

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

Que el cinco (05) de junio dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2020-00152-01 P.T. No. 20.229

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO.

DEMANDADO: TELMEX COLOMBIA S.A.

FECHA PROVIDENCIA: CINCO (05) DE JUNIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, acorde a las razones antes expuestas. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy catorce (14) de junio de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2020-00152-01
RADICADO INTERNO:	20.229
DEMANDANTE:	RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO
DEMANDADO:	TELMEX DE COLOMBIA SA – HOY COMCEL COMUNICACIÓN CELULAR SA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 28 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO, interpuso demanda ordinaria laboral contra la empresa TELMEX DE COLOMBIA SA – HOY COMCEL COMUNICACIÓN CELULAR SA. para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido suscrito por las partes el cual fue terminado de forma unilateral, sin justa causa por parte de la entidad demandada sin previo aviso. Para que se ordene el reintegro del actor a un cargo de iguales o mejores condiciones a las ejercidas al momento de la desvinculación, de igual forma se condene a la entidad demandada a realizar los pagos dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación del actor hasta la fecha de reintegro de: salarios y prestaciones sociales, aportes a seguridad social, el factor salarial convencional “BONO Q” causado en el tercer trimestre del 2017. Como a su vez se ordene el pago de la indemnización por falta de pago consagrada en numeral 1 del artículo 65 de la Ley 789 de 2002, el pago de la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de los perjuicios morales causados a la parte actora, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó lo siguiente:

- Que el señor RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO, suscribió contrato de trabajo a TERMINO INDEFINIDO con la empresa CABLECENTRO S.A, que dicha empresa en fecha 30 de septiembre de 2009 se fusiono con la sociedad TELMEX COLOMBIA S.A la cual el 31 de mayo de 2019 fue absorbida mediante fusión y sin liquidar por la Sociedad COMCEL COMUNICACIÓN CELULAR S.A mediante escritura pública No. 1016 actuado como representante legal Sr. CARLOS HERNAN ZENTENO DE LOS SANTOS.

• Que el demandante fue contratado para desempeñar funciones de asesor integral las cuales consistían en realizar conexión y desconexión de redes, mantenimiento y verificación de las mismas. Donde cumplía con la jornada máxima legal dentro de los horarios señalados por el empleador y su salario básico devengado para el mes de octubre de 2017 fue de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL PESOS (\$1'387.000), a su vez el empleador de igual forma pagaba al actor mensualmente por concepto de rodamiento de la moto la suma de TRESCIENTOS DIECINUE MIL TRESCIENTOS PESOS (\$319.300).

• Que, en fecha de 26 de octubre de 2016, la empresa TELMEX DE COLOMBIA S.A, notifico al Señor RICHARD MARTIN ALVAREZ, mediante comunicación escrita la terminación unilateral, sin justa causa de su contrato de trabajo a término indefinido, terminación que se realizó sin previa autorización por parte el ministerio del trabajo, ya que la empresa, en dicho momento tenía pleno conocimiento de las condiciones de salud que afrontaba el Señor RICHARD ALVAREZ.

• El día 7 de noviembre del 2017, la empresa TELMEX COLOMBIA S.A notifico al actor el valor de su liquidación la cual correspondía a \$17'600.591 COP y como valor neto a pagar \$15'331.140 COP la cual fue pagada el día 17 de noviembre de 2017, liquidación la cual no incluyo el factor salarial convencional como lo era el "BONO Q" el cual era pagado trimestralmente.

• Respecto el estado de salud del actor se evidencia que durante la relación laboral el demandante presento diversas afectaciones a su salud la cuales era de conocimiento de la entidad demanda y se evidenciaron en:

- Examen médico ocupacional practicado el 20 de abril de 2011 donde consta limitaciones para realizar trabajo en alturas, diagnosticándosele una **hernia umbilical y una hernia inguinal derecha**.
- Evaluación ocupacional realizada el 07 de octubre de 2015 donde se diagnosticó: **HIPERGLICEMIA** NO ESPECIFICADA, HERNIA UMBILICAL, PREVISIA, HIPERMETROPIA y OTRA HIPERLIPIDEMIA, donde se establecieron las restricciones a levantar cargas superiores a 5 kilos y realizar trabajos en alturas.
- Evaluación ocupacional realizada el 27 de mayo de 2016, donde se reportó como hallazgo PREVISIA, HIPERMETROPIA Y PATALOGIA UMBILICAL, se estableció restricciones laborales con esfuerzo o carga.
- 27 de mayo de 2017 al actor le fue diagnosticado un nódulo solido sospechoso de Tiroides Bethesda 3, donde se ordenó programar lobectomía derecha más istmectomía más biopsia por congelación.
- El día 20 de octubre de 2017, se realizó el examen periódico de actitud de trabajo en alturas, en el cual dio como resultado: disminución en la agudeza visual, hernia umbilical mayor a 1cm, diabetes Mellitus tipo2, varices minfs GL, audiometría descenso leve, optometría hipermetropía + presbicia. De igual forma se emitieron las recomendaciones de realizar pausas activas, usar elementos de protección personal, lentes correctivos obligatorios para trabajar, continuar control cardiovascular, valoración por cirugía de EPS, concluyendo NO APTO PARA TRABAJAR EN ALTURAS.

• Que una vez terminado su contrato de trabajo de forma unilateral, el demandado ordeno al actor realizar exámenes de egreso, los cuales se practicaron el día 28 de octubre de 2017 estableciendo como concepto de egreso satisfactorios haciendo tres observaciones: 1. Disminución de la agudeza visual 2.) Diabetes mellitus tipo 2; 3) Varices mimnfgs GI. Omitiendo los hallazgos de: inspección de cuello: Masa Tiroides. Palpación abdominal: hernia umbilical mayor a 1cm. Inspección columna vertebral: Cifosis

postural, escoliosis dorsal. Inspección miembro inferiores: varices mimnfls GL.

- Al momento de la terminación del contrato de manera unilateral, el actor tenía pendiente la práctica de dos cirugías denominadas “Tiroidectomía más vaciamiento” y hernia umbilical y que con ocasión a dicho despido fue desafiliado del régimen contributivo dilatando la realización de dichos procedimientos quirúrgicos, los cuales se terminaron materializando a fecha de 26 de febrero de 2018 de la cual se enviaron muestras y determinaron “carcinoma papilar de tiroides tipo clásico y células alta (70%) multifocal, nódulo de mayor tamaño 30mm invasión linfáticos, invasión vascular presente. Cincos ganglios linfáticos cuatro de ellos comprometidos por carcinoma con extensión extra nodal. METASTASIS DE MAYOR TAMAÑO A 9mm, las cuales llevaron al actor a realizarse otras dos cirugías consistentes vaciamiento de cuello y luego tratamiento con yodo radiactivo.

- Al demandante, no le fue ordenada la clasificación de origen de las enfermedades diagnosticadas durante la relación laboral y que a su vez nunca se realizó ningún examen para determinar la pérdida de la capacidad laboral

La sociedad demandada TELMEX DE COLOMBIA SA – HOY EN DÍA COMCEL COMUNICACIÓN CELULAR SA S, contesto la demanda de la siguiente manera:

- La entidad demandada reconoce la existencia de la relación laboral con el accionante, la cual finalizo como bien afirma la parte demandante de manera unilateral el día 26 de octubre de 2017 por parte de la entidad demanda, la cual realizo la liquidación correspondiente con monto de \$17'600.591 COP y como valor neto a pagar \$15'331.140 COP. Que referente al pago de BONO Q, no se materializo dentro de dicha liquidación por que dicho bono no es un pago constitutivo de salario y como se evidencia en la nómina aportada dicho pago se realizó el 25 de octubre de 2017.

- Discrepa con el demandante en razón a que entidad demandada no tenía que solicitar autorización previa al ministerio de trabajo para poder dar por finalizado el contrato de trabajo, ya que al momento de dar por terminado dicho contrato no tenía la condición de discapacitado que le otorgara las prerrogativas del art 26 de la ley 361 de 1997, debido a que no padecía ninguna enfermedad que comprometiera en forma grave su capacidad laboral y además porque ninguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social, vale decir la EPS, ARL, Junta Regional o Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a dicha fecha habían expedido un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, ni fecha de estructuración de esta.

- Al igual sostiene que ninguna de las pruebas aportadas permite demostrar dicha discapacidad relevante o una condición grave que suponga una discriminación, a contrario el demandante aporta el examen médico practicado el día 20 de octubre de 2017, es decir una semana antes de haberse dado por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y en este no consta ninguna enfermedad grave, discapacitante o limitante y es así que en el ítem “Antecedentes personales en salud” no reporta ninguna enfermedad y sobre aquellas enfermedades que dijo mantener desde el año 2011, en este examen se evidencian que su condición de salud no empeoro.

- Respecto las historias clínicas aportadas por el demandante del Hospital Erasmo Meoz y Clínica Sana Ana S.A, corresponden a situaciones de salud posteriores a la desvinculación laboral la cual fue el día 26 de

octubre de 2017 y dichas historias clínicas son posteriores a esta fecha todas fechando el año 2018.

- A su vez COMCEL S.A nunca conoció presunto estado de salud del DEMANDANTE COMCEL S.A. en razón a que no tuvo acceso a su historia clínica por el carácter reservado que ésta tiene y al no registrar incapacidades, el actor desempeñó su labor en forma normal, lo cual prueba que la causa del despido no fue otra que la facultad legal que tiene todo empleador de terminar el contrato de trabajo unilateralmente pagando la indemnización que por ley corresponda. Por lo anterior el reintegro solicitado y las pretensiones derivadas de ello son improcedentes.

- Propone como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, INCOMPATIBILIDAD DEL REINTEGRO, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES INDEMNIZATORIAS, INEXISTENCIA DE CONDICIONES QUE OTORGUEN LAS PRERROGATIVAS DEL ART. 26 DE LA LEY 361 DE 1997, COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN, PAGO:.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia del 28 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: DECLARAR QUE ENTRE EL DEMANDANTE RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO Y LA DEMANDADA COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL SA, EXISTIO UNA RELACION LABORAL QUE SE DESARROLLO ENTRE EL 13 DE MARZO DEL AÑO 2002 HASTA EL 26 DE OCTUBRE DEL AÑO 2017 CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN ESTA SENTENCIA.

Segundo: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, PROPUESTA POR LA DEMANDADA, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN ESTA SENTENCIA.

Tercero: ABSOLVER A LA DEMANDADA TELMEX COLOMBIA - COMUNICACION CELULAR SA DE COLOMBIA DE LAS PRETENSIONES INCOADAS EN SU CONTRA POR EL DEMANDANTE RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN ESTA SENTENCIA.

Cuarto: COSTAS A CARGO DE LA PARTE ACTORA.

2.2 Fundamento de la decisión

El juez *a quo*, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el litigio se circunscribe en determinar si hay lugar al reintegro por terminación del contrato de trabajo en estado de protección laboral reforzada por salud artículo 26 Ley 361 de 1997, a funciones iguales o de mayor jerarquía para su estado, posteriormente si se resuelve de manera positiva lo anterior se entrara a estudiar si es de reconocerse el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social integral, BONOS Q desde la fecha de terminación del contrato hasta el reintegro del actor si hubiere lugar.

- Señala, de manera preliminar que las partes están de acuerdo en lo relacionado en existencia de la relación laboral, la cual se dio por finalizada

de manera unilateral el día 26 de octubre de 2017 por parte de la entidad demandada, la cual realizo la liquidación correspondiente con monto de \$17'600.591 COP y como valor neto a pagar \$15'331.140 COP.

- Advierte que, si bien el señor demandante aporta toda su historia clínica donde se evidencia las enfermedades presentadas durante la relación laboral y que reflejan a su vez el tratamiento recibido frente dichas patologías. La parte actora en ningún momento aporta prueba que indique que al momento de la terminación del contrato de trabajo estuviere incapacitado medicamente para laborar, ni mucho menos se evidencia prueba de que el actor estuviere por lo menos iniciando proceso de calificación de perdida de su capacidad laboral o que contara previamente con dicha calificación superior al 15% que conforme al Art 26 de la Ley 1361 de 1997, se podría haber dicho que si estaba protegido por la prerrogativa de la estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo.

- Por ende, al no existir prueba alguna que indique que se encontrara en; I) Incapacidad medica II) Proceso de calificación III) Hubiese sido calificado con porcentaje superior al 15% de la perdida de la capacidad laboral. Lo único que se puede dar por cierto es la existencia de la relación laboral y su terminación unilateral el día 26 de octubre de 2017 por parte de la entidad demandada, con su correspondiente pago de liquidación conforme al Art 64 del CST, se ha de decir que no hay lugar al reintegro laboral pretendido por el actor, por ende, tampoco prosperaran las pretensiones que buscan el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, bonos Q. Ni mucho menos al pago de la indemnización del Art 26 de la Ley 1361 de 1997 ya que como se analizó el actor no se encontraba bajo la prerrogativa de la estabilidad laboral reforzada.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado del demandante RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Que a pesar de que no existe ninguna incapacidad médica para laboral aportada durante el proceso, se debe decir que la misma no se había configurado para la fecha de la terminación del contrato y que a su vez tampoco se había dado inicio al proceso para establecer la pérdida de su capacidad laboral, pero a pesar de lo mencionado el actor presentaba ciertas situaciones medicas las cual era de conocimiento de la entidad demandada como se evidencian en los exámenes médicos ocupacionales, resalta que en uno de estos el mismo medico laboral es quien hace la remisión para la realización de la cirugía nodular, la cual es la cirugía inicial para la enfermedad catastrófica que padece el actor.

- Que de conformidad con la Resolución 2346 de 2007 emitida por el Ministerio de la Protección Social, donde regula la práctica de evaluaciones médicas programadas, el fin de estas es que el empleador realice campañas de prevención de salud para identificar de manera previa posibles alteraciones temporales, permanentes o agravadas de salud del trabajador y para detectar enfermedades de origen común con el fin de establecer un manejo preventivo y que las personas que practican dichos exámenes tienen la obligación legal de reportar y entregar al empleador los diagnósticos de salud de su población trabajadora, dicha información debe ser utilizada por el empleador entre otras cosas para establecer medidas que permitan mejorar la calidad de vida del trabajador y no como para en este caso realizar actos discriminatorios como lo es el despido cuando el trabajador tiene afectación de su salud.

- De igual forma sostiene que la Corte Constitucional en Sentencia SU-049 de 2017, amparo el derecho de la estabilidad laboral reforzada de trabajadores que fueron despedidos sin previa autorización del ministerio de trabajo como lo es en el caso del demandante, aun cuando no se presente una situación de pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su capacidad laboral, si se evidencia una situación que indica o dificulte el desarrollo de sus labores o enfermedades catastróficas, como lo es el cáncer enfermedad que padece el demandante.

- Para el caso en concreto establece que, si bien al momento del despido no se tenía dicha incapacidad laboral, si se debe tener en cuenta que para esa fecha se estaba dando inicio a los tratamientos médicos que terminaron desembocando en el cáncer y que la entidad demanda a su momento conocía de los inicios de dichos tratamientos médicos.

- Por último frente el BONO Q manifiesta que dicho bono se paga solamente en razón al hecho de ser trabajador de la empresa y que lo concerniente al pago de dicho bono de su último trimestre laborado, nunca fue pagado por la entidad demandada.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

- **Parte demandada:** El apoderado de la demandada CONCEL S.A., solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia pues acertó el *a quo* al indicar que la naturaleza del bono no era salarial, siendo un pago unilateral de la empresa con parámetros globales que no dependían del trabajador. Agrega que el demandante no tenía estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación, pues no sufría ninguna afectación ni patología que lo hiciera beneficiario de la misma y tampoco cuenta con concepto médico alguno que certifique imposibilidad de ejecutar funciones y en el examen del 20 de octubre de 2017 no consta ninguna discapacidad o limitación.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

Determinar ¿Si el demandante RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO tiene derecho a ser reintegrado a su puesto de trabajo por la empresa TELMEX DE COLOMBIA SA – HOY COMCEL COMUNICACIÓN CELULAR SA, y en consecuencia si tiene derecho a la indemnización de 180 días de salario que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

De otra parte, se establecerá si tiene derecho al pago de un concepto denominado “Bono Q” por el último período laborado.

7. CONSIDERACIONES

En este caso, procede la Sala inicialmente a determinar si el demandante RICHARD MARTIN ALVAREZ PRIETO, tiene derecho a que la empresa

TELMEX DE COLOMBIA SA – HOY COMCEL COMUNICACIÓN CELULAR SA, le reintegre de manera definitiva, por haber sido despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo pese a su presunta condición de discapacidad; pretensiones que fueron negadas en primera instancia por el juez *a quo*, evidenciando que no se aportó prueba que permita demostrar que al momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante estuviere incapacitado medicamente para laborar, ni mucho menos se evidencia prueba de que el actor estuviese por lo menos iniciando proceso de calificación de pérdida de su capacidad laboral o que contara previamente con dicha calificación superior al 15% conforme al Art 26 de la Ley 1361 de 1997, por ende, tampoco prosperaron las pretensiones que buscan el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, bonos Q. Ni mucho menos al pago de la indemnización del Art 26 de la Ley 1361 de 1997, conclusiones que serán objeto de la presente apelación.

Sobre lo expuesto en el plenario, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Que existió relación laboral entre las partes, la cual inicio el 13 de marzo del año 2002 bajo la modalidad de contrato a término indefinido, inicialmente con la empresa CABLECENTRO, la cual fue sustituida patronalmente por TELMEX DE COLOMBIA S.A. y que finalizo el 26 de octubre del año 2017 por terminación del contrato de manera unilateral por parte de la entidad demanda, la cual realizo la liquidación correspondiente con monto de \$17'600.591 COP y como valor neto a pagar \$15'331.140 COP, pago el cual se materializo el 17 de noviembre de 2017.
- Que durante la relación laboral el actor tuvo diversas recomendaciones médicas derivadas de los exámenes regulares de la empresa, la cuales consistían en la imposibilidad de alzar objetos de diferentes pesos, de igual forma la de no realizar trabajo de alturas. Con base a dichas recomendaciones médicas el empleador reubico al demandante a un cargo de supervisor de instalación el cual dentro de sus funciones no tenía que hacer trabajo de altura ni alzar objetos pesados, hechos que se confirman con la declaración del testigo de la parte demandante.
- Que en el transcurso del último año de contrato el demandante nunca fue incapacitado y que a su vez hasta día de hoy no ha realizado ningún proceso para determinar la pérdida de su capacidad laboral.

Ahora bien, la parte demandante pretende principalmente el reintegro por haber sido despedido por presentar una discapacidad producto de una enfermedad laboral y no haberse solicitado por parte de la empleadora, el permiso para realizar dicho despido a la autoridad correspondiente, con fundamento en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone “*ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo*”, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer “*una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)*”.

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

Igualmente, el art. 5 de la mencionada ley, establece que *“Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud”, y en que en “Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.*

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *“las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5”* por lo que ***“aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”*** y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que *“la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.”* Concluyendo que *“la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, **todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”.***

Se desprende de lo expuesto, que el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5° arriba mencionado. En tanto, el fuero de estabilidad laboral, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

De suerte que, para declarar la ineficacia del despido sufrido por el demandante, éste debe acreditar los siguientes presupuestos:

- Que la enfermedad produzca una pérdida de capacidad laboral superior al 15%.
- Que el empleador conozca del estado de discapacidad del trabajador.
- Que el despido se produzca por causa de la discapacidad, y se realice sin la previa autorización del Ministerio de Protección Social.

Procederá la Sala a evaluar si, como consideró el juez a quo, el actor no está revestido de la estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997, aplicando los requisitos jurisprudenciales referidos previamente, partiendo del hecho cierto y aceptado que a la fecha no existe ninguna calificación de pérdida de capacidad laboral practicada al actor, por parte de las autoridades competentes o aportada por él mismo, ni tampoco fue solicitada para que se practicara desde la demanda.

Frente a esta situación, esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias como la SL19506 del 22 de noviembre de 2017 (Rad. 54.309 y M.P. DOLLY CAGUASANGO), donde se arguye que se trata de *una garantía excepcional a la estabilidad y que no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma,* concluyendo así que ***no existiendo la calificación de la pérdida de***

capacidad laboral para el momento del despido, ni tampoco el conocimiento del empleador de una situación de salud diferente a las incapacidades temporales, no era dable exigir la autorización del Ministerio del Trabajo exigida en la norma invocada por la parte demandante, previo a despedir a la trabajadora.”

No obstante, de otras decisiones como la Sentencia SL5451 de 2018, se desprende que los jueces deben evitar que se desborde por completo el espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para reclamar al empleador las cargas legales correspondientes, lo que exige que este conozca y tenga presente que para el momento del despido el trabajador mantenía unas condiciones de funcionalidad diversa en el grado mínimo de moderado y que ello exige el pleno conocimiento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, dado que no todo quebrantamiento en la salud del trabajador da lugar al amparo de estabilidad laboral reforzada.

Conclusión que ha sido reiterada recientemente en providencia SL761 de 2019, donde la Corte concluye que *“el Tribunal no incurrió en error jurídico al identificar los requisitos para acceder a la protección derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y concluir la improcedencia de aplicar el amparo contenido en esta norma al presente asunto, puesto que es un hecho no controvertido, que al término de la relación de trabajo el actor no contaba con una calificación del grado de discapacidad”* y agrega que *“la Corte no evidencia los errores jurídicos que acusa el recurrente, pues no es dable otorgar la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 si al término de la relación laboral no existe calificación de la discapacidad o pérdida de capacidad laboral del trabajador”*.

Sin embargo, posteriormente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1083 del 5 de marzo de 2019 (Rad. 68.944 y M.P. SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO) establece, dentro de un caso donde la ex trabajadora no se encontraba calificada acerca de su pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la misma, que *“de manera pacífica se tiene adoctrinado por la Sala, que para que se active la estabilidad laboral reforzada es necesario que se cumplan tres presupuestos a saber: i) una pérdida de capacidad laboral superior al 15 %; ii) que el empleador conozca de la discapacidad y iii) que la relación laboral termine con ocasión de esta”*; sin embargo, agrega que *“se ha precisado por la Sala que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5° de la Ley 361 de 1997, pues **lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador**, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”*.

Concluyendo sobre este último punto la Sala de Casación Laboral que *“para ser sujeto de especial protección no es necesario que exista una calificación de la junta de invalidez, dado que existe libertad probatoria pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta Sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el Juez del trabajo tiene libertad probatoria”*; conclusiones reiteradas posteriormente en providencia SL5181 de 2019, SL5056 de 2019 y otras.

De esta manera, efectivamente existe respaldo jurisprudencial sobre que la ausencia de un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral al momento de finalizar la relación laboral no conlleva necesariamente a desestimar las pretensiones de la parte actora, mientras el juzgador encuentre que existe suficiente sustento para concluir que al momento de la

terminación unilateral del contrato de trabajo existía una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma y el referente jurisprudencial, debidamente conocida por el empleador de manera tal que le sea imputable objetivamente la necesidad de contar con permiso del Ministerio del Trabajo previo a la terminación unilateral pues de lo contrario se presumirá a favor del trabajador que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción.

Por lo anterior, la Sala en recientes pronunciamientos ha determinado como postura, que existe libertad probatoria para que la parte actora demuestre por cualquier otro medio diferente al dictamen de PCL los padecimientos y quebrantos de salud que padecía al momento de la finalización del contrato de trabajo pese a que para esa fecha no se encontrara finalizado el trámite de calificación, aunque sí resulta indispensable dicho dictamen emitido inclusive con posterioridad a la terminación de la relación laboral para poder determinar si la limitación física, psíquica o sensorial es igual o superior al 15% de PCL y la fecha de estructuración, siempre que se encuentre demostrado el conocimiento del empleador de la situación de salud del trabajador.

Pues bien, aplicando este precepto al caso concreto se reitera que no existe ninguna calificación que permita identificar si el actor padecía de una pérdida de capacidad laboral superior al 15% al momento de la terminación del vínculo; pues, los documentos aportados para establecer el estado de salud del actor se identifican principalmente con exámenes ocupacionales practicados con cierta regularidad durante su vinculación, en los mismos se establece que el trabajador es apto para realizar la labor contratada y si bien se emiten unas recomendaciones referentes a levantamiento de cargas o trabajo en alturas, estas no se advierten con una dimensión incapacitante.

Respecto del examen de egreso, allí se identifica que el actor tiene una masa en la tiroides, una hernia umbilical, problemas de postura vertical y várices, así como problemas de agudeza visual y diabetes, sin que el médico ocupacional identifique en estas un problema significativo que genere pérdida de la capacidad laboral.

Sobre la historia clínica aportada, se destaca, que el actor desde mayo de 2017 fue diagnosticado con un problema nodular en la tiroides por el cual comenzó un tratamiento que durante el año 2018 requirió una intervención quirúrgica y a partir de allí comenzó un aumento de su patología por la identificación de metástasis derivada de ese diagnóstico; es decir, que el incremento de efectos negativos en la salud del actor, se derivó de una situación posterior al despido de octubre de 2017. Se resalta, que a folio 99 obra una atención médica del 6 de junio de 2017, de control por los hallazgos nodulares, y allí el galeno tratante indica que la diabetes se encuentra controlada, que el paciente no refiere otros síntomas, y en el examen físico señala normalidad en todos los aspectos, concluyendo buen aspecto general. Dando como recomendaciones cuidados básicos de higiene, dieta, ejercicio, controles periódicos y no genera ninguna incapacidad o recomendación que permita establecer que las patologías sufridas para ese momento, generaran una pérdida de capacidad laboral.

Por lo anterior, no está demostrado por parte del actor que su situación física al momento del despido se identificara en el rango de protección legal de la Ley 361 de 1997; ahora bien, considera la Sala necesario señalar que se reconoce la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial aplicada por la Corte Constitucional, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación

de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Sin embargo, estima también esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

Este criterio objetivo, largamente expuesto en esta providencia, busca evitar que se desborde el parámetro normativo de protección a situaciones para las cuáles no fue concebido por el legislador ya que este diseñó la garantía del artículo 26 de la Ley 361 para las personas con minusvalías en grado moderado o superior; lo que exige demostrar con suficientes elementos de convicción, que para el momento de la finalización del vínculo había una limitación que equivaliera al 15% de pérdida de la capacidad laboral. Por ello, las afectaciones en salud que podrían estarse gestando y no se desarrollan durante el vínculo laboral, sino que progresivamente avanzan suscitando alteraciones físicas con posterioridad al despido, no son susceptibles de protección, pues es deber del Juez analizar el estado de salud para el momento de la terminación.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones dirigidas a reclamar reintegro definitivo, pago de las prestaciones dejadas de percibir e indemnización señalada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Procediendo al segundo aspecto apelado por el demandante, se reclama en la demanda que al momento de reconocer la liquidación final de prestaciones, se omitió el pago de un factor salarial convencional denominado “Bono Q” que era pagado trimestralmente, proporcional al rendimiento económico de la empresa y se solicita en la pretensión *“el reconocimiento y pago del factor salarial convencional BONO Q, causado desde el tercer trimestre del año 2017 hasta la fecha de reintegro”*. Al respecto, en la contestación se indica que el “Bono Q” es un pago no salarial de mera liberalidad, y al demandante se le pagó el 25 de octubre de 2017 como se evidencia en el comprobante de nómina.

En esa medida y para resolver los aspectos apelados, cabe recordarse que entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*.

Bajo este precepto tenemos que conforme a la teoría general de la carga de la prueba, le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* y específicamente sobre el asunto en controversia, el inciso final de esta norma refiere *“las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*.

Al respecto de esta norma, la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016 analizó la constitucionalidad de esta carga probatoria y concluyó que no resulta desproporcionado que en el marco del buen funcionamiento de la administración de justicia, búsqueda de la verdad y prevalencia del derecho sustancial, existan excepciones a la carga de la prueba en su postulado general que tenga en cuenta cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, como es el caso de las afirmaciones o negaciones indefinidas los cuales “*se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega*”.

De esta manera, el actor afirma la existencia de un pago constitutivo de salario que era trimestral y se le adeuda por el último período de trabajo, al respecto de lo cual obran las siguientes pruebas:

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito el día 12 de marzo de 2002, que respecto de la remuneración señala

REMUNERACIÓN. La EMPRESA pagará al empleado por la prestación de sus servicios la suma de **CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$ 400.000) M/cte**, por el cargo de **ASESOR INTEGRAL**, cuyas funciones se encuentran especificadas en el manual de funciones de la EMPRESA, pagadero en mensualidades vencidas y a través de la consignación hecha en una cuenta de ahorros previamente abierta en una corporación de ahorro y vivienda definida por la EMPRESA. Dentro de este salario se encuentra incluida la remuneración de los dominicales y festivos de que tratan los Capítulos I Y II del título VII del código Sustantivo del Trabajo. **Cláusula Tercera:** La vigencia del presente contrato se inicia

- Copia de la liquidación definitiva de prestaciones sociales del demandante de fecha 26 de octubre de 2017, donde se resalta la siguiente relación de conceptos a pagar, identificando la existencia del Bono Q pero sin reconocer valor sobre el mismo.

CON NOMBRE	CANT.	VALOR
5A01 Salario Básico	4,50	184.973-
5D02 Cesantías Definitivas	296,50	1.218.782
5D03 Int. Cesantías Definitivas	296,50	119.266
5D18 Pago Bono Q no salarial		
5D01 Subsidio Transporte Legal	4,50	11.625-
5D03 Cuota Rodamiento Moviliza	4,50	42.573-
5D05 Vacaciones Definitivas	24,38	1.127.169
5D01 Indemnización	322,50	14.910.299
6D04 Prima Legal Terminación	9,67	473.715
TOTAL DEVENGOS		17.600.591
TOTAL NETO		15.331.149

- Seis (6) comprobantes de nómina correspondiente a los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2017, laborados por el Demandante con el fin de acreditar el valor del salario recibido, el pago del BONO Q, así como el subsidio de transporte, cuota de rodamiento pagado por el empleador y los descuentos que le eran aplicados por concepto de libranzas; evidenciando el pago del bono solo en el desprendible del período 1 al 31 de octubre de 2017 y del 1 al 31 de julio de 2017 así:

DEVENGOS				
CCN	NOMBRE	CANTIDAD	VALOR	CCN
SA01	Salario Basico	30,00	1.387.000	7S01
5J18	Pago Bono Q no salarial		275.929	7S03
SL01	Subsidio Transporte Legal	30,00	83.140	8X21
SS03	Cuota Rodamiento/Moviliza	30,00	319.300	8X23
				8X24
				8X9E

- Testimonio rendido por JORGE HELÍ BRICEÑO GALLO, RICHARD MARTÍN ÁLVAREZ PRIETO y ANDRÉS CASTAÑEDA CALDERÓN, quienes no manifestaron aspectos relacionados con el bono.
- Testimonio rendido por ANDREA VALENZUELA ROJAS, quien señaló ser jefe de compensación de beneficios de la demandada y como trabajadora de la misma es tachada por la contraparte, La testigo manifiesta desconocer al demandante de manera física, referente a la situación laboral acepta que el señor demandante si trabajo con la empresa TELMEX SA, ya que hace parte del sistema de nómina de la empresa, desconoce la fecha de terminación del contrato y el motivo de la terminación de dicho contrato como a su vez de los aspectos médicos del demandante, ya que sus funciones no están relacionadas con este campo. Al preguntársele respecto que es el BONO Q, la testigo expresa que es un bono que se paga de manera trimestral el cual se hace por mera liberal con base a unos resultados financieros globales de compañía, que son evaluados desde México para su aplicación, dicho bono no es constitutivo de salario por que el pago de este depende de ciertos resultados evaluados por el corporativo de la empresa, para el pago de dicho pago no se tiene en cuenta la labor especifica del trabajador, ya que son valores globales de la compañía y que dentro de lo que la testigo ha evidenciado dicho bono siempre se ha pagado de manera trimestral con variaciones, ya que los cumplimientos por trimestres son diferentes, referente a causales para el no pago de dicho pago del bono q, las testigo menciona: que no se hace el pago a persona que tengan procesos disciplinarios, personas que no hayan laborado más de la mitad del periodo y que se encuentren activos en la compañía.

Acorde al anterior relato probatorio, se advierte que si bien no fue aportada la fuente legal que constituye el reconocimiento de un bono adicional al salario, como lo sería un otrosí, el reglamento interno o una convención colectiva; sí está aceptado por la demandada que existe un pago denominado “Bono Q”, respecto del cual se afirma que es trimestral y depende un factor de rendimiento económico global de la compañía. Igualmente está demostrado que durante los últimos meses de trabajo, el actor recibió el referido bono en julio y octubre de 2017, lo que sería equivalente al segundo y tercer trimestre de dicho año.

En consecuencia, el actor reclama el pago proporcional del bono Q para el cuatro trimestre de 2017; sin embargo, como no fue aportado la fuente legal que establece los términos y condiciones concretos para causar el pago de dicho emolumento, en aras de corroborar que tuviera derecho a un reconocimiento parcial y que tuviera la alegada incidencia salarial. De esta manera, considera la Sala que el interesado no cumplió su carga probatoria a efectos de demostrar la causación del derecho reclamado por este concepto; aunque, si en gracia de discusión se advirtiera demostrado por el testimonio de la señora VALENZUELA ROJAS, se descarta su incidencia salarial dado que el mismo no es resultado de la actividad personal del actor sino que remunera un factor global de rendimiento de la empresa, por lo que no retribuye propiamente el servicio prestado por el actor sino una meta empresarial.

Finalmente, no se condenará en costas de segunda instancia, al evidenciar que el actor con posterioridad al despido ha venido sufriendo una enfermedad catastrófica y ello amerita la adopción de medidas de acción positiva para las personas en dicha condición.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, acorde a las razones antes expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

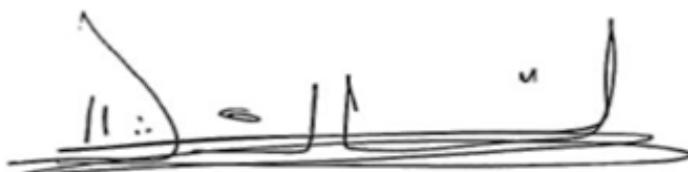
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



**DAVID A.J. CORREA STEER
MAGISTRADO**