaban vigentes las clasificaciones de los grados de limitación del Decreto 2463 de 2001, por haber sido derogadas, por lo que, lo aplicable son los criterios de las leyes

1346 de 2009 y 1618 de 2013, es decir, el pleno conocimiento del estado de salud y las deficiencias del trabajador, que como se advirtió debían ser controladas con medicamentos, es decir, que tales afecciones o deficiencias limitaban el movimiento en su mano derecha y, por ende, afectaban el desempeño de sus labores, lo que implica entender que se trataba **de unas deficiencias físicas de mediano plazo**, con mayor razón, si su actividad diaria o rol ocupacional era el de “logístico”, encargado de ayudar en el cambio de dinero, de la seguridad de las máquinas, mover máquinas, recoger vasos, el aseo del lugar, todas ellas con movimiento o utilización de sus manos.

De manera que, ante una evidente afectación o limitación a la movilidad de la mano del trabajador que afectaba el desempeño de sus labores habituales, con pleno conocimiento del empleador, más la expedición de sendas incapacidades por más de un año continuo, con ocasión al accidente de trabajo sufrido, es claro, que el trabajador no podía desempeñarse de la misma manera que el resto de servidores, y por ello, ante la discapacidad a la luz de las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada al orden interno mediante la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013, que prevén que las personas con discapacidad, incluidas aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, lo cual requería autorización del Ministerio de Trabajo y, como el empleador no lo agotó, es procedente el reintegro deprecado.

Es cierto que el trabajador fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 25,18% en el 2021, pero como se advirtió en la parte conceptual, la discapacidad no es lo mismo que la invalidez, y, por lo tanto, la revisión de uno

y otro concepto no pueden confundirse al tenor de las leyes 1346 de 2009 y 1618 de 2013, pues este último hace referencia a un criterio social o de relación del trabajador con una afección en su salud y el medio laboral, que como se dijo, son evaluados con un enfoque multidisciplinario y las barreras sociales que existen en el medio, en tanto que el otro se determina con el manual único de calificación de invalidez por las instituciones descritas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las juntas de calificación de invalidez, y tiene propósitos diferentes, o por lo menos, luego de la derogatoria del Decreto 2463 de 2001, ya no es posible remitirse a esa calificación.

Es verdad que para la fecha del despido, el trabajador tampoco estaba calificado por el equipo multidisciplinario del Decreto 583 de 2018, pero como también se explicó, no es menos cierto que el empleador conocía la situación de aquel, sus incapacidades, recomendaciones, controles y manejo de las afecciones, las cuales, en lugar de mejorar, requerían de nuevos tratamientos, y por ello, su limitación para desenvolverse en sus labores habituales, lo cual, se insiste, requería autorización del Ministerio de Trabajo. Entonces, el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, correspondiéndole al empleador la carga de demostrar que la extinción del vínculo laboral se soportó en una justa causa, caso en el cual resultaría legítimo el despido, pero en sub judice, no se invocó una justa causa para dar por terminado el vínculo, sino, supuestamente por expiración del plazo fijo pactado, al haber indicado lo siguiente:

*“(...) por medio de la presente le comunicamos que la empresa ha decidido prescindir de sus servicios y no renovar su contrato de trabajo amparados en su Art. 46 modificado Ley 50 de 1990 art. 3 del **CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO**, de manera unilateral a partir del día 16 de enero del año en curso cabe anotar también su manifiesto de tampoco continuar con la empresa”*

Frente a ello, como se advirtió, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que, ante el principio de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, es posible que el empleador pueda contrarrestarlo si acredita una justa causa o que ocurrió por una causal objetiva, la cual puede ser la expiración del plazo pactado en los contratos a término fijo, pero ello no basta, ya que se requiere demostrar que no se utilizó esa figura en sí misma para aplicar una decisión discriminatoria, es decir, que por cuenta del estado de salud del trabajador se dejó de prorrogar el vínculo pudieron hacerlo. En otras palabras, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si el empleador demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato o de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria, tal como se dejó consignado en la sentencia CSJ SL2586-2020.

Por ello, la explicación dada por el empleador al finiquito contractual no tiene asidero, pues Pague y Gane debía demostrar que la causa que le dio origen al contrato ya no existía para enero de 2020, es decir, que el cargo de “logístico”, no se requería más, esto es, la desaparición efectiva de la actividad o proceso contratado, con el fin de llegar al convencimiento de que en realidad la terminación del contrato es consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial, pero aquí eso no se demostró, lo que significa que la decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminatoria En tal sentido, se confirmará la decisión de primer grado.

CULPA PATRONAL

Ahora, la demandada cuestionó la condena por esta figura, ya que, en su criterio, la culpa en el accidente no puede estar en cabeza de la empresa, al recaer sobre la acción del demandante, adicionalmente, la empresa, buscó mejorar las falencias presentadas, máxime que su actividad depende de la actuación de terceros.

Se recuerda el artículo 56 del CST, señala;

“Artículo 56. Obligaciones de las partes en general. De modo general, incumben al patrono las obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el patrono”

Al respecto, sea lo primero precisar que los deberes de protección y seguridad que tiene el empleador con su trabajador le imponen comportarse y conducirse en el desarrollo y ejecución de la relación de trabajo de conformidad con los intereses legítimos del trabajador, los cuales, a su vez, le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, en procura de evitar que aquél sufra menoscabo en su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo (art. 57 del CST). Cuando ello no ocurre así, esto es, cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo emerge, entonces, la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador los daños causados. Así, las indemnizaciones o prestaciones contempladas por el sistema común de responsabilidad laboral del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, comprenden la totalidad del daño sufrido por el trabajador, esto es, toda clase de perjuicios, ya sean materiales y morales.

Acorde con lo expuesto por la demandada, se verifica con la documental

visible a folio 37 del archivo 1 del expediente digital y 194 del archivo 15, no ofrece motivo de duda que el 6 y 14 de septiembre de 2017, el demandante sufrió dos accidentes de trabajo, el primero, con heridas en la cara, cabeza y cuello, que en principio no le generaron secuelas médico legales, de acuerdo a lo manifestado por Medicina Legal (fl. 37 del archivo 1), pero con el segundo accidente, se generó contusión en la muñeca de la mano derecha, desviación de tabique nasal, fractura de los huesos de la nariz, osteomielitis no especificada resuelta, artrodesis radio carpiana derecha, lesión del ligamento escafolunado de la mano derecha y sinovitis transitoria en la mano derecha, de acuerdo a la calificación de pérdida de capacidad laboral (archivo 14 del expediente digital), determinada por la Junta Regional de Calificación, como derivada del accidente de trabajo. Por lo precedente, se tiene que existe un hecho catalogado como accidente de trabajo del cual no hay discusión, al haberse reconocido por las partes, así pues, resta verificar la culpa del empleador como presupuesto inmanente

Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo el hecho del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio por culpa suficiente comprobada del empleador. Esa prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla a la parte promotora de la acción, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del Código General del Proceso. Hay culpa, como lo ha entendido la doctrina, cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar.

Fue así como, se recibió el interrogatorio de parte del **demandante**, quien dijo que había sido contratado como logístico auxiliar, pero que no recibió ninguna capacitación, simplemente le habían dado unas instrucciones, durante 2 o 3 minutos, delante de otras personas y que el 6 de septiembre de 2017, como a las 8:00 de la mañana, estaban la cajera, la señora de la cocina y él en el casino, cuando ingresó un cliente y después, entraron otras dos personas, pero una iba encapuchada y la otra tenía una chaqueta con un gorro que le tapaba la cabeza y su rostro, uno de ellos le apuntó con un arma y, después lo golpearon con esta, que en el establecimiento tienen cámaras pero desconoce que hubiera un “botón de pánico”, Medicina Legal lo valoró y dio 10 días de incapacidad, sin embargo, antes de vencer su incapacidad, lo llamó una de las administradoras de los casinos y le dijo que lo necesitaba y que estuviera tranquilo porque lo iba a trasladar de sitio, al principio se rehusó, pero al escuchar que, no pasaría nada y que se hacía responsable de lo que sucediera, aceptó; posteriormente, el 14 de septiembre de 2017, llegó a trabajar antes de las 6 de la mañana, realizó el aseo, máquinas, como a las 8 de la mañana, entraron dos personas alicoradas al establecimiento, se acercó y de acuerdo a lo que le habían dicho al ingresar a trabajar, les informó que, no se les brindaría servicio y que no golpearan las máquinas, les regresó el dinero que habían puesto en el juego, y que volvieran en otro momento, ellos se fueron, pero, después regresaron groseros y le arrojaron botellas de aguardiente llenos, le dijeron groserías y lo empezaron a golpear, por lo que, él se defendió, mientras tanto, la cajera y las personas de cafetería se salvaguardaron, que estima que por el escándalo o porque la cajera avisó a la policía que de repente, llegó un auxiliar y le brindó ayuda, capturando a un agresor, pero tales actos, generaron que, Medicina Legal expidiera una incapacidad de 14 días, en la EPS lo atendieron y realizaron exámenes y en la misma semana le practicaron una cirugía e incapacidades, de las cuales, informó a su empleador.

*A su turno, el representante legal de la demandada, **Ignacio González Sepúlveda**, informó que, contrataron al actor como logístico, para brindar apoyo en oficios varios de la cajera, como repartir tintos, recoger vasos y cambiar dinero; respecto al accidente ocurrido el 6 de septiembre de 2017, dijo, que la empresa hizo acompañamiento al trabajador, además, que Pague y Gane contaba con personal especializado en prevenir y brindaba capacitaciones sobre hurtos o peleas; del accidente ocurrido el 14 de septiembre de 2017, informó que, el demandante había tenido un cruce de palabras con unos clientes cuando estaba trabajando, pero el accidente había ocurrido afuera del establecimiento y se reportó a la ARL; que al ingresar a trabajar, al actor, se le informó sobre los botones de pánico, cámaras de seguridad, número del cuadrante de la policía, para que se estuvieran pendientes de lo que pasa en el establecimiento y al indagársele sobre la capacitación brindada, se limitó a indicar que la empresa tenía un código de conducta.*

***Nidia Pulgarín Rendón**, administradora de dos puntos de venta de la demandada, desde el año 2010, sin embargo, lo que sabe respecto a los accidentes sufridos por el demandante en septiembre de 2017, no fue testigo presencial sino de oídas, señalando que, el primer suceso fue un atraco del cual fue víctima el casino y el segundo evento acaeció cuando, entraron al casino unas personas alicoradas y se empezaron a agredir mutuamente, siguiendo la pelea fuera del casino; que se recomienda a los trabajadores, no entrar en controversia con los clientes y se informe que, no se puede prestar el servicio, porque está en estado de alicoramiento y en caso de que se ponga agresivo, se deben activar los botones de pánico o llamar a la policía, que la empresa paga a una empresa de seguridad y si se activan los botones, pueden llegar ellos o la policía, dependiendo de la distancia, aclarando, que esta seguridad no es permanente en las instalaciones.*

Esperanza Collazos Cabrera, también administradora de dos puntos de la demandada, dice, que la cajera del casino Sahara le comentó que el 6 de septiembre de 2017 se había presentado un atraco en las instalaciones y el actor había sido lesionado y, por ello, le habían concedido 10 días de incapacidad, informó que, él la llamó diciéndole que se encontraba bien y “entonces, yo le digo, bueno, si se siente bien, pues, entonces preséntese a trabajar porque yo estaba pues necesitando una persona”, que no recuerda bien, si fue el 13 o el 14 de septiembre, sin embargo, indicó que, en horas de la mañana, cuando él ingreso a trabajar, se encontraban unos clientes en estado de alicoramamiento, se presentó una riña, él se sale de su área de trabajo (del casino) y sale lesionado, que no estuvo presente en el incidente, pero eso fue lo que le informaron por teléfono; agregando a su dicho, que cuando se presentan personas con alto grado de alcohol, se les pide que se retiren y si no lo hacen, se debe activar el botón de pánico, que comunica a la policía y a una empresa de seguridad contratada por el casino, y se espera al que llegue primero, con el fin de evitar la confrontación con el cliente; respecto a las funciones del actor, indicó que estas consistían en apoyar a la cajera, informar cuando un cliente se ganaba un premio, recoger vasos, el aseo de la sala, como oficios varios; aclarando posteriormente, que el reintegro del trabajador el 13 o 14 de septiembre, se hizo, antes de que venciese la incapacidad médica; del manejo de hechos de inseguridad expuestos a los trabajadores, se tiene un código de conducta.

Guillermo Umaña García, jefe de recursos humanos de la empresa, quién informó que el 6 de septiembre se presentó un intento de atraco en las instalaciones del casino y resultó lesionado el demandante, sin embargo, como el actor, “llevaba una 1:20 minutos en el casino se presentó el suceso, pues no lo tenemos vinculado al sistema de seguridad social porque iniciaba su capacitación en el punto de venta, entonces, total, que fue atendido, creo y tengo entendido por una droguería y posteriormente fue a Medicina Legal donde otorgaron una incapacidad por 15 días”, la cual se cumplía

el 20 de septiembre, pero, no hubo instrucción para que el trabajador se reintegrara a sus labores antes de cumplir la incapacidad; respecto al accidente acaecido el 14 de septiembre, dijo que le había sido informado que, el actor se había enfrentado con unos clientes del casino, abandonó su sitio de trabajo y se enfrentó con 3 personas en la calle, por lo que, fue activado el botón de pánico, llegó la policía y capturaron a los agresores y a él lo remitieron a Medicina Legal; respecto a la seguridad del establecimiento, informó que, en los casinos se tenían botones de pánico, se tienen los números del cuadrante de la Policía y de la empresa de seguridad contratada, que se conecta de manera satelital al obturar dicho botón.

Luego entonces, de las pruebas recaudadas, se tiene que el demandante fue contratado a partir del 6 de septiembre de 2017, y en la misma data, y en horas de la mañana (8:10 am), sufrió el primer accidente, el cual, no pudo ser reportado a la ARL, por no encontrarse afiliado al sistema de seguridad social, tal y como lo señaló el encargado del área de recursos humanos de la empresa, al rendir su declaración y de acuerdo al informe rendido por Medicina Legal, tal hecho, generó una incapacidad de 10 días (fl. 37 del archivo 1), cumpliéndose la misma, el 16 de septiembre de 2017, sin embargo, el actor, reanudó los servicios, el 14 de septiembre, es decir, antes que feneciera el término de incapacidad médica y allí ocurre, un nuevo accidente de trabajo, el cual, es reportado ante la ARL Positiva y en el que se producen unas lesiones físicas y una incapacidad, de 14 días (folio 42 del archivo 1). No encontrándose acreditado, que una vez, acaecido el primer accidente laboral, se hubieran adoptado medidas preventivas pertinentes y necesarias para evitar el segundo accidente, en este punto, debe resaltarse que, los testigos son contestes en señalar que la convocada tiene contrato con una empresa de seguridad, pero, este servicio, no se encuentra en forma permanente en las instalaciones o sedes de Pague y Gane, sino que, concurren, solamente, cuando se requieren sus

servicios - se activa el botón de pánico o se llama -, saltando en forma clara, que, al trabajador, no se brindó una seguridad eficaz a la hora de dar su fuerza laboral, máxime que, se está hablando de un sitio, en el que se hacen apuestas y se maneja dinero, en forma permanente, estimándose, que en este aspecto, el solo contar con un servicio externo de seguridad, cámaras y un botón de pánico, resultan a todas luces, insuficientes para proteger la integridad de los trabajadores, y por ello, en menos de 8 días, se presentó el segundo incidente, por otro lado, tampoco se acreditó que se hubiera brindado, al demandante, una capacitación respecto a los botones de pánico instalados en el establecimiento, ni tampoco, sobre cómo debía actuar ante situaciones de riesgo. Máxime que el objeto del establecimiento de comercio está dedicado a juegos de azar, que maneja dinero en efectivo y que la entrada es pública, lo que requiere una seguridad más estricta, tendiente a salvaguardar no solo los bienes de la empresa si no sobretodo la seguridad de los empleados.

Por otro lado, debe resaltarse, que si bien la demandada, alegó que los hechos ocurrieron fuera del casino, tal aseveración no se demostró en el decurso procesal, a pesar de informarse que se tenían cámaras, pues, no se allegó prueba alguna que desvirtuara lo dicho por el demandante en el interrogatorio. Resalta esta Sala, que también resulta reprochable, que el trabajador no se hubiera afiliado al sistema de seguridad social y segundo, se autorizara su reintegro a sus labores, antes que venciera el término concedido por Medicina Legal para su recuperación y con ocasión a ello, se presentara el segundo accidente, en similares circunstancias, es decir, la falencia de medidas de seguridad efectivas, con el fin de evitar acontecimientos perjudiciales para el trabajador, pues no se puede olvidar que es obligación del empleador "Adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores, mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de

control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo” (ley 9 /1979, artículo 84), asunto que no aconteció.

Finalmente, y con el fin de responder los argumentos de la apelación, en donde aduce que hubo culpa exclusiva de la víctima, porque, supuestamente en el segundo accidente confrontó a los clientes dando lugar a la riña, es pertinente reiterar, que no hay prueba de ello, y en todo caso, si se tuviera en cuenta ese aspecto, la jurisprudencia laboral ha señalado que esta circunstancia no exonera a éste último de reparar los perjuicios ocasionados por su culpa, pues la responsabilidad laboral de la empleadora no desaparece por la compensación de las faltas cometidas por las partes (CSJ SL, sentencia del 3 junio 2009, rad. 35121). Por lo anterior, se confirmará la decisión del a quo en este punto.

LUCRO CESANTE

Reprocha el demandante que no se hubiese fulminado condena por el lucro cesante, arguyendo para tal efecto, que le fueron pagadas las incapacidades médicas con un salario inferior al que realmente devengaba y conforme a ello, se debe ordenar dichos pagos.

Para resolver la dicotomía planteada, debe precisarse que: (i) Pague y Gane Ltda., fue responsable del accidente de trabajo sufrido por el demandante; (ii) que se causó un daño al trabajador, que corresponde al 25.18% de PCL, que se estructuró el 27 de noviembre de 2020, como consecuencia de las lesiones ocasionadas a una de sus extremidades superiores y la nariz, concretamente la contusión de la muñeca y de la mano derecha, la desviación del tabique nasal y la fractura de sus huesos, la osteomielitis no especificada, la ruptura traumática de los ligamentos de la muñeca y del carpo y una sinovitis

transitoria, que calificó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá-Cundinamarca, y (iii) la relación causal entre el suceso y las omisiones en el cumplimiento de los deberes de prevención y seguridad por parte del empleador; consecuencia de ello, debe resaltarse que, el lucro cesante corresponde a los ingresos dejados de percibir por parte del trabajador, con ocasión al accidente de trabajo y el mismo, se divide en dos, el primero en un lucro cesante pasado o consolidado y el segundo, en un perjuicio futuro.

Sobre dichos conceptos, la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL4223 de 2022, explicó:

“- PERJUICIOS MATERIALES

- LUCRO CESANTE

La Sala reitera que esta tipología de perjuicio corresponde al ingreso económico que deja de percibir o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento del trabajador, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir tal menoscabo económico (CSJ SL2845-2019). Este perjuicio se divide en dos modalidades: (i) el lucro cesante pasado o consolidado, y (ii) el futuro.

Ahora, en relación con el lucro cesante pasado o consolidado, se advierte que en los casos en que el infortunio laboral generó una pérdida de capacidad laboral al trabajador y no su deceso, el mismo se causa desde la materialización del daño que corresponde a la fecha de estructuración de las secuelas -para las enfermedades- o de ocurrencia del evento -accidente de trabajo-, con base en el salario que percibía el trabajador a dicha data debidamente indexado al momento de liquidación de la sentencia, hito final hasta el cual se calcula este perjuicio.

Por su parte, el lucro cesante futuro se determina con base en los criterios citados anteriormente, pero tomando un interregno distinto, que va desde el día en que se profiera el fallo hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del causante.”

Es así como el lucro cesante pasado o consolidado, como bien lo señaló el juez de conocimiento, no procede en el presente caso, pues, se ordenó el reintegro del trabajador al cargo que ostentaba al momento del despido o a uno igual

o superior categoría, a partir de 17 de enero de 2020, por lo que, no se encuentra materializado el perjuicio o daño al trabajador, en este punto, debiendo aclararse que, a pesar de alegarse que el actor devengaba un salario superior al mínimo legal, ello no corresponde a la realidad, pues, en el contrato de trabajo, se acordó el pago de un salario mínimo legal mensual vigente y conforme a ello, la ARL sufragó el pago de las incapacidades médicas.

Ahora bien, respecto al lucro cesante futuro, el reconocimiento de esta indemnización se calcula desde la fecha en que se emita la sentencia y teniendo en cuenta la expectativa de vida probable de Mario Ernesto, luego entonces, en este punto, se modificará la sentencia de primera instancia, y se ordenará el reconocimiento y pago de tal concepto, conforme a los siguientes datos y operaciones matemáticas.

DATOS GENERALES		
Dato	Descripción	Folio
Género	= Hombre	(fl. 27 archivo 1 del expediente digital).
Fecha de Nacimiento	= 29-enero-77	
Fecha del Accidente	= 14-sep-17	(fl. 242 del archivo 15).
Salario en Fecha de Accidente	= \$737.717	
Salario en fecha de la sentencia para calcular Lucro Cesante Futuro	= \$1.160.000	(fl. 34 del archivo 1)
% de pérdida de capacidad laboral	= 25.18%	(archivo 14 del expediente digital).
Fecha de estructuración	= 27-nov-20	
Fecha de terminación contrato	= 16-enero-20	(fl. 62 del archivo 1).

FECHA NACIMIENTO	29/01/1977
FECHA DEL ACCIDENTE	14/09/2017
EDAD AL ACCIDENTE	41,00
EDAD A FECHA DE LIQUIDACION	46,00

SUPERVIVENCIA ESTIMADA	39,9
SUPERVIVENCIA EN MESES	478,8
Esperanza de vida del trabajador en años	34,08055556
<i>Esperanza de vida del trabajador en meses (edad a la fecha del accidente Menos tiempo transcurrido en salir fallo X 12)</i>	408,97
Tasa de interés anual	6%
Tasa de interés mensual	0,486755%
SALARIO	\$ 1.160.000,00
Salario base liquidación	\$ 1.160.000,00
% Perdida de Capacidad	25,18%
% del Salario Base de Liquidación	\$ 292.088,00
Actualización salario	\$ 292.088,00
INTERÉS BANCARIO MENSUAL	2,228119%
TIEMPO	
FECHA INICIAL SINIESTRO	14/09/2017
FECHA FINAL SENTENCIA	9/06/2023
MESES PROBABLES DEL PROCESO (diferencia entre fecha del accidente y fecha del fallo)	70

VA = LCM * an	
Reemplazando en la fórmula	
LCM =	\$ 346.873,10
an =	$\frac{RA (1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$
an =	6,285140754
an =	0,035460791

an =	177,2419785
an =	61.480.475,38
VA = LCM * an	LCM = 346.873,10
an =	61.480.475,38
Valor pagar por lucro cesante futuro	61.480.475

Consecuencia de lo anterior, se ordenará el reconocimiento del lucro cesante

futuro a favor del demandante, en cuantía de \$61.480.475.

PERJUICIOS MORALES.

Sienta su oposición respecto a la condena impartida en este punto, la demandada, al estimar que, la empresa estuvo presente y brindó colaboración al trabajador, además, buscó mejorar sus falencias, concluyéndose que, al encontrarse acreditada la culpa de Pague y Gane en el accidente laboral sufrido por el trabajador, no resulta desatinada la decisión del juzgador de conocimiento al fulminar condena por este concepto, máxime, que encontró acreditado el dolor, sufrimiento y preocupación que tuvo que padecer durante y con posterioridad a la terminación del contrato, con ocasión al siniestro acaecido, adicionalmente, tales situaciones no fueron atacadas en esta instancia.

DE LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS.

Echa de menos el recurrente, la absolución por este concepto, pues, en su sentir, esta sanción no exige ni legal ni jurisprudencialmente que el contrato se encuentre vigente. En tal sentido, deberá indicarse que, al declararse ineficaz la terminación del contrato de trabajo y consecuentemente ordenarse el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, en igualdad de condiciones a las que ostentaba en enero de 2020, no es viable, el reconocimiento de la aludida sanción, pues se está ordenando el pago de salarios y prestaciones causados entre la fecha de desvinculación y la fecha de su reincorporación al puesto de trabajo. Por otro lado, tampoco se avizora mala fe de la empresa convocada, pues, en enero de 2020, cuando dio por terminado el contrato de trabajo, Pague y Gane no estaba obligada a consignar las cesantías, ya que, estas debían pagarse directamente al

trabajador, surgiendo la necesidad de consignar este rubro, con la orden que se imparte en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Adicionar la sentencia proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido, de Condenar a Pague y Gane Ltda., a pagar a favor del demandante, la suma de **\$61.480.475**, por concepto de lucro cesante futuro, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo. Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero.- Las costas en esta instancia, a cargo de la demandada Pague y Gane Ltda., y como agencias en derecho de ésta, se impone la suma de \$800.000,00.

Notifíquese y Cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAYTAN~~
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ALINA MARÍA CADAVID GARCÍA CONTRA BANCO AGRARIO DE
COLOMBIA SA*

En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Alina María Cadavid García, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó al Banco Agrario de Colombia S.A., para que se declare ilegal e ineficaz la terminación unilateral del contrato de trabajo, por violación al principio del debido proceso. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar los salarios

dejados de percibir, las cesantías, los intereses a las cesantías, primas de navidad, vacaciones no disfrutadas, prima de vacaciones y bonificaciones por recreación, dejadas de percibir desde la fecha de la desvinculación y la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia. Asimismo, se condene a la demandada a pagar las cotizaciones en salud y pensión al Sistema General de Seguridad Social, la indemnización por la ilegalidad e ineficacia de la terminación unilateral del contrato y reconocer los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 2 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: se vinculó al Banco Agrario de Colombia SA el 2 de mayo de 2012, para desempeñar el cargo de Coordinadora Regional; el 1º de agosto de 2017 fue trasladada al cargo de profesional Senior en la Dirección General; durante el desempeño de sus funciones no fue objeto de sanciones disciplinarias, llamados de atención, ni planes de mejoramiento; fue objeto de calificación desde el año 2013 y hasta el año 2017, obteniendo siempre una ponderación superior al 90% en la gestión de desempeño individual; el 31 de octubre de 2017 se le comunica sobre la terminación del contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo, a partir del 1º de noviembre de la misma calenda; incoó derecho de petición con el fin que le fuese explicado los motivos para dar por terminado el contrato de trabajo, recibiendo respuesta el 7 de junio de 2018; el cargo ostentado para la fecha de terminación del contrato, era el de profesional senior y devengaba un salario de \$7.099.000, su cargo es de carácter permanente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Banco Agrario de Colombia S.A. dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, al estimar que, el contrato terminó por expiración del plazo presuntivo contemplado para los trabajadores oficiales. Sobre los hechos aceptó que era cierto, que a partir del 1º de agosto de 2017, la demandante había sido trasladada al cargo de profesional senior de la Dirección General, además, que durante el ejercicio de sus funciones no se hizo reparo o requerimiento respecto a las funciones desempeñadas y siempre las calificaciones por su servicio eran superiores al 90%, además, que se comunicó la decisión de terminar el contrato de trabajo el 31 de octubre, siendo efectiva la misma a partir del 1º de noviembre de 2017 y finalmente, señaló que el cargo ostentado por la actora es

de carácter permanente en la entidad financiera. En su defensa, propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, falta de causa para reclamar, enriquecimiento sin justa causa del demandante, la terminación del contrato no se puede equiparar a despido, buena fe, pago, y la genérica (carpeta 5, archivo 02 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 10 del expediente digital) en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones e impuso condena en costas a cargo de la demandante, ordenando la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

Fundó su determinación en que, de acuerdo a la prueba documental arrimada al proceso, se podía concluir que el contrato celebrado entre las partes fue celebrado a partir del 2 de mayo de 2012, y el plazo presuntivo operó en períodos de 6 meses, hasta el 1° de noviembre de cada anualidad, además, que a pesar de alegarse que, en el reglamento de trabajo se exigía una justificación, para terminar el contrato, tal prueba no fue allegada y por tanto, no era viable, acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes en contienda presentaron alegatos de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEMANDADA

No se discute que, con fundamento en el artículo 47 de la Ley 795 de 2003, el Banco Agrario de Colombia “es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, organizado como establecimiento de crédito bancario y vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”; sin embargo, acorde con el certificado emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, aportado por la demandada, por Escritura Pública No 842 del 16 de septiembre de 2020 de la Notaría 12 de Bogotá, la entidad quedó vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo tanto, de conformidad con el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo cual remite al artículo 5° del D. 3135 de 1968, que establece que sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales, con excepción de lo que los estatutos de dichas empresas precisen sobre las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, que no es el caso del accionante, por tanto, éste ostentó un cargo como trabajador oficial, en lo cual estuvieron de acuerdo las partes.

NEXO LABORAL - DURACIÓN

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 2° de mayo de 2012 y el 1 de noviembre de 2017, en virtud del cual la accionante desempeñó, en principio como coordinadora regional de la Regional Antioquía y a partir del 1° de agosto de 2017, fue “trasladada” al cargo de profesional senior en la Dirección Nacional - Unidad Operativa de Clientes, tal y como se puede establecer con el contrato de trabajo, carta en la que se ordena su traslado, carta de terminación del contrato y liquidación de salarios y prestaciones sociales (fl. 9, 13, 32 y 33 del archivo 1, documento 3), fundamentos fácticos que fueron aceptados por la demandada al contestar la demanda.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Reclama la parte demandante, se declare que la terminación del contrato de trabajo es ilegal e ineficaz, por violación del debido proceso y consecuencia de ello, se fulmine condena por concepto de acreencias laborales e indemnización.

Para tal efecto, debemos señalar que, el contrato de trabajo, como se dijo en forma precedente, fue suscrito por las partes el 2 de mayo de 2012 y que, al momento de terminarse el vínculo laboral, el Banco Agrario de Colombia, expuso como causal para finiquitar la relación, la expiración del plazo presuntivo, haciendo uso de la facultad prevista por el legislador. Sobre ello, al verificarse la carta de terminación del contrato de trabajo que el Banco Agrario le entregó a la demandante con fecha 31 de octubre de 2017, por el área de Vicepresidencia de Gestión Humana, se encuentra lo siguiente:

“(...)

Respetado Señor (a):

Por medio de la presente me permito comunicarle que el Banco atendiendo a lo estipulado en el Contrato de Trabajo y sus modificaciones realizadas de común acuerdo, y a lo establecido en el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 y el literal b) del artículo 53 del Reglamento Interno de Trabajo, informa que la terminación del contrato por expiración del plazo presuntivo se dará a la finalización de la jornada del día miércoles, 01 de noviembre de 2017...”

Así las cosas, frente al tema planteado, resulta pertinente recordar lo preceptuado por los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, los cuales fueron recopilados en el D. 1083 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública) en cuyos términos se dice lo siguiente:

“ARTICULO 40. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales. [...]

ARTÍCULO 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.” (Subraya la Sala)

Las normas transcritas claramente establecen que “el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno”, debe entenderse celebrado por periodos de seis en seis meses, de manera que puede ser terminado por la expiración del plazo pactado o presuntivo, como lo prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la ley establece una suerte de presunción legal, de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que tal cuestión sea modificada a través de negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo. Así lo expresó en la sentencia del 21 de febrero de 2005, con radicación N° 23957¹, en la que señaló:

“El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral”. (Negrillas fuera de texto).

También ha definido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria que cuando las partes a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, consientan en apartarse de la figura del plazo presuntivo, tienen que elaborar cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo. Y es que, no basta con que en el contrato de trabajo se estipule el “término indefinido”, para que se entienda excluido el plazo presuntivo, sino que se requieren cláusulas que eliminen rotundamente la potestad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo².

Es así como la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en repetidas oportunidades, ha descartado que el simple señalamiento en el contrato de trabajo de un “término indefinido”, tenga la vocación de alterar o eliminar el plazo presuntivo establecido legalmente; y por tal razón, si el contrato consagra

¹ Reiterada, entre otras, en las sentencias del 30 de junio de 2005 con radicado N° 24607, del 28 de mayo de 2008 con radicación N° 31490, del 30 de septiembre de 2008 con radicado N° 32558, del 24 de marzo de 2010 con radicación N° 34584, del 2 de mayo de 2012 con radicado N° 39479 y del 12 de febrero de 2014 con radicación N° 39773.

² Al respecto ver, entre otras, las sentencias del 30 de septiembre de 2008 con radicación N° 32558 y del 12 de febrero de 2014 con radicado N° 39773.

simplemente una “duración indefinida”, queda inmerso en la estipulación legal por virtud de la cual “el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses”³.

A modo de conclusión, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) y dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido”. (Sentencia SL2717 de 2018)

Trazados estos derroteros, observa la Sala que no existe elemento probatorio alguno dentro del proceso, en donde se haya estipulado expresamente la exclusión del plazo presuntivo. Por el contrario, en el mismo contrato de trabajo, suscrito el 2 de mayo de 2012, se estipuló que, “TERMINACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato se celebra por término indefinido con plazo presuntivo de seis (6) meses, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945”. De modo que no se desvirtuó la presunción legal de que el contrato de trabajo suscrito con la actora, pactado de manera indefinida, se entendiera celebrado por períodos de seis meses, contados desde el 2 de mayo de 2012 hasta el 1° de noviembre de 2012 y a partir del 2 de noviembre hasta el 1° de mayo de 2013, de forma continua.

Ahora, a folio 32 del plenario milita comunicación del 31 de octubre del 2017, por medio de la cual el Banco Agrario de Colombia S.A. le informa a la demandante la terminación del vínculo laboral a partir del 1° de noviembre de 2017, encontrándose que, dicha comunicación, se ajusta a los lineamientos legales, pues, se dio por terminado el contrato por vencimiento del plazo presuntivo (art. 47 del decreto 2127 de 1945,) figura a la cual podía acudir válidamente la empresa para la terminación de la relación laboral, sin tener a cargo indemnización alguna por ello.

Finalmente, deberá precisarse que, si bien, en el líbello genitor, se alegó sobre la ilegalidad e ineficacia de la terminación del contrato por violación del debido proceso, no se avizora, la vulneración del aludido derecho, pues, el Decreto 2127 de 1945, no exige un requisito adicional, para dar por terminado el contrato de

³ Al respecto ver la sentencia del 13 de julio de 2006, con radicado N° 27416.

trabajo, en cumplimiento del plazo presuntivo. Luego entonces, al no salir avante la pretensión principal, la solicitud de condena por acreencias laborales, también están llamadas al fracaso. Corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia consultada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada*

Segundo.- *Sin costas, al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

En permiso


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR NIETO VARGAS CONTRA AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A. Y CLAVE INTEGRAL CTA

En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Avianca S.A., parte demandada, contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Oscar Nieto Vargas, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. - Avianca S.A., con el fin que se declare la existencia de un contrato a término indefinido, entre el 1º de julio de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2016 y que la Cooperativa de trabajo Clave Integral, actuó como una simple intermediaria en la relación laboral. En consecuencia, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las

cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, y dotación, entre el 1º de julio de 2006 y el 31 de diciembre de 2016, así como la indemnización moratoria que refiere el artículo 65 del CST, la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías e intereses sobre las cesantías, la indexación de las sumas reconocidas, las costas del proceso, y lo que resulte probado ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folio 396 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; empezó a prestar sus servicios a favor de AVIANCA, por medio de una misión temporal, en el cargo de técnico de aviones desde el año 2001; 1º de julio de 2006 suscribió convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Clave Integral, como técnico de aviones; entre sus funciones se encontraba reparar daños estructurales de las aeronaves; estuvo a bordo de vuelos nacionales e internacionales como “técnico abordaje”; en el desarrollo de sus funciones recibió órdenes y rindió informes a jefes directos de Avianca SA; contaba con certificados de entrenamiento emitidos por Avianca y las funciones ejercidas hacían parte del giro ordinario de dicha compañía; le fueron proporcionados herramientas de trabajo y uniformes, con el logo de la compañía; durante la prestación de servicio, su verdadero empleador no pagó las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicio; a pesar de estar afiliado a Clave integral, solo prestó sus servicios personales a Avianca S.A.; era beneficiario de una póliza de vida colectiva, en donde la tomadora era Avianca S.A.; acataba manuales de funciones; laboraba 8 horas diarias y 45 minutos, con una hora de almuerzo, y turnos rotativos; era beneficiario del servicio de comedor, lavandería, transporte y tiquetes aéreos; en el año 2016 Clave Integral fue integrada a un proceso de formalización laboral, para que sus trabajadores fueran vinculados directamente a Avianca S.A.; el 1º de marzo de 2018, el demandante suscribió contrato de trabajo a término fijo con Avianca S.A.; La Cooperativa Clave Integral no cuenta con independencia financiera que permitiera asumir el incumplimiento en los contratos y fue sancionada el 8 de mayo de 2012 por actos de intermediación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Avianca S.A. dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, al estimar que entre el demandante y la sociedad no había existido

relación laboral alguna, dada la oferta mercantil suscrita con Clave Integral (fls. 123 archivo 02 del expediente digital). No aceptó ningún hecho como cierto, precisando que no le constaban o no eran ciertos los fundamentos relacionados en el libelo genitor. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica o innominada.

A su turno, Clave Integral, por intermedio de curador ad litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tales efectos que no se encontraba probado que entre la Cooperativa y el demandante haya existido una relación laboral y en caso de ser afirmativa esta premisa, las acreencias laborales se encontraban prescritas. Respecto a los hechos dijo no constarle ninguno de ellos. Como medios exceptivos propuso los que denominó, inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 07 del expediente digital) en la que declaró que entre Avianca S.A. y el demandante, existió un contrato realidad de trabajo, por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2006 y el 31 de diciembre de 2016. En consecuencia condenó al pago de cesantías en suma de \$20.778.297,00; intereses a las cesantías por \$2.449.838,00; prima de servicio por \$7.411.667,00; compensación de vacaciones por \$5.202.000,00, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por \$78.073.506,00, indemnización moratoria por \$62.424.000,00, y a partir del 1º de enero de 2019 y hasta cuando se pague la obligación, se debían pagar intereses moratorios a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; condenó al pago de costas a cargo de Avianca; absolvió a la Cooperativa Clave Integral de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y declaró no probadas las demás excepciones propuestas.

Fundó su determinación en que, no se había desvirtuado la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST., máxime que el demandante recibía

instrucciones de personal de Avianca, quienes eran sus jefes inmediatos, le eran suministrados uniformes y las herramientas de trabajo por parte de Avianca.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Avianca S.A., interpone recurso de apelación, argumentando que, entre ésta y el demandante no existió relación laboral ni de otra índole. Si bien esta sí tenía una relación mercantil con la Cooperativa de trabajo Clave Integral, no tuvo ninguna injerencia o participación en la ejecución del convenio entre el demandante y la Cooperativa, pues ellos se encargaban de prestar sus servicios de carácter especializados, técnicos, no misionales y alejados de la actividad comercial de Avianca S.A.; además, era la Cooperativa quien se encargaba de realizar los pagos de nómina, las compensaciones mensuales, anuales y semestrales. Lo que significa que, para la compañía Avianca S.A., le era indiferente la persona natural que enviaba la Cooperativa para la prestación del servicio. Indicó que, el hecho de que los trabajadores asociados utilizaran uniformes con insignias de Avianca SA, no significaba que fueran proporcionados por ellos; asimismo, frente a la maquinaria utilizada, estas fueron dadas por Avianca SA, mediante contrato de comodato, con el fin de no perderlas, pues anteriormente, la empresa se encargaba prestaba directamente ese servicio. Respecto a la póliza de seguro colectiva, Avianca S.A. simplemente está cumpliendo con un requerimiento que exige el operador del aeropuerto, más no por una calidad de empleador, pues es una obligación que no solo tiene con sus trabajadores, sino también con cualquier tercero que transite por el aeropuerto. De la misma forma cuestiona la prescripción en lo que tiene que ver con los intereses a las cesantías.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales, presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis de los reparos efectuados por la parte demandada en la sustentación del recurso impetrado.

CONTRATO DE TRABAJO

El debate en el sub lite se circunscribe en determinar si el demandante fue trabajador subordinado de Avianca S.A. como se planteó en la demanda, teniendo en cuenta la suscripción del convenio cooperativo entre la empresa aeronáutica y la Cooperativa de Trabajo Clave Integral.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, cumple indicar en primer lugar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

De igual manera, considera la Sala necesario precisar algunos aspectos característicos de las Cooperativas de Trabajo Asociado, que se encuentran reguladas en la ley 79 de 1988 y el decreto 4588 de 2006. De acuerdo con el artículo 4º de la citada ley, se trata de empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o

distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Conforme al artículo 5º de la misma ley, nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

En las Cooperativas de Trabajo Asociado los aportantes de capital son al mismo tiempo trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo de previsión, seguridad social y compensación, es el establecido en los estatutos y reglamentos, en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no están sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, razón que a su vez justifica que las diferencias que surjan se sometan al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 de la ley 79 de 1988, se hacen teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. El objeto social de estas cooperativas es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, igualmente, la Cooperativa de Trabajo Asociado debe ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.

Por prohibición expresa del artículo 17 del decreto 4588 de 2006, como de la ley 1233 de 2008, las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que éstos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes, incomprensión que implica que el “trabajador cooperado” se entienda como trabajador dependiente de la persona natural o jurídica beneficiaria de los servicios por aquél prestados.

Bajo los anteriores derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo a fin de determinar si entre el demandante y Avianca S.A existió una verdadera relación de trabajo subordinado y dependiente.

En primer lugar, deberá precisarse que, de acuerdo al certificado de existencia y representación legal, acopiado a folio 10 del archivo 4 del expediente digital, en abril de 2003 se constituyó la Cooperativa de Trabajo Asociado Multiactiva de Aviación Aero.Coop y, en julio de 2003, dicha empresa cambió su nombre a Cooperativa de Trabajo Asociado Multiactiva de Aviación Aero.Coop por el de Cooperativa de Trabajo Asociado Aero.Coop y, en el año 2007, se cambia finalmente su nombre a Cooperativa de Trabajo Asociado AERO.COOP por el de Clave Integral.

Fue así como el 12 de septiembre de 2003, la Cooperativa de Trabajo Asociado - Aero.Coop, presenta a Avianca S.A., una oferta mercantil, en la cual, se tenía como objeto, (fl. 157 del archivo 2)

“PRIMERA. OBJETO DE LA OFERTA MERCANTIL. La presente oferta mercantil tiene por objeto regular, a partir de la expedición de las órdenes de compra de servicios por parte de AVIANCA S.A., la prestación de servicios por parte de LA COOPERATIVA, con total autonomía técnica, administrativa y financiera, bajo su propia dirección con sus asociados en los lugares del territorio nacional que éste lo requiera desarrollando y ejecutando integralmente el proceso de suministrar, diseñar y comercializar productos de bienes y servicios dirigidos a satisfacer las necesidades y expectativas de AVIANCA y en general todas las actividades complementarias y conexas al logro del objeto social de AVIANCA”

En el Anexo 1, el gerente de la Cooperativa Aero.Coop, relacionó la venta de servicios de la siguiente manera:

“1. COMPENSACIÓN ABONADA A LOS ASOCIADOS.

2. FACTOR SEGURIDAD SOCIAL 22.475%

Salud 8

Pensión 10.25

Riesgos 4.350

3. FACTOR PARAFISCAL 4%

Caja de Compensación

4. FACTOR PRESTACIONAL 21.83%

Cesantías 8.33%

Intereses 1%

Prima 8.33%

Vacaciones 4.17%

Corresponde a la compensación anual (cesantías), rendimiento a la compensación anual (intereses a las cesantías). Compensación semestral (Primas) y compensación por descanso anual (Vacaciones), sólo se facturarán en el momento en que éstas se causen, sin que generen costo adicional para AVIANCA.

5. **ADMINISTRACIÓN FIJA.** *Consiste en el 11% de un salario mínimo mensual legal vigente mas (sic) auxilio de transporte*

6. **PERIODICIDAD DE NOMINA.** *Las nóminas se liquidarán en la Cooperativa para períodos quincenales anticipados, tomando los meses como de 30 días.*

7. *El no pago del valor en su totalidad dentro del termino (sic) pactado, causará intereses moratorios hasta que se verifique el pago total de la obligación intereses estos a la máxima legal vigente de la S.I.B.*

8. **AVIANCA S.A** *entregara la dotación de uniformes a los asociados que intervienen en la prestación de los servicios de que trata la presente oferta mercantil*

FACTURACIÓN Y PAGOS.

Las diferentes dependencias harán el reporte de las novedades según calendario aprobado. Una vez esté liquidada la compensación LA COOPERATIVA presentará las facturas para que éstas sean aprobadas y canceladas un día hábil antes de abonar en la cuenta individual del asociado. En caso de existir alguna inconsistencia deberá ser corregida en los quince (15) días hábiles siguientes al pago a los asociados”

De acuerdo a la oferta presentada se emitió la orden de compra de servicios No. 110502000-6109 en septiembre de 2003 (folio 167 archivo 2).

*Adicionalmente, **Elizabeth Riaño**, en calidad de representante legal de Avianca, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, entre el 1° de julio de 2006 al 31 de diciembre de 2016, el demandante no había tenido vínculo directo con la compañía, pero a partir del año 2017 y hasta el año 2021, este suscribió un contrato de trabajo con la empresa; adicionalmente, expuso que, Avianca suscribió una oferta mercantil con Clave Integral y dicha cooperativa es la encargada de suministrar el manual de funciones para los asociados, que prestaban el servicio de mantenimiento de aviones, además, que la aerolínea por reglamentación aeronáutica y exigencias de la aerocivil debían adquirir una póliza para las personas que transitaran en las áreas aeroportuarias; para el año 2016, la empresa suscribió un acuerdo de formalización de empleo con el Ministerio de Trabajo y procedió a vincular mediante contrato de trabajo a las personas que se desempeñaban en el área de mantenimiento, finalizando su intervención indicando que, si Avianca había entregado una certificación al aquí demandante, ello, debía ser porque se encontraba pactado dentro de la oferta mercantil. A su turno, el demandante, **Oscar Nieto Vargas**, indicó que, es técnico en línea de aviones, que suscribió acuerdo cooperativo y le eran pagadas sus compensaciones en forma mensual; además, era ante Avianca que, solicitaba los permisos y presentaba las incapacidades médicas, Cristina Saldarriaga y Mauricio Gómez, eran las personas encargadas por Avianca para autorizar sus*

pedimentos, estimando ello, porque nunca vio a estas personas en las instalaciones de la cooperativa, pero si en Avianca; respecto a los procesos disciplinarios adelantados en su contra, informó que, la persona que efectuó los descargos fue la cooperativa; los servicios siempre fueron prestados en las instalaciones de Avianca, ubicadas, en el Simón Bolívar y en el aeropuerto, en la línea, para la atención de aviones y cuando se dio el proceso de formalización laboral con Avianca, él no aceptó vincularse con Avianca, permaneciendo dos meses sin empleo.

*A su turno, **Henry Alberto Castillo Pérez**, técnico de aviación nivel 4 y tiene contrato de trabajo con Avianca hace 28 años; fue compañero de trabajo del demandante como 8 años, lo vio trabajando donde se hacen servicios grandes a los aviones, después en el área de mantenimiento en línea; el actor recibía órdenes del personal de Avianca, el superior y jefe de línea, el señor Walteros, sabe esto, porque este tipo de cargos, son contratados de manera directa por Avianca; le era suministrado el mismo uniforme que a él, le entregaron un carné de identificación y los implementos de seguridad eran entregados de manera diaria por Avianca, por lo que, era difícil distinguir entre un trabajador directo de uno vinculado por medio de cooperativa, máxime que todos usaban las herramientas y materiales que daba Avianca, por otro lado señaló que, no sabe si algunas herramientas o equipos habían sido entregados en comodato a la cooperativa, sin embargo, tiene claro, que el actor se beneficiaba del transporte, casino, lavandería y el comedor que tenía Avianca; que los permisos eran solicitados al supervisor y jefe, que era Jaime Walteros. Por otro lado, **Edwar Cubides Gómez**, trabajó con Avianca, por intermedio de la cooperativa; dijo que, no sabe quién le daba las órdenes al actor, pero considera que debía ser uno de los líderes de Avianca; al principio, cada uno llevaba sus herramientas, pero después, quitaron esta autorización y estas, debían solicitarlas en un almacén que era de Avianca, con un vale; que para la fecha en que se dio la formalización de empleos, el actor firmó contrato con Avianca, después de tres meses; por otro lado, señaló que el demandante no tenía supervisores de Clave Integral, que cumplía horario rotativo; los permisos debían solicitarse ante los supervisores de Avianca, que no sabe el salario devengado por el ex trabajador, pero las dotaciones eran entregadas en el almacén de Avianca.*

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral CTA, certificó que, el actor “efectuó sus aportes personales de

trabajo asociado a la Cooperativa, a partir del día 01/07/2006 y efectuó su aporte personal de trabajo asociado hasta el día 31/12/2016 desempeñando el cargo de TECNICO IV en el proceso de Ingeniería y Mantenimiento Aeronáutico que se llevaba a cabo en la empresa AVIANCA, entidad con la que mantuvimos un vínculo contractual en razón de la oferta mercantil de prestación de servicios hasta el pasado 31 de diciembre de 2016” (folio 112 del archivo 01)

A pesar de que la demandada en la alzada, resalta el hecho que la empresa, solicitara a la Cooperativa que sus asociados utilizaran uniforme y que estos, tuviesen algún tipo de símbolo o logo distintivo de la empresa, no significaba que era ella la encargada de suministrar tales uniformes o dotaciones, pero, tal aseveración se desdice, pues, en el numeral 8 del anexo del contrato suscrito entre Avianca y la Cooperativa, se pactó, la entrega de estos elementos a cargo de la empresa de transporte aéreo. En lo referente al uso de maquinaria o suministro de elementos de trabajo, Heidy Cristina Mahecha Forero, en calidad de representante legal de la Cooperativa hizo alusión a la celebración del contrato de comodato, para el uso de herramientas y equipos, propiedad de Avianca, adicionalmente, en la oferta mercantil suscrita entre las demandadas, en la cláusula tercera, se indicó, “d) Prestar a la COOPERATIVA, en los términos y condiciones acordados en los respectivos contratos de comodato, los equipos, herramientas o elementos que AVIANCA pueda suministrar a la COOPERATIVA, con el fin de facilitar la prestación de los servicios convenidos entre las partes”, luego entonces, en principio, las partes si acordaron que celebraría contrato de comodato, sin embargo, tal documento, no fue allegado por ninguna de las convocadas a juicio, y los testigos citados, desconocían de tal pacto o convenio, por lo que, no se tiene certeza que, en efecto, se hubiere materializado la voluntad de las demandadas.

En lo tocante a la adquisición de pólizas, por parte de Avianca, del caudal probatorio se tiene a folio 156 a 158, copia de los seguros adquiridos por Avianca, teniendo como asegurado al aquí demandante, y registrándose como fecha de vigencia del 1° de febrero de 2013 al 1° de enero de 2017, dejándose sentado, en los aludidos documentos, que se cubrirían los amparos de; básico de vida, incapacidad total y permanente por enfermedad o accidente, enfermedad grave, auxilio por muerte y auxilio por ITP y en contraste, se tiene que, en la cláusula décimo primera de la oferta mercantil se estipuló entre Avianca y la Cooperativa que;

“DÉCIMA PRIMERA: LA COOPERATIVA ofrece constituir a favor de AVIANCA las siguientes pólizas que garanticen el cubrimiento de los riesgos que puedan derivarse de la ejecución de las obligaciones derivadas de la oferta una vez ésta sea aceptada:

“A. PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Para garantizar el pago de los perjuicios causados por la ejecución, inejecución o indebida ejecución de la presente oferta, con valor asegurado equivalente al 15% del valor anual de la misma. La vigencia será igual a la de la oferta más cuatro (4) meses y el asegurado será LA COOPERATIVA y el beneficiario AVIANCA.

B. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO. Para garantizar el pago de los perjuicios causados por la ejecución, inejecución o indebida ejecución de la presente oferta, con valor asegurado equivalente al 15% del valor anual de la misma. La vigencia será igual a la de la oferta más cuatro (4) meses y el asegurado será LA COOPERATIVA y el beneficiario AVIANCA”

Saltando en forma palmaria, que los seguros adquiridos por Avianca, primero, no se encontraban estipulados en el convenio mercantil, y segundo, tampoco, se puede concluir, que ellas fueron adquiridas, con el fin de cumplir con las exigencias del Reglamento Aeronáutico, como se argumenta en el recurso, pues, tal documento, no fue allegado, con el fin de acreditar, que, en efecto, a la empresa de transporte, le era exigido el pago de este tipo de conceptos a favor de terceros.

Finalmente, en lo tocante a la expedición de certificados de capacitaciones, a las cuales asistió el demandante y en las cuales aparece o se registra, en la parte superior de los documentos, el nombre de Avianca, si bien, en la oferta mercantil presentada en marzo de 2010 a Avianca, se establecía que, a cargo de dicha empresa, le correspondía brindar capacitaciones a los asociados, para la prestación de los servicios técnicos y de seguridad operacional (cláusula 3, ordinal 2), entendiéndose con este actuar, que la información suministrada al trabajador, era totalmente relevante y necesaria en la parte organizacional de Avianca (fl. 157 a 165 del archivo 12 del expediente digital)

Quedando claro, que, la persona jurídica que se benefició de los servicios prestados por Oscar Nieto Vargas entre el 1° de julio de 2006 y el 31 de diciembre de 2016, fue Avianca y por ello, debía ser tenido como el verdadero empleador de este, al encontrarse desnaturalizada el convenio cooperativo de trabajo.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, por regla general, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, salvo las

prescripciones especiales señaladas en las leyes laborales (arts. 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST). Prescripción que puede ser interrumpida en los términos de dichos artículos, para lo cual se cuenta nuevamente el término de prescripción, por una sola vez, y procesalmente tal como lo dispone el artículo 94 del CGP, norma que se encontraba vigente al momento de promoverse la presente acción ordinaria, y cuyo tenor es:

“Artículo 94.- Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Revisadas las diligencias, se tiene que el vínculo laboral que unió a las partes finalizó el 31 de diciembre de 2016, y la demanda se radicó el 24 de julio de 2018 (acta de reparto fl. 453, del archivo 12), admitiéndose la misma, el 10 de agosto de 2018 y notificándose tal determinación en estado del 13 de agosto de 2018 (fl. 455 del archivo 12). El demandante el 15 de agosto, el 16 de octubre y 9 de noviembre de 2018 realizó las gestiones tendientes a notificar a las convocadas a juicio (fl. 461 a 509 del archivo 12) y ante la no comparecencia de las convocadas a notificarse, con proveído del 14 de diciembre de 2018, se ordenó el emplazamiento de Avianca y el ente cooperativo (fl. 509), sin embargo, el 18 de diciembre de 2018, el apoderado de Avianca se hace presente en la secretaría del despacho y se notifica de manera personal del libelo genitor (fl. 535), y en enero de 2019, el actor, procedió a publicar el edicto emplazatorio en un diario de amplia circulación (fl. 551 del archivo 12), quedando pendiente por notificar a la Cooperativa, pues, el auxiliar de la justicia designado, no aceptó el cargo, presentándose inconveniente en la notificación del curador ad litem, para que ejerciera derecho de defensa y contradicción de Clave Integral y materializándose tan solo hasta el 2 de agosto de 2021, dicho trámite, cuando la curadora ad litem propuso incidente de nulidad y en forma concatenada, contestó la demanda (archivo 4 del expediente digital).

Así las cosas, con base en los hechos relacionados, es claro que la parte demandante ha cumplido con todos sus actos procesales para que se diera la notificación dentro del término de un año con posterioridad al auto admisorio, pero por actos ajenos o no propios de ella, el proceso no tuvo la celeridad esperada, por tanto, se debe contar, la prescripción desde la presentación de la

demanda, es decir, del 24 de julio de 2018 hacia atrás y no como erradamente lo señaló el juez de conocimiento, asistiéndole la razón al recurrente en el sentido de indicar que, las cesantías y los intereses a las cesantías son prestaciones sociales independientes, por ello, no pueden liquidarse al finiquito del vínculo laboral, como ocurre con las cesantías, pues sobre dicho concepto, si debe aplicarse la prescripción, en caso de que esta hubiere sido alegada, de acuerdo a los argumentos expuestos, resulta procedente modificar la sentencia en este punto, y en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción respecto de los intereses a las cesantías causadas con anterioridad al 24 de julio 2015. Consecuencia de lo anterior, se tendrá como valor adeudado por concepto de intereses a cesantías, a cargo de Avianca y a favor del trabajador, la suma de \$289.768,⁸⁰, las cuales se liquidaron desde el 24 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2016 (SL3345-2021).

BUENA FE - INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Centró Avianca, su inconformidad, respecto a la condena impuesta por estos dos conceptos, al estimar que la empresa actuó de buena fe. Así, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, no son de aplicación automática sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguientes a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de la cesantía lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Dicha Corporación, en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que

“la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art.99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento”.

Significando, entonces, que, estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST). Así que, centrándonos en el sub examine, observa la Sala que bajo las circunstancias analizadas al declarar la existencia del contrato de trabajo entre el 1 de julio de 2006 al 31 de diciembre 2016, no se puede tener como justificación para no realizar el pago de las acreencias laborales del actor, la celebración de un acuerdo mercantil con la Cooperativa de Trabajo Asociado, máxime, que el demandante prestó su fuerza laboral a la empresa por espacio superior a los 10 años, constatándose de esta manera, que la convocada no actuó de buena fe, razón por la que no se puede exonerar del pago de la mentada indemnización.

Bajo este entendido, al no probar que obró de buena fe en el no pago de las acreencias reclamadas, no se le puede exonerar de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. En lo que corresponde a la sanción por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990, basta con precisar que los argumentos esbozados respecto de la mala fe para la condena respecto de la indemnización del artículo 65 del CST, son suficientes para confirmar la decisión adoptada por la a quo, pues ilógico resultaría indicar que medió mala fe en un evento y en el otro no, cuando el actuar del empleador para sustraerse de sus obligaciones, fue el mismo.

Sin costas en esta instancia, dado que prosperó el recurso en forma parcial.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Modificar el inciso 2 del ordinal segundo, de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a Aerovías del Continente Americano*

SA - Avianca S.A. a pagar por concepto de intereses a las cesantías, la suma de \$289.768,⁸⁰. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE AMPARO ASTUDILLO ROSERO CONTRA COMUNICACIONES
CELULAR SA - COMCEL SA*

En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Amparo Astudillo Rosero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la sociedad Comunicaciones Celular SA - Comcel SA con el fin que se declare que está amparada por la figura de la estabilidad laboral reforzada y consecuencia de ello, se ordene el reintegro de la trabajadora al mismo cargo y salario ostentado al momento de terminarse el contrato de trabajo y el

reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo hasta que se satisfagan las pretensiones de la demanda, es decir, el reintegro y el pago de la indemnización, se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; se indexen los valores reconocidos y las costas causadas en el trámite.

El escrito genitor fue inadmitido con proveído del 16 de enero de 2020 (folio 23 del archivo 1), y conforme a ello, se adecuaron las peticiones reclamadas a Comcel S.A., reclamando en esta oportunidad, se declare que está amparada por la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se satisfagan las pretensiones de la demanda, se indexen los valores reconocidos y se paguen las costas conforme a los honorarios profesionales vigentes (folio 25 del archivo 1).

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 4 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; fue vinculada a la entidad demandada mediante contrato de trabajo, para desempeñar sus labores en esta ciudad; el 29 de noviembre de 2019 la empresa dio por terminado contrato de trabajo de manera unilateral; el médico de la empresa emitió una recomendación de salud por 12 meses, la cual inició el 24 de octubre de 2019; suscribió acta de compromiso de cumplimiento de recomendaciones médico laborales, en las que se comprometieron a aceptar las recomendaciones dadas verbalmente y por escrito; la convocada tenía conocimiento de la prescripción médica; se dio por terminado el contrato de trabajo sin contar con el permiso para ello.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Comunicaciones Celular SA - Comcel SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, al estimar que la demandante no goza de un estado de debilidad manifiesta al momento de terminarse el contrato de trabajo (fls. 73 archivo 01 del expediente digital). Respecto a los hechos, aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido hasta el 29 de noviembre de 2019. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago; buena fe y prescripción.

En la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio, contenida en el artículo 77 del CPT y SS, celebrada el 6 de junio de 2022, la juez de conocimiento al fijar el litigio, indicó, que este versaría sobre la estabilidad laboral reforzada, de la cual pudiese ser beneficiaria la demandante, en razón a su estado de salud y en caso afirmativo, establecer si es procedente su reintegro y consecuentemente, el pago de salarios y la indemnización correspondiente a un día de salario, hasta que se haga efectivo el reintegro y demás derechos que resulten acreditados conforme a las facultades ultra y extra petita (5:06)

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 08 del expediente digital) en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, declarando probada la excepción de ausencia de los requisitos para ser sujeto e inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido. Sin costas en el proceso.

Cimentó su determinación en que, de acuerdo al material probatorio, se podía constatar que la demandante tenía unas recomendaciones médicas, las cuales fueron conocidas por la convocada a juicio; sin embargo, para la fecha de terminación del contrato, la actora no se encontraba incapacitada o discapacitada, ni mucho menos, que se hubiera informado de tal situación a la empresa, no siendo viable aplicar lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, además, tampoco se avizoraba que la terminación del contrato de trabajo, hubiese acaecido por los padecimientos médicos de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación, argumentando para tal efecto, que fue despedida el 29 de noviembre de 2019, estando vigente una orden médica o recomendación de salud de un año, la cual empezaba, a partir del 24 de octubre de 2019, por lo tanto, desde la fecha en que se emitió la recomendación y se dio por terminado el contrato de trabajo, tan solo había transcurrido un mes de servicio, lo que indicaba que el motivo de fenecimiento sí tuvo su origen en la patología sufrida y, por lo tanto, una decisión

discriminatoria del empleador debido a su condición; que entre las partes se suscribió un acta de compromiso, con el fin de acatar las recomendaciones dadas; en tercer lugar, que, de acuerdo a los argumentos de la H. Corte Constitucional, se debe proteger a las personas que presentan una afectación a su salud que les impide el desempeño en sus labores y, por tanto, el despido fue discriminatorio, sin que se haya acreditado una causal objetiva para adoptar tal determinación; que ya no es necesario obtener una calificación de pérdida de capacidad laboral para acceder a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS - TERMINACIÓN

No es objeto de discusión por el apelante los siguientes supuestos fácticos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 4 de diciembre de 2006, para la ejecución inicial del cargo de consultor de servicio personalizado a clientes (folio 11, 80, 84); ii) que el 24 de octubre de 2019 se suscribió un formato de “seguimiento/socialización a recomendaciones de salud”, entre la demandante, Claudia Patricia Vargas, como jefe inmediata de esta y Oscar Buitrago Lizarazo como analista de gestión humana (fl. 12); iii) que el 29 de noviembre de 2019, le fue terminado el contrato de trabajo, sin justa causa, y consecuentemente, se pagó la correspondiente indemnización.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

A la accionante le fueron emitidas sendas recomendaciones por la ARL el 16 de septiembre de 2019 (de acuerdo a la información registrada en el compromiso suscrito por las partes) y, según tal directriz, se hizo una socialización, el 24 de octubre de 2019, en la cual participó la trabajadora y el empleador, indicándose que, a partir de dicha data, empezaba a contar el término de 12 meses para verificar el estado de salud de la trabajadora, y que estas recomendaciones eran temporales, plasmándose en el acta de compromiso que “Nosotros, Amparo Astudillo Rosero identificado con C.C.

52584824 en calidad de Gerente Regional Cavs (sic) y Claudia Patricia Vargas Inagan identificada con C.C. 39670671 en calidad de consultor servicio personalizado a clientes de la compañía COMCEL S.A., (sic) declaramos haber sido informados de las presentes recomendaciones contenidas en el presente documento. Manifestamos que hemos entendido y que aceptamos las recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta, para la recuperación de la trabajadora. Nos comprometemos a cumplir y a hacer cumplir esas recomendaciones tal cual se nos ha dado a conocer tanto verbalmente como por escrito...”

Dicha acta de compromiso tiene aparejado el cuadro de las recomendaciones médicas emitidas por los galenos y el tipo de actividad para dar cumplimiento, en donde objetivamente se puede constatar que las patologías en los miembros superiores y en la columna detectadas, afectan el ejercicio de las labores desempeñadas y, por ello, se limitaron sus actividades con el fin de menguar la afectación y/o permitir su recuperación, así:

FORMATO SEGUIMIENTO / SOCIALIZACIÓN A RECOMENDACIONES DE SALUD				
Pertenece al Procedimiento: Realizar seguimiento a incapacidades laborales		Fecha: 02/10/2019		
Clasificación: Uso Interno		Versión: 4		Código AE3.5-F37

RECOMENDACIONES MÉDICAS	DESCRIPCIÓN CUMPLIMIENTO	EMPRESA		COLABORADOR		OBSERVACIONES
		CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	
Puede realizar algunas tareas de su trabajo debiendo mantener la columna en posición vertical, en todas las posturas que adopte.	<ul style="list-style-type: none"> Está cumpliendo la recomendación médica de acuerdo a las terapias que está recibiendo con fisioterapia. 	X		X		
Puede realizar algunas tareas de su trabajo sin actividades que impliquen levantar el brazo por encima del hombro o la horizontal.	<ul style="list-style-type: none"> Dentro de las funciones que está realizando en este momento cumple la recomendación. 	X		X		
Puede realizar algunas tareas de su trabajo sin actividades de digitación de más de la mitad de la jornada laboral. Alternar con otras actividades.	<ul style="list-style-type: none"> Puede realizar atención público en un 50% y el otro 50% puede realizar labores administrativas. 	X		X		<ul style="list-style-type: none"> En este momento está realizando labores administrativas en un 100%. Cumple la recomendación.
Puede realizar algunas tareas de su trabajo sin posturas permanentes de pies y debe poder alternar la posición bipeda y sedente cada 60 minutos.	<ul style="list-style-type: none"> En este momento está realizando labores administrativas en un 100%. Cumple la recomendación. 	X		X		
Puede realizar su trabajo sin jornadas extendidas, Ni horas extras.	<ul style="list-style-type: none"> A partir del día de hoy no se puede programar los domingos para dar cumplimiento a la recomendación médica. 	X		X		

Este informe tiene el carácter de un concepto técnico. Las conclusiones y o recomendaciones en el contenidas se emiten en razón de la especialidad de los profesionales que intervinieron en su realización y no tiene carácter vinculante u obligatorio.

FORMATO		SEGUIMIENTO / SOCIALIZACIÓN A RECOMENDACIONES DE SALUD			
Pertenece al Procedimiento: Realizar seguimiento a incapacidades laborales		Fecha: 02/10/2019			
Clasificación: Uso Interno		Versión: 4		Código AE3.5-F37	
RECOMENDACIONES MÉDICAS	DESCRIPCIÓN CUMPLIMIENTO	EMPRESA	COLABORADOR	OBSERVACIONES	
Realizar ejercicios de estiramiento muscular (pausas activas) cada 2 horas por 5 minutos	<ul style="list-style-type: none"> Realizar cada dos horas pausas Activas y dejar registro en la planilla de pausa. 	X	X		
Se le recomienda solicitar en su entidad de salud, evaluación y plan de manejo de su patología osteomuscular a nivel de MIEMBROS SUPERIORES POR FISIATRIA. Esta condición de salud le genera restricciones para algunas tareas, por lo que deben ser evaluadas las exigencias de su trabajo habitual.	<ul style="list-style-type: none"> 30 de Octubre cita con Fisiatría. 	X	X		
Se le recomienda continuar en su entidad de salud plan de manejo de su patología de columna por FISIATRIA. Esta condición de salud le genera restricciones para algunas tareas, por lo que deben ser evaluadas las exigencias de su trabajo habitual.	<ul style="list-style-type: none"> 17 de septiembre fue la cita. 30 de Octubre cita con Fisiatría. 	X	X		

NOMBRE Y NÚMERO DE DOCUMENTO DE LOS ASISTENTES AL SEGUIMIENTO		FIRMAS
COLABORADOR: Amparo Astudillo Rosero	52584824	
JEFE INMEDIATO: Claudia Patricia Vargas Inagan	39670611	
ANALISTA GESTION HUMANA: OSCAR BUITRAGO LIZARAZO	79989785	

Este informe tiene el carácter de un concepto técnico. Las conclusiones y o recomendaciones en el contenidas se emiten en razón de la especialidad de los profesionales que intervinieron en su realización y no tiene carácter vinculante u obligatorio.

Lo anterior guarda relación con la **historia clínica** de la trabajadora (páginas 18 y 19 del archivo 01 del expediente digital), en donde se observa claramente el diagnóstico de las lesiones en los miembros superiores y en la columna vertebral, para lo cual se emitieron las recomendaciones ocupacionales, a partir de octubre de 2019, entre las cuales se encuentra: evitar levantar cargas de determinado peso en cada extremidad; ejercicios mecanismos repetitivos como digitar, archivar, manipular cajas de archivo; aplicar pausas activas; no superar la jornada laboral de 8 horas al día; no mantenerse de pie por más de 2 horas; alternar posiciones bípedas y sentada; no utilización de elementos que causen vibración; evitar el uso de escaleras de manera frecuente; evitar maniobras repetitivas en flexo extensión de columna y rodillas, y en general, considerarse la reubicación laboral, es decir, que, por orden médica fueron halladas unas patologías que incidían en el desempeño laboral de la trabajadora, y por ello, la necesidad del empleador de acatar esas recomendaciones.

Por otro lado, al rendir interrogatorio de parte, **la representante legal de la demandada** aceptó que la empresa conocía las recomendaciones médicas emitidas a su trabajadora por parte de Colmédicos, que es la EPS que maneja la

empresa, y en donde se indicó que podía ejercer sus actividades, siempre y cuando realizara pausas activas y adoptara una serie de medidas frente a su padecimiento. A su turno, Amparo Astudillo Rosero indicó, que tenía prescripciones médicas, debido a que había mermado su calidad de trabajo, esto con ocasión a un túnel del carpo, que le impedía digitar y unas afectaciones en la cadera, que le imposibilitaban permanecer de pie por mucho tiempo, lo que condujo a que le redujeran en 4 horas la labor de digitar y le dieran descansos paulatinos, con el fin que sus manos descansaran; agregó, que desde octubre de 2019, en las horas de la mañana (4 horas), trabajaba en atención al público, descansaba cada 2 horas para hacer pausas activas y las otras 4 horas, estaba en trabajo administrativo u orientando a las personas, pero, no atendía al público detrás de la barra; así mismo, indicó que no se encontraba incapacitada para la fecha en que le fue terminado el contrato de trabajo.

En la página 81 del archivo 01 del expediente digital obra el certificado médico de egreso de la trabajadora realizado por Colmedicos, en donde si bien se indica que del análisis realizado a la demandante no se encontraron limitaciones para el desempeño habitual de las labores, considera la Sala que tal mención resulta contradictoria con todo el proceso de evaluación médica de la trabajadora, incluso, con los hallazgos encontrados meses atrás por esa misma empresa, que como se dijo en líneas anteriores, fue la base de las recomendaciones laborales de octubre de 2019, en donde, tanto trabajadora como empleador dijeron expresamente que tendrían en cuenta ese aspecto para la recuperación, sin que a la entrega de la carta de terminación, la demandada hubiera esperado siquiera el término de evaluación de la enfermedad que dispusieron en las recomendaciones, en donde quedó consignado que era de 12 meses. Por ende, la Sala no le da crédito a ese examen de egreso, pues no consulta los antecedentes clínicos y del manejo que las partes contratantes le dieron al caso, cuando fueron conscientes de las afecciones en la salud y las dificultades para el desempeño habitual de las labores.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

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

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

Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a 180 días de salario.

*A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018 del 11 de abril de 2018 con radicación 53394, ha puntualizado que la disposición que protege al trabajador con discapacidad para la extinción del vínculo laboral, tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**».*

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011, y vigente, a partir del 10 de junio de 2011, en concordancia con la Ley Estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, la cual tiene por objetivo garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, de acciones afirmativas, de ajustes razonables y de la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad. Así, la norma aprobatoria de la convención, prevé dentro de sus principios que “(...) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, y en su artículo 1° previó como definición que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, aunque la Ley 1618, amplió el campo de

aplicación, en cuanto agregó a esas limitaciones, el hecho de que se presenten no sólo en el largo plazo, sino en el mediano, así, la definición de una persona con discapacidad es que “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Este concepto implica entender que una persona puede verse afectada en su estado de salud, pero tiene una relación con el contexto social, o, en otras palabras, según el modelo conceptual de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud-CIF, que pueden existir deficiencias en las funciones o estructuras corporales, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, que indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud y sus factores contextuales. Así, se parte de una condición de salud, como puede ser una enfermedad, un trastorno, un traumatismo o una lesión, que al ubicar a la persona en el nivel del desempeño individual de tareas y cuyas dificultades conducen a las limitaciones en las actividades.

Para finalizar en este punto, el numeral 13 del artículo 5° de la Ley 1618 de 2013, dispuso la creación del Registro de Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad - RLCPD- junto con la expedición del certificado de discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1507 de 2014, que consiste en el “(...) procedimiento de valoración clínica multidisciplinaria simultánea, fundamentado en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF-, que permite identificar las deficiencias corporales, incluyendo las psicológicas, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación que presenta una persona, cuyos resultados se expresan en el correspondiente certificado, y son parte integral del RLCPD”, aunque, cabe precisar que, para efectos de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se debe aplicar el criterio jurisprudencial, según el cual, la falta del carné o certificado no puede impedir el ejercicio efectivo de los derechos laborales de los trabajadores, como lo ha sostenido la Corte, en diversas providencias, entre otras, CSL SL, 18 sep. 2012, 41845; SL, 28 ag. 2012, rad. 39207; SL11411-2017; con mayor razón, si la inclusión de una persona en ese registro es totalmente voluntaria y comienza con el médico tratante, quien es la persona que hace la remisión al equipo multidisciplinario, previa verificación en la historia clínica del diagnóstico relacionado con la discapacidad, es decir, que se trata de un trámite que requiere tiempo y no siempre puede darse en el momento del despido.

Por consiguiente, es cierto lo dicho por la recurrente, en el sentido que, como el contrato de trabajo finalizó el 29 de noviembre de 2019, no son aplicables los grados de limitación que traía el D. 2436 de 2001, porque tal disposición fue derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, lo que excluye la calificación de la pérdida de capacidad laboral, para pasar a entender, que para la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que se debe examinar es si esa afección física, mental o psíquica, de largo o mediano plazo, al interactuar con diversas barreras, frustra o entorpezca la integración plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad con los demás trabajadores, es decir, que la dolencia en realidad impida el cumplimiento de las labores habituales, y por esa razón, termina convirtiéndose en fuente de discriminación por el empleador, si éste no solicitó el permiso administrativo respectivo.

De manera que, se debe concluir que el empleador era consciente, que por orden médica y del área ocupacional se estableció que la trabajadora, por cuenta de las afecciones denominadas “SÍNDROME DEL TUNEL CARPIANO, BUFIDITIS DEL TROCANTER y SÍNDROME CERVICOCRANEAL”, no podía mantener la columna en posición vertical, tampoco levantar el brazo por encima del hombro, menos, llevar a cabo las labores de digitación durante toda la jornada laboral, además, evitar mantenerse de pie en forma permanente; lo que significa, en criterio de la Sala, que opera la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque para la data del despido, el empleador conocía del estado de salud de la trabajadora y las dificultades para ejercer las labores habituales, máxime que, el padecimiento del túnel del carpo y de su cadera, no solo impedían, se reitera, que, la trabajadora prestara sus servicios, en igualdad de condiciones de sus compañeros, encontrándose más que demostrada, sino que, dichas afectaciones a su salud, no eran a corto plazo y su recuperación dependía del seguimiento o terapias que recomendara el médico tratante, por lo que, para terminar el vínculo, se requería de la autorización del Ministerio del Trabajo, y en tal sentido, como no se hizo, debe entenderse que el fenecimiento sí obedeció a las afecciones diagnosticadas y, por lo tanto, se trató de un despido discriminatorio, máxime que el empleador no demostró justa causa para ello (CSJ SL1360-2018), en cuanto a la terminación del contrato, procedió al pago de la indemnización tarifada prevista en la ley, que ahora, con esta decisión, sólo tiene el efecto de compensación, ante la ilegalidad de dicho despido.

Así las cosas, se declarará ineficaz la terminación del contrato y se ordenará a la

demandada, que proceda a reintegrar a la demandante a un cargo compatible con su discapacidad, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta la fecha de su reubicación, debidamente indexados, y el pago de los aportes a los subsistemas de pensión y salud. Para tales efectos, se deberá tener en cuenta un último salario mensual de \$2.839.000, acorde con la liquidación definitiva que obra en la página 82 del archivo 01 del expediente digital).

Analizar el reintegro como consecuencia del fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, en este momento, no contraviene el principio de congruencia, por cuanto, desde el inicio, la demandada tuvo presente que ese era el tema objeto de discusión, al punto que, se opuso concretamente al reintegro, es más, en el momento de fijarse el litigio, la juzgadora de conocimiento indicó expresamente que el asunto giraría en torno a dicha estabilidad y el aludido reintegro, sin que las partes hubieran hecho manifestación alguna, agregándose en este punto que, en principio, la parte actora había solicitado el reintegro, pero al subsanar el libelo genitor, excluyó tal pretensión, reclamando una especie de “indemnización moratoria” (páginas 25 y 26 del archivo 01 del expediente digital), debiéndose en este estadio procesal, interpretarse la demanda, máxime, que se reclama la protección de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud y como se sabe, la consecuencia de la aplicación de esta figura, es la declaratoria de ilegalidad del acto de despido, por ende, las cosas vuelven a su estado anterior, como si nunca hubiera ocurrido el fenecimiento unilateral.

Lo único que es objeto de presentación expresa, es la indemnización de los 180 días que trae la norma, y si ésta no es solicitada por la parte interesada, debe entenderse que renuncia a ella, pero, frente a lo demás, debe interpretarse y concluirse que la consecuencia es el restablecimiento del vínculo laboral, con mayor razón, si los hechos del libelo, especialmente el número 7, es contundente en criticar que el empleador no solicitó el permiso administrativo respectivo para terminar el contrato, y por ello, su decisión la cataloga de ilegal, debiendo tenerse en cuenta que, el principio de congruencia como lo tiene explicado la H. Corte Suprema de Justicia (SL2808-2018 Y SL14022-2015), no es un ejercicio mecánico de comparación de las pretensiones, las excepciones y la actuación de las partes, sino, el tema que se va a decidir y las consecuencias jurídicas de la institución procesal o sustancial que se debate, en este caso, la estabilidad laboral reforzada

de la Ley 361.

Además, es claro que la declaratoria de ineficacia del contrato, en virtud de esta protección no da lugar a un simple pago de salario, sino a todas las consecuencias legales de la existencia del contrato, como es el pago de prestaciones sociales compatibles con el reintegro y aportes al sistema de seguridad social, autorizándose igualmente a la demandada, para que, del valor de las condenas impuestas, descuenta la suma pagada a la trabajadora por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

PRESCRIPCIÓN

Dadas las resultas del recurso de alzada, debemos estudiar la excepción de prescripción formulada por la convocada a juicio, al momento de contestar la demanda, respecto a las obligaciones de tracto sucesivo que llevaren más de tres años, desde el momento de su causación y hasta la fecha de notificación de la presente demanda.

Al respecto, resulta pertinente señalar que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, por regla general, salvo las prescripciones especiales señaladas en las leyes laborales (arts. 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST). Prescripción que puede ser interrumpida en los términos de dichos artículos y procesalmente tal como lo dispone el artículo 94 del CGP, y cuyo tenor es:

“Artículo 94.- Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Revisadas las diligencias, se tiene que la demanda se radicó el 18 de diciembre de 2019 (fl. 22 del archivo 1), y el auto admisorio de la demanda se profirió el 26 de febrero de 2020 siendo notificado al accionante por estado del 27 de febrero siguiente (folio 58). También está probado que la demandada, remitió poder y demás documentos necesarios para notificarse de la demanda el 18 de enero de 2021, luego entonces, las diligencias, tendientes a convocar a la demandada se

efectuaron dentro del término señalado y, por tanto, no se configura la excepción de prescripción en el presente evento.

Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia apelada, para en su lugar, declarar ineficaz la terminación del contrato de trabajo, materializado por Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. y, en consecuencia, ordenar el reintegro de la demandante a un cargo compatible con su discapacidad, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta la fecha de su reubicación, debidamente indexados, y el pago de los aportes a los subsistemas de pensión y salud. Para tales efectos, se deberá tener en cuenta un último salario de \$2.839.000, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la presente providencia.

Segundo.- Autorizar a la demandada para que del valor de las condenas impuestas, descuente la suma pagada a la trabajadora por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Tercero. Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

Cuarto. Costas de ambas instancias a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

En uso de permiso

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the name Luz Patricia Quintero Calle.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE