

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL. Santa Marta, catorce (14) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO.

Radicación Única: 47-189-31-05-001 -2018-00064-01.

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: TEOFILO OSPINO JULIO.

Demandado: DRUMMOND LTD.

Fecha sentencia de primera instancia: Tres de diciembre de 2019.

Juzgado de Origen: Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga.

OBJETO: Resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada DRUMMOND LTD, contra la sentencia de calenda tres de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga.

TEMA: Reajuste salarial.

En Santa Marta, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno (2021), la Sala Primera de Decisión Laboral, conformada por la magistrada LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ y los magistrados CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO y ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO quien la preside, dentro del proceso Ordinario Laboral instaurado por TEOFILO OSPINO JULIO contra DRUMMOND LTD., con radicación única: 47-189-31-05-001-2018-00064-01, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra el fallo dictado por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga, por lo que se profiere la siguiente,

SENTENCIA:

I. ANTECEDENTES RELEVANTES:

I.1. Pretensiones:

Solicita TEOFILO OSPINO JULIO, se declare que es beneficiario de lo establecido en el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo por lo que tiene derecho al reajuste salarial devengado en 2014 por valor de \$87.151.706,04, correspondiente a la diferencia entre lo recibido y lo que realmente debió devengar. También le deben reajustar las primas, vacaciones, cesantías "... y otras más" y los aportes a la seguridad social en pensión y riegos laborales.

I.2 Hechos:

En sustento de las pretensiones, manifiesta el demandante que fue vinculado como trabajador de la accionada desde el 16 marzo de 2006 hasta la fecha por medio de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de marinero remolcador. Se encuentra afiliado a la organización sindical Sintramienergética, y es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo. Sufrió accidentes de

trabajo el 12 agosto de 2010 y 20 de marzo de 2011 cuando realizaba labores propias del cargo, continuó desempeñando las labores normalmente hasta junio de 2011, cuando fue incapacitado por padecer mucho dolor hasta agosto del mismo año. Para esos meses devengaba \$4.076.000 y durante los meses de abril, mayo y junio de ese año su salario era mayor al recibido durante su incapacidad.

Afirma que por recomendación de la ARL Colmena fue reubicado como Marino de Grúa, razón por la que su salario se vio desmejorado de forma tal que en los meses de octubre y noviembre recibió \$3.000.000 y \$2.244.000, cuando en septiembre obtuvo \$4.324.000 y en junio \$5.182.000. Afirma que la Convención Colectiva suscrita entre la demandada y Sintramienergética, establece que si por reubicación el empleado que sufra de desmejoramiento salarial, la empresa deberá cancelar al trabajador una bonificación equivalente a lo dejado de recibir por este cambio. De manera verbal solicitó a la demandada el reajuste de su salario en virtud de lo establecido en el artículo 40° de la Convención Colectiva de Trabajo, lo que originó que su promedio salarial para los meses de diciembre del 2011, y subsiguiente se incrementara de conformidad a los salarios sufragados que tenía antes. El 21 de noviembre del año 2011, Colmena envió comunicado a la demandada donde indicaba que según proceso de rehabilitación este podría seguir laborando como marino de grúa.

El 24 de julio del año 2014 estando aun con restricciones laborales y demás, la entidad demandada envió comunicación al mismo donde informaba que estaban solicitando al Ministerio del Trabajo que se diera por terminado el contrato de trabajo. Presuntamente dicha petición se dio porque no había donde reubicarlo, sin embargo, el Ministerio de Trabajo no dio permiso para despedirlo en virtud de que el mismo se encontró en estado de debilidad manifiesta y segundo porque la demandada no demostró que no tenía donde reubicarlo. Posteriormente, para para el mes agosto del 2014, según los reportes allegados tanto por Colpensiones, así como la ARL Colmena, este tenía una asignación mensual de \$4.251.000, lo anterior sin tener en cuenta las bonificaciones extralegales que le daba la empresa. El ocho de octubre del año 2014, recibió comunicación por parte de la demandada donde lo reubicaron nuevamente en el departamento ambiental en el programa de manejo integral de residuos sólidos en la playa, posterior a esa fecha le fue disminuido su salario a la mitad, pasando a la suma de \$2.018.000, la suma de \$2.610.000 a noviembre y así sucesivamente. No obstante, en octubre del 2014 solicito justificación laboral que constara salario y tiempo de servicio laborado, y la demandada certificó que el promedio devengado era \$3.817.991, lo cual dicha justificación no se ajustó a la realidad salarial, ya que lo reportado por Colpensiones y la ARL Colmena, demostró que el mismo tuvo en el último año de servicio un promedio salarial de \$4.900.500, sin meter bonificación pues no constituyeron salario, y estaban determinadas en la Convención Colectiva de Trabajo. La desmejora salarial contradecía de manera arbitraria lo establecido en el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo. A noviembre del año 2016, le fueron reasignadas nuevas tareas en el área de seguridad industrial, a mediados del mes de marzo del 2015 por su lesión, fue incapacitado hasta el mes de mayo de ese mismo año, y se ordenó la incorporación en las mismas condiciones en que venía desempeñando desde el año 2011, y con otras recomendaciones laborales. Mediante comunicación del año 2016 el departamento ambiental le comunico

que su contrato había finalizado por no tener donde reubicarlo, pero continuarían pagándole salario básico más los demás beneficios de ley, sin que fuese necesario prestar el servicio, y que de manera provisional fue asignado al departamento industrial. Además, explicó que el 15 de febrero de 2017 junto con otros trabajadores, solicitaron a DRUMMOND el reajuste de sus salarios además de sus prestaciones sociales teniendo en cuenta el promedio salarial del último año de servicio. Afirmó que la accionada dio respuesta a dicha petición, pero respectó de Raúl Ramírez Pineda, donde especificó que la reubicación dio producto de la facultad administrativa y no por determinación médica, respecto a los demás trabajadores aclaró que debían hacerse por conducto separado, por lo que de manera tacita la ya mencionada aceptó que las reubicaciones laborales de los trabajadores como él, se dio en virtud de las recomendaciones laborales por parte de la ARL Colmena. Finalmente, argumentó que ha venido recibiendo menos dinero de lo que legalmente y convencionalmente tiene derecho, que, al seis de julio del 2017 la demandada expidió certificación donde estableció que este devengaba \$3.008.000.40, y que hasta el momento sigue con limitaciones físicas bajo recomendaciones laborales, e incluso se encuentra en trámite para la calificación de la pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Nacional de Calificación.

1.3 Contestación de la demanda:

1.3.1 DRUMMOND LTD. se opuso a las pretensiones de demanda. Frente a los hechos admite la relación laboral, el extremo inicial, las funciones desempeñadas, los accidentes de trabajo y las reubicaciones que hizo al actor, pero por ocho semanas que fueron las que duró la restricción. Se indica que tal como consta en el contrato de trabajo el pago al accionante era por hora trabajada y prestaba servicio 7/3 y 7/4, que representa siete días en jornada diurna por tres días de descanso y siete días en jornada nocturna por cuatro días de descanso. En cuanto a los beneficios del artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo, este solo opera para el caso de reubicación por razones de salud, más no para decisiones administrativa de la empresa como sucede en el presente caso, en donde el trabajador prestaba sus servicios como marino de remolcador y luego marino de grúa y ante la decisión del Gobierno Nacional de solo permitir el cargue de los buques de manera directa en muelles, las operaciones del área marítima desaparecieron y algunos trabajadores fueron reubicados, como el caso del demandante. El accionante continuó devengando el mismo salario, con los aumentos de ley y convencionales, pero la merma de presenta por el no trabajo en horas extras y jornadas nocturnas que afectan, igualmente las primas. Insiste que, de todos modos, las diferencias de salario que expone el demandante se dieron hacía más de tres años.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, y de inexistencia de la obligación de reajuste al salario.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Dirimió la controversia el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga, el cual, mediante sentencia de calenda tres de diciembre de 2019, ABSOLVIÓ a

DRUMMOND LTD. de todas las pretensiones incoadas en la demanda, y CONDENO en costas al actor.

En esencia, adujo el *A quo* que respectó a la Litis en discusión no encontró nexo causal entre los acontecimientos ocurridos en agosto del 2010 y marzo del 2011 por medio del cual el demandante reportó accidente de trabajo, y las recomendaciones médicas surgidas a raíz de ello, igualmente, la comunicación del 21 de agosto por Colmena ARL de la cual tomó nota la empresa. Así mismo, que a septiembre del 2011 se autorizó historia laboral al accionante con restricciones. En lo que respecta al cambio de funciones ocurrido al año 2014, ello fue con ocasión al cambio del embarque del carbón. El testimonio de la Lina Cortabarría Gutiérrez, permitió a esa agencia judicial concluir que al demandante sufrió un cambio en su vinculación respecto de las horas de labor. No obstante, la reubicación del actor no se dio por restricciones médicas o estar sometido a un número de incapacidades, si no al cambio del cual se vio sometida la empresa al pasar de cargue manual a cargue directo, lo que trajo consigo la desaparición del área marina. Por otra parte, indico que TEOFILO OSPINO fue reubicado en dos ocasiones, que luego fue pensionado ya que supero el 50% de pérdida de capacidad laboral de origen común. Finalmente, expreso que, los accidentes ocurridos en el año 2010 y 2011, de acuerdo a los documentos relacionados dieron lugar a las restricciones médicas, y que al año 2014 el cambio o la eliminación del área en que venía laborando el demandante por disposición del Gobierno Nacional desapareció, lográndose evidenciar dos eventos diferentes que no están relacionados.

3. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

3.1 El apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, que sustenta al afirmar que DRUMMOND LTD. no demostró porque el cambio en el sistema de descargue automático de carbón inicio en el mes de octubre del 2014, porque disminuyó las horas de trabajo del demandante, y su salario. Igualmente, expreso que lo emanado en el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo no solo aplica a quienes trabajan en horarios nocturnos, y que de acuerdo a los escritos de fecha dos de septiembre y 21 de noviembre del 2011, el primero establece que, a raíz del nuevo procedimiento de descargue esta decide asignar una nueva jornada laboral al demandante de 12 a ocho horas, es decir, tres años antes de que empezara la producción del cargue automático donde la entidad Colmena le notifica a la demandada sobre las restricciones laborales por el demandante, y le indica que puede desempeñarse como marino de grúa, más no le dice si este debe ser nocturno o diurno, por lo que solo indica unas recomendaciones laborales que la empresa no tuvo en cuenta, cambiándole el horario y el cargo al cual iba a representar. Finalmente, manifestó que las recomendaciones laborales emanadas por la ARL Colmena se daban de manera personal mas no laboral, hecho que al parecer no tuvo en cuenta la demandada, ya que las recomendaciones laborales dadas van dirigidas de Colmena a la empresa, no de Colmena al accionante; de modo que dichas recomendaciones son laborales, y no personales.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

4.1. Mediante auto de calenda 16 de noviembre de 2021, se ordenó correr traslado a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del cuatro de junio de 2020.

4.2. El apoderado judicial del demandado presentó alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES:

En el presente asunto no se observan deficiencias en los presupuestos procesales, por cuanto se está en presencia de una demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte, y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO:

Se contrae en determinar si el demandante tiene derecho a que le sea aplicado los incrementos establecidos en el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo. En caso positivo, si tiene derecho al reajuste de los salarios y prestaciones sociales a partir de octubre del año 2014.

7. TESIS DE LA SALA:

Frente al problema jurídico esbozado, la Sala planteará la tesis de que que no es procedente declarar a TEOFILO OSPINO JULIO beneficiario de los incrementos salariales de que trata el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 2015.

8. CONSIDERACIONES:

8.1 Premisas normativas.

- Artículo 40° de la Convención Colectiva de Trabajo.

8.2 Premisas fácticas:

- TEOFILO OSPINO JULIO laboró para DRUMMOND LTD, desde el 16 de marzo del 2006, por medio de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de marinerero remolcador, tal como consta en documentos visibles a folios 18° al 20° del expediente.
- A través de informes N° 2215783 y 2245263, la ARL Colmena dictaminó que el actor sufrió lesiones de origen laboral, como aparece a folios 21° a 23° del plenario.
- La ARL Colmena, emitió recomendaciones médicas referentes a la reincorporación laboral del actor y la rehabilitación integral del mismo, militando a folios 24° y 26° del dossier.

- DRUMMOND LTD, a través de oficio de fecha dos de septiembre de 2011 procedió bajo las restricciones dadas por Colmena, a darle autorización para laborar al actor. No obstante, el 24 de julio del 2014, la misma nuevamente envió oficio a TEOFILO OSPINO JULIO indicando el pago del salario sin prestación del servicio debido al cambio del sistema de cargue ordenado por el Gobierno Nacional. Igualmente, los nuevos cargos a donde se reubicaría el mismo, pero por menos intensidad horaria, documentos que se logran observar a folios 25, 27, 29, 36 y 37 del sumario.
- DRUMMOND LTD. y Sintramienergetica suscribieron Convención Colectiva de Trabajo para la vigencia 2016 – 2019, tal como se examina a folios 43 a 65 del compendio.

8.3 Argumentos para resolver:

8.3.1 En la presente actuación no existe controversia en torno a que TEÓFILO OSPINO JULIO y DRUMMOND LTD. estuvieron unidos por un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 16 de marzo de 2006, desempeñando inicialmente la labor de marinero de remolcador y luego marinero de grúa. Tampoco hay litis respecto al acaecimiento de dos accidentes de trabajo padecido por el actor los días 12 de agosto de 2010 y 20 de marzo de 2011.

El demandante fija la *causa petendi*, en el hecho de haber recibido merma en su salario a partir de octubre de 2014, en razón a la reubicación del cargo en virtud a recomendaciones de la ARL, ante padecimiento de accidente de trabajo acaecido 12 de agosto de 2010 y 20 de marzo de 2011, toda vez que el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo entra a proteger sus ingresos y le fueron cancelados los mismo por un valor inferior a lo devengado en meses anteriores a la reubicación. Siendo ello así, también se le adeuda los reajustes de primas, vacaciones, cesantías, aportes a seguridad social en pensión y riesgos laborales y “otra más.”

En ese orden de ideas, tenemos en primer lugar que, las recomendaciones médicas en sentido general son prescripciones emitidas por médicos hacía un grupo de personas en este caso pacientes, para que estos mejoren su calidad de vida, y logren responder con mejorías los tratamientos asignados alcanzando así un adecuado estado de salud. Así mismo, es importante determinar ya en materia del asunto que ocupa a la corporación, que las recomendaciones y/o restricciones laborales son disposiciones técnicas realizadas por un profesional en salud como parte de su proceso terapéutico o de intervención clínica según el área de su conocimiento hacía el paciente, en este caso el trabajador que se vea afectado con ocasión a sus funciones en determinada empresa. Su objetivo es evitar la progresión de una noxa específica, como lo son las enfermedades o accidentes profesionales y sus secuelas.

A la luz de lo anterior, se entiende en el presente caso que, las pretensiones van dirigidas a que se de aplicación al artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre DRUMMOND LTD. y Sintramienergetica el 15 de mayo

de 2015 con vigencia de tres años de 2016 a 2019, siendo el fundamento normativo de las pretensiones. En ese sentido, el mencionado artículo, establece:

“REUBICACION POR QUEBRANTO DE SALUD: Cuando por determinación de la EPS o ARL en que se encuentra afiliado el trabajador si es necesario, reubicarlo como consecuencia de una enfermedad, la empresa lo reubicara sin desmejoramiento salarial, capacitándolo para un nuevo cargo si es necesario, la reubicación como consecuencia de una lesión sufrida en accidente durante la jornada laboral deberá ser avaladas por la ARL. La empresa podrá hacer reubicaciones temporales o aplicar restricciones laborales a los trabajadores que hayan sufrido lesiones producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, previo aval de la ARL, y consentimiento del trabajador.

Parágrafo, en el momento que por restricciones medicas determinadas por la EPS o la ARL diferentes a no realizar labores en horario nocturno, la empresa tome la decisión de reubicar a los trabajadores en una labor que signifique trabajar sobre un turno diurno, se reconocerá una bonificación equivalente a los recargos nocturnos que el trabajador deja de percibir con esta decisión, mientras se mantengan dichas circunstancias”.

8.3.2 Desde un inicio vale precisar que la Convención Colectiva de Trabajo de la que se intenta echar mano para el cobro del reajuste salarial y prestacional tiene vigencia a partir del 2016, puesto que para periodo anteriores no se allegó a los autos normatividad legal o convencional que estableciera el beneficio salarial que se depreca, ni en el acuerdo laboral se indica que esa regulación tiene efectos retroactivos. Por lo expuesto de una vez, se anuncia el fracaso de lo pedido.

Pero adicional a ello, es claro que la protección del monto del salario que regula el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo de 2016-2019, ocurre cuando la reubicación se origina en recomendaciones médicas. En el presente caso, Colmena ARL, el 29 de agosto de 2011, se dirige a la demandada poniéndole de presente que el accionante en razón al accidente de trabajo que padeció el 20 de marzo de 2011, se le practicó artroscopia para remodelación meniscal realizada el 26 de mayo de ese año sin complicaciones, por lo que puede ser reincorporado a sus labores a partir del 29 de agosto de esa data. Se recomienda realizar labores que permita cambio de postura de rodilla, puede subir y bajar escaleras asegurando los tres puntos de apoyos y evitando las escaleras gato, evitar actividades de alto impacto como correr, saltar ponerse en cuclillas y permitir jornada laboral de ocho horas diurnas por ocho semanas.

Como se deduce de lo anterior, las ocho semanas se cumplieron en el mes de octubre de ese mismo año, es decir 2011.

Por otra parte, se escuchó en testimonio a Lina Patricia Cortabarría Gutiérrez, quien se desempeña como consultora de relaciones laborales de DRUMMOND y expone que TEOFILO OSPINO JULIO ingresó a laborar a la empresa desde 2006, inicialmente en oficios varios del área marina, luego marino de remolcador y en 2013 marino de grúas. En principio el cargue del carbón se hacía a través de remolcadores y grúas que lo llevaban hasta los barcos, pero ante

imposición del Gobierno Nacional tuvieron que cambiar al cargue directo con la construcción de muelles y una banda transportadora que conducía el carbón directamente a los buques, teniendo que prescindir del área marina, pues no utilizaba ni remolcadores, ni barcazas ni grúas, por lo que hubo que reubicar al 70% del personal de esa área y el 30% restante fueron retirados de la empresa. El accionante fue reubicado en el departamento de limpieza ambiental y luego se les envió a sus casas pagándole el salario y por último se le llamó a seguridad industrial. Posteriormente fue calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50% por origen común y en 2018 Colpensiones le reconoció la pensión, habiéndose dado por terminado el contrato de trabajo.

Este testimonio genera en la Sala poder demostrativo pues se expone de manera responsiva, exacta y completa, se da la razón de su dicho, no da lugar a incertidumbre y no se omiten circunstancia de modo tiempo y lugar que debiliten el valor demostrativo del mismo.

De lo narrado por la testigo y frente a la prueba documental de Colmenas ARL, que impone restricciones para trabajar al accionante en 2011, sin embargo, presta sus servicios como marino de grúas en 2013, queda claro que el demandante cuando es reubicado del área marina a limpieza ambiental y luego a seguridad industrial, no se hizo por razón de recomendación médica sino decisión administrativa del empleador ante la imposición del cambio de la forma de cargue del carbón, en el cual no era necesarias las barcazas, remolcadores y grúas.

Corolario de lo expuesto, en el hipotético caso que el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre DRUMMOND LTD. y Sintramienenergetica para vigencia 2016-2019, fuera de aplicación al caso *sub examine*, ante el hecho que la reubicación del accionante no fue originada en razones de salud, sus pretensiones tampoco tendrían vocación de prosperidad.

Al compás de lo expresado, se confirmará lo decidido por el sentenciador de primer grado.

9. COSTAS:

En segunda instancia, ante el fracaso del recurso de apelación, se condenará al accionante a pagar las costas del proceso. Se fijan agencias en derecho una cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, como instituye el artículo 365 del Código General del Proceso y del Acuerdo No. PSAA16- 10554 del cinco de agosto de 2016, del Consejo Superior de Judicatura.

10. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo apelado de calenda tres de diciembre de 2019, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga, dentro del proceso ordinario promovido por TEOFILO OSPINO JULIO contra DRUMMOND LTD, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a TEOFILO OSPINO JULIO. Se fijan agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se dicta de manera escritural en cumplimiento a lo señalado en el artículo 15 del Decreto 806 del cuatro de junio de 2020.

Así mismo, de conformidad a las medidas adoptadas por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567, PCSJA20-11581, PCSJA20-11597, PCSJA20-11632 PCSJA20-11671 de 2020, PCSJA21-11709 y CSJMAA21-1 de la presente anualidad, por medio del cual se autoriza el trabajo desde la residencia de los Jueces y Magistrados del País con el fin de evitar el contagio de Covid-19, esta **decisión fue discutida de manera virtual**, y aprobada por los Magistrados integrantes de la Sala Primera de Decisión Laboral. Y en aplicación a lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, las firmas de los Magistrados son digitalizadas.



ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO
Magistrado Ponente



CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO
Magistrado



LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ
Magistrada