



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JUAN ANTONIO ORDOÑEZ
DEMANDADO	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-31-05- 005 201600419 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	Sentencia No. 224 del 31 de agosto de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	REINTEGRO POR FUERO CIRCUNSTANCIAL REINTEGRO POR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA NIVELACIÓN SALARIAL SANCIÓN MORATORIA ART. 65 CST. PERJUICIOS MORALES COSTAS
DECISIÓN	MODIFICAR

Conforme lo previsto en el art. 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, el Magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en apelación la Sentencia No. 197 del 19 de noviembre de 2020, dentro del proceso adelantado por el señor **JUAN ANTONIO ORDOÑEZ** en contra de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA**, bajo la radicación No. **760013105 005 201600419 01**.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **Juan Antonio Ordoñez** convoco a juicio a la **Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca** pretendiendo de forma principal que se declare que entre las partes existió un contrato a término indefinido el cual finalizó por razones imputables al empleador, que se declare ineficaz la terminación del contrato de trabajo efectuada el 25 de enero de 2016 por no haberse solicitado el permiso ante el Ministerio de Trabajo dado el fuero circunstancial que ostentaba y que se ordene su reintegro a la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca a un cargo acorde con su limitación y/o

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ
DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA
PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 760013105 005 201600419 01

capacidad laboral, junto con el pago de los salarios desde su desvinculación laboral debidamente indexados y la indemnización establecida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Como pretensiones subsidiarias solicitó el pago de la indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997, que se declare la nivelación salarial de su sueldo con el de sus compañeras auxiliares de enfermería de la IPS San Nicolas por valor de \$3.800.000, se declare el aumento de su sueldo para el año 2016 y se pague la suma de "\$61.631.50" por reajuste salarial en la liquidación del contrato de trabajo.

También pidió el pago a la indemnización por despido injusto en un *"150% del valor que por ley les corresponde a los empleados después del 21 de enero de 2014 por valor de \$25.278.500"*, la indemnización moratoria por no pago de acreencias laborales, la indexación de las condenas desde la fecha del despido hasta la ejecutoria de la sentencia y el pago de \$68.945.000 por concepto de perjuicios morales por el despido intempestivo, abusivo y arbitrario.

Además solicitó todo lo que se encuentre probado en virtud de las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como hechos indicó que el 17 de octubre de 1995 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca, el cual se dio hasta el 25 de enero de 2016 cuando fue despedido unilateralmente.

Relató que ingresó a laboral como vigilante y luego fue ascendido a auxiliar de enfermería en virtud de los estudios que realizó, que su ultimo sueldo básico fue de \$1.232.630 y que el 22 de diciembre de 2013 se afilió al sindicato al cual están afiliados los empleados de la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca.

Señaló que el 7 de enero de 2016 se encontraba realizando un procedimiento de toma de uroanálisis por sonda a la usuaria Jennifer Katherine

Loaiza, como lo había hecho en muchas ocasiones por espacio de 15 años y la paciente presentó una queja sobre la atención realizada.

Que la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca ante la queja presentada el 7 de enero de 2016 no realizó el protocolo de código blanco que debía efectuarse ante ese tipo de casos de sospechas ni el de atención de víctimas de violencia sexual en IPS ambulatorios y hospitalarias del que habla la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca, como tampoco se solidarizó con el actor, quien no había tenido antecedes parecidos.

Que la usuaria Jennifer Katherine Loaiza presentó denuncia penal ante la Fiscalía en su contra bajo la radicación No. 76001600193201601209, en la que fue escuchado en indagatoria sin que se le impusiera medida de aseguramiento; que en el proceso se ordenó su libertad inmediata y a la fecha no se ha determinado nada distinto respecto de su libertad.

Que por los hechos del 7 de enero de 2016 fue llamado a descargos el 13 del mismo mes y año y se le hizo una nueva citación para tal diligencia el 25 de enero de 2016, la cual solicitó que fuera aplazada, lo cual no fue aceptado por parte del abogado de la demandada.

Manifestó que el 12 de enero de 2016 la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca citó a las señoras Paola Andrea Méndez Aguilar, Leidy Johana Mondragón Vergara y Martha Cecilia Zapata, medica familiar y auxiliares de enfermería, quienes contaron lo ocurrió indicando que no vieron nada de lo que se le acusa al actor ni el procedimiento por este realizado.

Agregó que la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca no respetó el fuero circunstancial que ostentaba en virtud del pliego de peticiones presentando por el sindicato en octubre de 2012, por el cual fue convocado el Tribunal de Arbitramento y que tampoco se solicitó al Ministerio de Trabajo el permiso para despedirlo ya que cuenta con "*protección laboral reforzada*" por las patologías salud mental por las que venía recibiendo tratamiento, además de que desde el 2008 sufre de convulsiones por las que también venía recibiendo

tratamiento por neurología, diagnósticos que afirma conocía su empleador al momento del despido.

Adujo que la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca “*creó toda esta situación, debido a su antigüedad, su problema grave de salud, de la cual se encuentra en tratamiento, como también su afiliación al Sindicato, la cual fue aceptada desde el 22 de diciembre de 2013*”.

Agregó que pese a sus solicitudes, la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca no le niveló su salario con el de las auxiliares de enfermería Yolanda Méndez, Martha Zapata, Patricia Ariza, Hilda Cristian Vargas y Ligia Murillo de la IPS San Nicoles quienes tenían como salario la suma de \$1.400.000, la cual era superior a la recibida por el demandante.

Finalmente dijo que la terminación del contrato de trabajo le generó perjuicios morales, ya que ha sentido un profundo dolor y angustia al quedarse sin trabajo y salud.

La **Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca** contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Respecto de los hechos señalan que es cierto que existió una relación laboral entre las partes del 17 de enero de 1995 al 25 de enero de 2016, pero que contrario a lo que señalado por el demandante, esta finalizó por una serie de hechos que constituyeron una grave violación de las obligaciones y prohibiciones especiales por parte del trabajador lo que dio lugar a la terminación del contrato con justa causa.

Narran que el 7 de enero de 2016 se recibió una queja por parte de la usuaria Jennifer Katherine Loaiza, quien indicó que el señor Juan Antonio Ordoñez, auxiliar de enfermería, durante la práctica de un sondaje para la toma de muestra de orina desconoció su ética profesional y la agredió en forma sexual y moral, afirmando que el demandante le realizó preguntas sobre su sexualidad y posteriormente sintió que este la penetra durante la práctica del procedimiento,

hechos que procedieron a registrar ante el sistema Nacional de Vigilancia en Salud Publica del Instituto Nacional de Salud adscrito al Ministerio de Salud por ser una sospecha de abuso sexual.

Señalaron que si bien recibieron un pliego de peticiones por parte del sindicato SINTRAINAL, lo cierto es que el fuero circunstancial solo impide que los empleados puedan ser despedidos sin justa causa comprobada, lo que no ocurrió en el caso pues al señor Juan Antonio se le termino su contrato con justa causa comprobada.

Aducen además que no se requería de permiso para dar por terminado el contrato de trabajo del demandado, toda vez que desconocían cualquier enfermedad que pueda otorgarle algún tipo de fuero de por estabilidad laboral reforzada al actor, agregando que de la historia clínica del demandante puede observarse que este no presentó convulsiones en el año anterior a su despido y que solo aparecieron luego de iniciada la investigación disciplinaria por parte del empleador.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali resolvió el litigio en la sentencia No. 197 del 19 de noviembre de 2020, en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que el señor JUAN ANTONIO ORDOÑEZ no goza del fuero de estabilidad reforzada establecido en el artículo 26 de la Ley 361/97 ni del fuero circunstancial, en consecuencia, se declaran probadas las excepciones de mérito de PETICION DE LO NO DEBIDO e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES propuestas por la demandada.

SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI COMFANDI, a reconocer y pagar al señor JUAN ANTONIO ORDOÑEZ, la suma de \$19.939.200 por concepto de indemnización por terminación injustificada del contrato de trabajo, valor que deberá indexarse al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI COMFANDI, a reconocer y pagar al señor JUAN ANTONIO ORDOÑEZ, la suma de \$74.402, por



concepto de diferencia en la liquidación definitiva, teniendo como salario la mensual la suma de \$1.440.000, según la nivelación salarial reconocida.

CUARTO: ABSOLVER a COMFANDI de las demás pretensiones elevadas en su contra por el señor JUAN ANTONIO ORDOÑEZ.

QUINTO: CONDENAR en Costas a la parte vencida en juicio. Inclúyase en la misma el valor de \$1.000.000, por concepto de agencias en derecho"

Sobre el fuero por estabilidad laboral reforzada sostuvo que si con la historia clínica del actor quedó probado que este fue diagnosticado con hipotiroidismo crónico, síndrome convulsivo y migraña crónica y que recibía tratamiento y control con sus patologías, lo cierto es que no se evidencia que el señor Juan Antonio contara con restricciones médico laborales para trabajar o que la afectación de su salud le impidiera desarrollar las labores asignadas por la Caja de Compensación, pues el trabajador no presentaba incapacidades para ausentarse de su sitio de trabajo o si estas le fueron ordenadas no las aportó al proceso, por lo que concluyó que del acervo probatorio no se desprende que a la fecha de despido el trabajador presentara situación alguna de salud que le impidiera desarrollar su trabajo en Comfandi y que en consecuencia lo hiciera derecho a la estabilidad laboral reforzada, por lo que determinó que este no gozaba del amparo establecido en el art. 36 de la Ley 361 de 1997.

En lo referente al fuero circunstancial dijo que de acuerdo a la contestación de la demanda y la confesión efectuada por el representante legal de la demandada se acreditó la presentación del pliego de peticiones y el conflicto colectivo en el que se encontraba la Caja de Compensación y el sindicato, sin embargo, señaló que pese a ello el trabajador no se encontraba protegido por el fuero circunstancial a la fecha de terminación del contrato de trabajo toda vez que hace dos años se había agotado la etapa de arreglo directo y aun no se había constituido el Tribunal de Arbitramento para dirimir el conflicto, habiendo transcurrido un término superior al legalmente establecidos para las etapas del conflicto colectivo en los arts. 433 y 434 del CST., lo que trajo como consecuencia la pérdida del fuero circunstancial por no cumplimiento de las etapas del conflicto.

Respecto de la terminación del contrato de trabajo expresó que esta se fundamentó en los hechos ocurridos el 7 de enero de 2016 y que en la carta de finalización del contrato se dijo que se dio al incumplimiento de los protocolos en un procedimiento realizado a una paciente.

Señaló que sobre estos hechos rindieron testimonio todos los declarantes traídos a juicio pero que en su gran mayoría fueron testigos de oídas siendo la palabra de la paciente frente a la del señor Juan Antonio, pues ninguno de los testigos tuvo conocimiento directo de los hechos, exceptuando las auxiliares de enfermería Leydi Johana Mondragón y Martha Cecilia Zapata quienes acudieron al lugar dado el llamado de auxilio de la paciente, corroborando haber escuchado gritos de "ayúdenme" por parte de la usuaria, únicas personas con conocimiento directo, sin embargo estas solo escuchando los gritos, acto del cual no puede inferirse la ocurrencia de los hechos objeto de la queja, por lo que consideró que en el asunto no se probaron los supuestos actos endilgados al actor, por cuanto no existe en el plenario elementos adicionales que corroboren los hechos narrados por la paciente, lo que tampoco se halló en el examen efectuado por medicina legal, ni puede ser inferido de los hechos la queja presentada por otra usuaria en el año 2009, como pretende el demandado.

Dijo que tampoco se encuentra probado que el demandante hubiera pedido que su compañera cambiara su declaración tras los hechos para indicar que era el quien pidió ayuda o que hubiera incumplido los protocolos en la práctica del cateterismo y la técnica aséptica, máxime si en la carta de terminación del contrato no se determinó cuáles fueron los protocolos incumplidos y si bien está demostrado que el examen no se efectuó con la existencia de otra persona, un acolito, como lo proveen los numerales 1, 1.4, 6.4 del instructivo, esta conducta no fue objeto de reproche en la carta del despido, debiendo manifestar en tal momento sin que posteriormente pueda alegarse válidamente como se pretende, argumentos que llevaron a determinar a la Juez de primera instancia procede la condena por indemnización por terminación injustificada del trabajo establecida en el art. 64 del CST., más no en valor del 150% como se pretende en la demanda, ya que tal valor correspondió solamente a un ofrecimiento de Comfandi dentro del plan de retiro efectuado en el 2014, el cual no es aplicable al caso en estudio.



Entorno a la nivelación salarial expresó que la liquidación definitiva se indica que el salario básico del demandante para el 2016 era de \$1.232.630 y en certificaciones expedidas por Comfandi se observa que las auxiliares con las que se pretende nivelar el demandante para el año 2016 tenían un salario base de \$1.440.000; advirtió que de acuerdo a lo señalado por la testigo encargada del personal en Comfandi el favor diferencia del salario corresponde a la antigüedad de los trabajadores, sin embargo en el caso se observa que el demandante ingresó a la entidad en fecha más antigua que las auxiliares que desempeñaban su mismo cargo, sin que se demostrara el factor de distinción entre estos, por lo que procede la nivelación salarial, que su indemnización sea liquidada sobre la base de \$1.440.000 y el reajuste por prestaciones sociales del año 2016.

De la indemnización con perjuicios morales dijo que en el caso no se demostró las afectaciones aludidas en la demanda y en lo relativo a la sanción moratorio por la no satisfacción de las prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo manifestó en el asunto se probó que Comfandi actuó con el convencimiento de que el actor había incurrido en una falta grave sin que se observe la mala fe, por lo que se absolverá a la demandada de la sanción moratoria pretendida y en su lugar se ordenara la indexación de las sumas reconocidas.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la **parte demandante** presentó recurso de apelación los siguientes términos:

"Considero que debo presentar recurso de apelación frente a las pretensiones no solicitadas las cuales considero se deben decretar y para que el superior estudie con detenimiento todas las razones desosadas tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión y que se considera tiene derecho mi representada, en atención que tal cual usted hace el análisis en su sentencia primer lugar sobre el conocimiento que tenía la empresa sobre la gravedad de la enfermedad que padecía o que padece mi presentado y que no es el hecho que se debe encontrarse incapacitado, porque una persona con epilepsia por cualquier situación de comportamiento o calor puede explotar o reaccionar como efecto puede a ver corrido a mi representado, razón por la cual considero conceda que si hay estabilidad laboral y se conceda en la norma solicitada en la demanda.



En cuanto a lo segundo, usted manifiesta que no le cobija el fuero circunstancial considero que si es una posición del Magistrado en ese entonces es frente a ese caso que el estudio, no frente a este caso que cobija al sindicato y a Comfandi, por cuanto habido una negligencia tanto de parte de Comfandi como del Ministerio del Trabajo en relación con la conformación del Tribunal de Arbitramento por cuanto el sindicato siempre ha estado con arbitro que le compete designar para la comprobación del Tribunal, pero había una estrategia como usted ve puede sigue en demora en comprobación del Tribunal, entonces es una culpa y demora de estas entidades en cuanto conformación del Tribunal, entonces esa interpretación la debe dar el superior, porque nosotros consideramos que si le asiste ese fuero circunstancial y por lo tanto el reintegro que tiene derecho según lo que usted acaba de determinar en cuanto a que el despido es injusto.

Tercero consideramos que hay lugar a la indecisión moratoria y a los perjuicios morales ya que en especial los perjuicios morales lo que representa en una situación como esta, un proceso una irregularidad a un señor con graves problemas de salud no se necesita que los testigos o las personas que deponen sobre estos perjuicios morales tengan esta certeza o ese conocimiento, como lo dice el Consejo de Estado, con solo analizar la situación de estas si es lógico que se presenten unas afectaciones, una congoja, una tristeza y todo lo que este señor ha sufrido a raíz de esta situación y la indemnización moratoria se dé lugar por cuanto la empresa no lo acogió, no le dio esa disciplina, no le dio esa confianza, no le dio esa solidaridad establecida en el mismo reglamento interno ante situaciones de duda y estas complicaciones de no creen en él y poder aplicar la norma más favorable, entonces él no lo hizo entonces por lo tanto considero que si hay lugar a la indemnización moratoria.

Por último es decir que el procedimiento incomodo que le puede generar lo que en efecto ocurrió ósea una incomodidad de su aparato sexual ósea de su vagina, de toda esta situación que conlleva a realizar una sonda vesical entonces por lo tanto eso no admite discusión, no hay incumplimiento por parte de mi representado referente al procedimiento que realizó y por ultimo consideramos que ante proceso tan complejo, ante un estudio tan profundo como el que usted hizo consideramos que las costas no son las adecuadas que usted fijo, consideramos que ese valor debe ser superior entonces por lo cual no estamos de acuerdo y es objeto de recurso entonces con todo lo anterior sustento mi recurso de apelación y muchas gracias señora Juez”.

La **parte demandada** también presentó recurso:

"Procedo a formular recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social y frente a unos aspectos específicos de la sentencia en la que estamos o estoy en desacuerdo como apoderado de la Caja de Compensación y es exclusivamente frente a dos temas:



El primero que Comfandi no demostró la justa causa para despedir a su empleado, frente a este considera el actor indebida valoración del material probatorio o una falta de valoración porque digamos en primer lugar Comfandi no despide al señor Juan Antonio Ordoñez porque se presente un acceso carnal violento, un acceso abusivo de la paciente, digamos estos son temas que tienen que tramitarse ante las autoridades competentes, realmente la carta de terminación obedece a un incumplimiento y desconocimiento de los procedimientos establecidos para la Caja para el desarrollo de la prueba o el examen de cateterismo vesical, situación que está debidamente comprobada en el expediente con las pruebas debidamente decretadas y practicadas por el Juzgado, entre ellas la que se le hace a la señora Paola Andrea que es la médica familiar y que tiene conocimiento exacto y preciso de la manera en que este tipo de exámenes se hace, que se incurrió en unas fallas graves y evidentes dentro de esas fallas está claramente que el procedimiento que se le hizo realmente no tenía unas deficiencias, que los resultados del examen que se realizó mostraron la existencia de trazas en la sangre, evidencia que hubo un trauma en el momento de practicar el examen, falta de procedimiento de técnica aséptica, precisamente el examen se hizo para efectos de que el proceso y que los resultados del examen salieran sin estas falencias y efectivamente se demuestra que a pesar de que ello, es así el procedimiento no se hizo mal por una u otra circunstancia y los exámenes salen con estas falencias, lo cual evidencian una falla en cuanto al seguimiento de los procedimientos establecidos para desarrollar este examen y digamos discrepo un poco en cuanto a que tratarse de exámenes médicos pueden a ver fallas o errores sobre este aspecto se le hablo a la doctora Paola Andrea Méndez y precisamente el examen es para que no hallan fallas y exigieron las fallas por que el procedimiento no se hizo conforme se debía realizar, no solo eso sino también en cuanto a la falta del acolito que finalmente el Juzgado menciona que efectivamente se demostró que no hubo un acolito durante la práctica de ese examen pero en la carta de terminación del contrato no se menciona eso al respecto, sobre el particular efectivamente una dos de las obligaciones contempladas en el reglamento interno de trabajo y que fueron vulnerados por el trabajador se le colocaron de presente como son los siguientes señora Juez: el art. 45 realizar personalmente las labores en los términos estipulados observar los presentes en este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta a su empresa o su representante según el orden jerárquico, no obedecer el art. 47 las órdenes e instrucciones de los superiores asignadas, de modo que dentro de ese artículo que fue debidamente notificado al empleado dentro su carta de terminación por justa causa esta que no está cumpliendo con las órdenes e instrucciones de manera particular imparta la empresa, como lo son para este caso el instructivo de cateterismo vesical, que fue precisamente la circunstancia por la cual se realiza el despido del actor.

Por otra parte no se debe dejar de lado finalmente que se presentó una queja durante el procedimiento, que no se acataron varias de las disposiciones de ese instructivo del cateterismo vesical, entre ellas por haberle pedido a la paciente que se acercara muchísimo al borde, que es algo que no se hace en ese tipo de procedimientos, que no están consagrados con ese tipo de procedimientos y tal como lo afirmó la enfermera que una paciente vulnerada no estaba en lo que normal mente hace un enfermero al practicar este tipo de procedimientos, entonces vemos que la carta de terminación con justa causa se le debe dar el suficiente valor probatorio que tiene en conjunto con las demás pruebas sobrantes

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ

DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA

PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 760013105 005 201600419 01



en el proceso porque se demuestra de manera clara y perceptible, incluso evidente a cada uno de los sucesos que dieron lugar a las vulneraciones en el procedimiento y en el reglamento interno de trabajo, los cuales son supremamente graves eso por un lado.

Por el otro presento reparos en cuanto a la nivelación salarial, en específico porque se menciona dentro de la sentencia que no se aporta documento que evidencie o que valide el señor Juan Antonio Ordoñez no prestaba o no tenía su cargo de enfermero del 1990 y pico como mencionó la señora Juez y específicamente dentro de la contestación de la demanda en el acápite de pruebas numeral 3, está la copia del memorando en donde se evidencia que el señor Juan Antonio Ordoñez fue ascendido al cargo de auxiliar de enfermería en el año 2003, entonces esta es prueba suficiente que de pronto entre tantas pruebas documentales que tenía usted señora Juez no pudo observarla pero ahí está y con todas las restantes pruebas sobre ese aspecto de la nivelación salarial que no se hizo en virtud de una discriminación contempladas en el art. 143 del Código Sustantivo del Trabajo, si no como un aspecto realmente objetivo que se logra demostrar con cada una de las certificaciones que se allegaron con los salarios de cada una de las auxiliares de enfermería, en donde se evidencia que ellas están desde el 95 ejerciendo ese cargo de enfermeras llevándole más de 7 años a este señor Juan Antonio Ordoñez y por eso precisamente se da precisamente la diferencia salarial incluso eso se confirma con la enfermera que entro mucho de pues que el señor Juan Antonio Ordoñez que tenía un salario inferior al que él tenía en el año 2016, entonces frente a eso que le comento y que también solicito en este recurso de apelación que va a estudiar el Tribunal que se permitan la práctica de las pruebas testimoniales que se dejaron de practicar por obrar en el expediente la certificaciones de declaraciones de estas dos testigos porque considero que realmente son para determinar que el procedimiento como lo dijo la médica Paola se hizo contrariando realmente el instructivo en muchos de los aspectos y se incurrió en faltas graves respecto, este adicionalmente que hubo una queja respecto de una paciente y no se pudo descoser la queja, la denuncia penal y otros aspectos, digamos que sobre estos aspectos presento el recurso de apelación, sobre los otros estoy de acuerdo con lo manifestado por la señora Juez”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de

2007 se profiere la

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ

DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA

PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 760013105 005 201600419 01

SENTENCIA No. 224

En el caso de autos se encuentra fuera de discusión que: 1) que el señor **Juan Antonio Ordoñez** laboró para la **Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca** mediante contrato indefinido del 17 de octubre de 1995 al 25 de enero de 2016 con un salario básico en el último año de \$1.232.630 (fls. 6, 7 y 319 a 334); **2)** que el demandante se afilió a SINALTRAINAL desde el 22 de diciembre de 2013, afiliación que fue comunicada a la Caja de Compensación el 17 de enero de 2014 (fl. 29 a 32); **3)** que mediante misiva del 25 de enero de 2016 se le informó al demandante la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, argumentando que en los hechos ocurridos el 7 de enero de 2016 desconoció los procedimientos establecidos por la Caja para el desarrollo de sus funciones e incurrió en una violación grave contenida en el reglamento interno de trabajo en el literal G del art. 40, núm. 1 del art. 45, núm. 27 del art. 47 y literal D del art. 50, toda vez que: i) realizó de forma inadecuada la práctica del procedimiento "*cateterismo vesical*" a la paciente Jennifer Katherine Loaiza durante su turno en la IPS San Nicolás, pues analizados los resultados del examen, estos mostraron trazas de sangre en orina, evidencia de un trauma por el paso de la sonda al momento de practicar el examen además de una falta en los procedimientos de técnica aséptica al evidenciarse 2 cruces con células epiteliales y 2 cruces con moco, señala inequívoca de contaminación de la muestra pese a que esta debía efectuarse por sonda con el objeto de tener una muestra no contaminada y ii) según el relato de la paciente durante la práctica del examen realizó actos indebidos, lo que obligó a la usuaria a gritar pidiendo auxilio, siendo socorrida por las auxiliares Leidy Johana Mondragón Vergara y Martha Cecilia Zapata y por la médica familiar Paola Andrea Méndez, lo que evidenció la existencia de un mal procedimiento, hechos de los que posteriormente pretendió inducir a su compañera auxiliares Leidy Johana Mondragón Vergara para que cambiara su versión y afirmara que las había llamado durante la práctica del procedimiento (fls. 332 a 334); **4)** que la entidad demandada Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca registró los hechos ocurridos el 7 de enero de 2016 con la usuaria Jennifer Katherine Loaiza ante el sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública del Instituto Nacional de Salud adscrito al Ministerio de Salud por acoso sexual (fls. 327 y 328); **5)** que de acuerdo a las certificaciones

laborales aportas, las señoras Hilda Cristina Vargas Vargas, Yolanda Méndez Mera, Patricia Ariza Andrade, Martha Cecilia Zapata Palacios, trabajadoras de la Caja de Compensación demandada devengaban como salario para el año 2016 la suma de \$1.440.000 (fls. 355 a 358); **6)** Que el actor presentó por los hechos objeto de discusión acción de tutela solicitando su reintegro, la cual fue resuelta por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali en providencia del 15 de febrero de 2016 negando tal acción constitucional por improcedente (fls. 346 a 353).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme los hechos fuera de discusión, la decisión de primera instancia y los recursos de apelación presentados por las partes, se establecen los siguientes problemas jurídicos:

En **primer lugar** la Sala estudiara lo atinente a los fueros de protección que asegura el actor ostentaba al momento del despido y por los que solicita reintegro, de tal forma que deberá determinarse: **I)** Si el actor era beneficiario del fuero sindical circunstancial al momento de su despido y si hay lugar a su reintegro por tal motivo y **II)** Si a la finalización del contrato de trabajo el actor se encontraba protegido por el fuero de estabilidad laboral reforzada y en consecuencia procede su reintegro por tal protección foral y la indemnización contenida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, de no encontrarse procedente el reintegro por ninguna de las razones antes mencionadas, a modo de **segundo problema jurídico** se pasara a estudiar si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa.

Como **tercer problema jurídico** se establecerá si resulta avante la nivelación salarial solicitada por el señor Juan Antonio Ordoñez respecto de sus ex compañeras auxiliares de enfermería de la IPS San Nicolas y en caso de encontrarse procedente la misma, se resolverá si respecto de las sumas a condenar por nivelación salarial debe ordenarse el pago de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del CST., como lo asegura la parte demandante o la indexación de las condenas como lo decidió en primera instancia la A quo.

Como **cuarto problema jurídico** analizara si hay lugar a los perjuicios moratorios solicitados por el demandante y finalmente como **quinto problema jurídico** se estudiara lo correspondiente a las costas de primera instancia, para lo cual se deberá determinar si este el momento procesal oportuno para apelar el monto establecido por tal concepto.

Para decidir basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

FUERO CIRCUNSTANCIAL:

El fuero circunstancial es una protección esencial al derecho colectivo al trabajo, el cual constituye una garantía de estabilidad laboral reforzada destinada a evitar la persecución sindical pues tiene como finalidad erradicar prácticas empresariales dirigidas a disuadir a los trabajadores de plantear sus demandas mediante los derechos que componen la libertad sindical, esta se traduce en la continuidad de la relación laboral a partir de la iniciación de un conflicto colectivo de trabajo y durante sus distintas etapas, tal institución se encuentra consagrada en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, el cual prescribe que *“los trabajadores que hubieren presentado al patrono [hoy empleador] un pliego de petición no podrán ser despedidos sin justas causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo directo”*.

En cuanto a los sujetos objeto de protección, el artículo 36 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978 señaló que este fuero comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones.

En relación con el fuero circunstancial ha expresado la Corte Constitucional en providencias como la C-240 de 2005 que tal protección especial derivada del

fue circunstancial opera para que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza¹, pues de tal forma es posible ejercer libremente las funciones sindicales, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores, por lo que el desconocimiento de este hace ineficaz el despido y conlleva la procedencia del reintegro del afectado.

En ese marco, el fuero circunstancial es aquel que se activa al momento de iniciarse un conflicto colectivo de trabajo y cobija no solo a los empleados sindicalizados sino a todos aquellos que se vean inmersos en un conflicto de este tipo.

De lo anterior se desprende que para que se active esta protección foral debe acreditarse: **i)** la existencia del sindicato, **ii)** la presentación de un pliego de peticiones y **iii)** etapa de arreglo directo y/o su prórroga, aspectos que pasan a verificarse en el asunto bajo estudio:

A fls. 29 a 32 milita documento que acredita que el demandante se afilió a SINALTRAINAL el 22 de diciembre de 2013 y que tal afiliación fue comunicada a la Caja de Compensación el 17 de enero de 2014 y a fl. 37 se encuentra misiva de fecha 1 de agosto de 2016 que tiene como remitente al señor Diego Alfonso Rodríguez Otalvaro presidente de SINTRAINAL y destinatario "*JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI*", en la que se indica que SINTRAINAL presentó ante la Caja de Compensación en octubre de 2012 un pliego de peticiones, el cual se señala en tal documento solo se negoció en noviembre y diciembre de 2013 sin llegar a ningún acuerdo, por lo cual mediante asamblea general los afiliados al sindicato decidieron por votación convocar a un Tribunal de Arbitramento, puntualizando que "*no se ha conformado legalmente, razón por la cual los afiliados y no afiliados al sindicato gozan de fuero circunstancial, tal como está establecido en la Ley*".

Respecto de este punto además la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca al contestar el hecho No. 17 de la demanda aceptó la presentación del pliego de peticiones por parte de SINTRAINAL, mismo sentido en el que en

¹ En armonía con lo dispuesto en los Convenios de la OIT 87 y 98, aprobados por las Leyes 26 y 27 de 1976 y el Convenio de la OIT 151 aprobado por Ley 411 de 1997.

declaración de parte el representante legal de la Caja de Compensación confesó que existe un sindicato en la empresa y que este presentó un pliego de peticiones, encontrándose tal conflicto colectivo en negociación, puntualizando que para la fecha en la que rindió su declaración recién se había agotado sin éxito la etapa de arreglo directo.

Conforme lo anterior y tal como lo determinó la A Quo sin que ello fuera objeto de apelación, se encuentra acreditado: **1)** la existencia de SINTRAINAL y **2)** que SINTRAINAL presentó a la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca un pliego de condiciones en octubre del año 2012.

Ahora, entorno al tercer requisito, surge la pregunta: ¿para el 25 de enero de 2016 - *fecha de la terminación de la relación laboral* - se encontraba en curso la etapa de arreglo directo del pliego de peticiones presentando en octubre de 2012 por parte de SINTRAINAL a la Caja de Compensación demandada?

Pues bien, para resolver este interrogante conviene recordar que los arts. 433 y 434 del CST., establecen que presentado el pliego de peticiones, el empleador cuenta con 5 días hábiles para la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo y que iniciada tal etapa, esta durara 20 días calendario prorrogables por 20 días calendario adicionales.

Sobre este aspecto en misiva visible a fl. 37 el señor Diego Alfonso Rodríguez Otalvaro presidente de SINTRAINAL indicó que se presentó ante la Caja de Compensación en octubre de 2012 un pliego de fue negociado sin éxito en noviembre y diciembre de 2013 y que luego de ello se decidió en asamblea general convocar al Tribunal de Arbitramento, el que señala para el año 2016 no se había conformado.

La afirmación del presidente del sindicato pone en evidencia entonces que en los 5 días hábiles siguientes a la presentación del pliego de peticiones presentado de octubre de 2012 no se inició la etapa de arreglo directo, pues según los dichos del presidente de SINTRAINAL esto solo se dio en el noviembre y diciembre el año 2013, es decir más de un año luego de la presentación del pliego.

Sobre los términos de tal etapa también declaró el representante legal de la Caja de Compensación que señaló que para el momento en el que rendía declaración – *enero de 2020* – reciente se había finalizado sin éxito la etapa de arreglo directo.

Ahora, si bien es posible que el empleador no quisiera sentarse a negociar el pliego presentado, lo cierto es que la organización sindical ante tal negativa debe asumir un rol activo con el fin de que sus solicitudes sean atendidas, escuchadas, discutidas y resueltas favorablemente por parte del empleador y no solamente conformarse con la simple radicación del pliego de peticiones, pues lo que se pretende en esta fase es la solución del conflicto colectivo de trabajo

Sobre este aspecto, la Sala Laboral de la CSJ ha señalado que *“en los eventos en que las empresas se nieguen a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal (art. 433 CST), y frente a tal actuar la asociación sindical guarde silencio o no utilice los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones, resulta razonable entender, a partir de ese hecho, la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron.*

Lo contrario sería desconocer algunos de los objetivos de la negociación colectiva, como es que el conflicto colectivo de trabajo alcance su cabal desarrollo a través de un dialogo verdadero entre las partes involucradas, y una solución pacífica sin demoras injustificadas para mantener una convivencia armoniosa de los sujetos de las relaciones de trabajo”².

En la misma providencia la Sala Laboral explicó que el inicio de las conversaciones se trunca sin que la parte interesada –*grupo de trabajadores u organización sindical*- despliegue las actuaciones tendientes a compeler al empleador para la negociación del pliego de peticiones, el fuero circunstancial pierde razón de ser, por cuanto el conflicto colectivo llega a un punto muerto del cual es dable predicar su terminación de manera anormal.

² CSJ SL16788-2017 reiterada en la SL4584-2019
PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ
DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA
PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 760013105 005 201600419 01

De tal forma que, para que el fuero circunstancial perdure en el tiempo pese al incumplimiento de los plazos establecidos para la etapa de arreglo directo, las organizaciones sindicales o los trabajadores deben adelantar las gestiones pertinentes para obligar al empleador a iniciar y continuar con la etapa de arreglo directo.

Lo anterior tiene sustento en que si bien el fuero circunstancial nace de forma automática cuando el sindicato presenta un pliego de peticiones a la empresa, la negociación colectiva del mismo debe desarrollarse conforme a las etapas, plazos y procedimientos establecidos en la ley para su solución, sin que pueda tornarse tal negociación de carácter indefinida, por lo que el fuero pierde su vigencia en aquellos casos en que el conflicto, sin culpa de la entidad empleadora, y por abandono tácito, desidia o desinterés del promotor del conflicto, esto es el sindicato, no se soluciona en un plazo razonable³.

En el asunto de referencia de ninguna de las pruebas documentales se acreditó que la razón por la que el pliego de peticiones presentado en octubre de 2012 solo fue negociado en noviembre y diciembre de 2013 como lo sostiene el presidente del sindicato, porque tal negociación se extendió hasta el año 2020 como lo señaló el representante legal en su declaración de parte o que cualquiera de las dos dilaciones ya descritas pudieran ser adjudicadas a la Caja de Compensación, como tampoco se acreditó que tras tal negociación fallida el sindicato o los trabajadores no sindicalizados hubieran efectuado dentro de los términos legales alguna gestión en orden a que concluida sin éxito la etapa de arreglo directo se hubiera convocado a una asamblea general.

De allí que al no probarse que ante el desarrollo anormal de la etapa de arreglo directo del conflicto colectivo existente entre SINTRAINAL y la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca por no haberse agotados la misma en los términos legalmente establecidos en el CST., el sindicato o los trabajadores hubieran solicitado la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento o iniciado los trámites para la declaratoria de huelga, se avizora entonces un estancamiento de

³ SL 759-2019
PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ
DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA
PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 760013105 005 201600419 01

la negociación que por falta de pruebas no puede ser atribuido a la Caja de Compensación.

De los derroteros ya expuestos debe concluir la Sala que el estancamiento de la negociación colectiva trajo como consecuencia que se perdiera para los trabajadores inmersos en el conflicto colectivo la garantía del fuero circunstancial, por lo que no es dable entonces afirmar que para el 25 de enero de 2016, fecha del despido del señor Juan Antonio Ordoñez, este estuviera protegido por el fuero circunstancial dado el pliego de peticiones presentado en octubre de 2012 y por tanto no procede el reintegro solicitado en virtud del desconocimiento de tal fuero.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

En atención a los principios fundamentales que consagran los arts. 53 y 54 de la Carta Política de 1991, tales como la igualdad de oportunidades para los trabajadores, calidad del trabajo, estabilidad en el empleo, especial protección a los trabajadores discapacitados, entre otros, se estableció una premisa normativa invocada en la Ley 361 de 1997, que en su art. 26 regula la no discriminación a personas en situación de discapacidad, estableciendo que las limitaciones que éstos presenten no podrán ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral a menos que sea incompatible e insuperable con el cargo que se va a desempeñar, así mismo, dicha norma prevé que ninguna persona con limitaciones de esta índole podrá ser despedida o su contrato terminado en razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Frente al tema existen dos posiciones jurisprudenciales, una desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el inciso 2º del artículo 5º de la referida ley en concordancia con el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, según la cual para que proceda la estabilidad laboral reforzada en personas con discapacidad es necesaria **i) la acreditación de una *limitación severa o profunda*** que implica la demostración de una pérdida de

capacidad laboral superior al 25%, **ii)** que el empleador conozca tal situación y **iii)** que se demuestre el nexo de causalidad entre el despido y la discapacidad⁴.

Y, una segunda desarrollada por la Corte Constitucional, que consiste en que esta protección no se circunscribe solamente a los casos expresamente contemplados en la Ley 361 de 1997, ya que procede por aplicación directa de la Constitución⁵ frente a personas que tengan una afectación en su salud que les *"impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares"*, clasificándolas como personas en debilidad manifiesta, que pueden verse discriminadas por ese hecho, y por tanto es obligatorio que el empleador solicite el permiso para despedir ante el Ministerio del Trabajo, con independencia de la modalidad de contrato. Así lo viene decantando⁶ esta corporación, y en la sentencia SU 049 de 2017 precisó que este derecho no se *"circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable"*.

Como quedó visto, existen diferencias objetivas entre las posiciones jurisprudenciales encontradas, al respecto de las cuales, con fundamento en el artículo 241 de la Constitución Política, esta Sala tras realizar un estudio detallado de las dos posturas y en consonancia con los principios de la favorabilidad y la supremacía constitucional, se acogerá a lo señalado por la H. Corte Constitucional frente al tema.

En consecuencia, siguiendo la tesis de la Corte Constitucional, para la activación de la garantía de la estabilidad laboral reforzada son necesarios los siguientes requisitos: **(i)** que el peticionario se encuentre en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta que le impida o dificulte el desempeño de sus laborales en condiciones regulares; **(ii)** que el empleador

⁴ Ver sentencias del 15 de julio de 2008, radicación 32532, reiterada en los rad. 35606 de 2009, 36115 y 37235 de 2010, 39207 de 2012, 41867 de 2013 y más recientemente SL12657 de 2015, radicado 56315 del 17 de octubre de 2015, SL11411 de 2017, entre otras.

⁵ artículos 53, 13, 25, 47, 48, 93, 94 y 95.

⁶ T-1040 de 2001, T-1183 de 2004, T-780, T-1046 y T-1023 de 2008, T – 936 de 2009, T – 003 y T – 039 de 2010, T-106, 351, 405 y 691 de 2015, T-141 y 251 de 2016.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ

DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA

PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 760013105 005 201600419 01

tenga conocimiento de tal situación; **(iii)** que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio del Trabajo.

El cumplimiento de los anteriores requisitos será estudiado a continuación por la Sala:

(i) que el peticionario se encuentre en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta que le impida o dificulte el desempeño de sus laborales en condiciones regulares:

Pues bien, de la historia clínica del demandante visible a fls. 88 a 217 se observa que este el señor Juan Antonio Ordoñez dese el año 2012 venía siendo atendido por parte de médicos generales por su patología de cefalea.

Que en el año 2014 fue atentado presentó convulsiones, fue diagnosticado con epilepsia y remitido por tal patología a medicina interna y posteriormente a neurología.

Además de evidencia que en el año 2015 en virtud de las patologías "*hipotiroidismo crónico + sx convulsivo + migraña crónica*" se emitieron recomendaciones generales de hábitos de vida saludable, año en el que también consulto en repetidas ocasiones para cambiar las medicinas que se le venían suministrando, presentando según la médica tratante una buena tolerancia y adherencia al nuevo tratamiento.

Lo anterior deja ver que en vigencia de la relación laboral con la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca el demandante fue diagnosticado con las patologías "*hipotiroidismo crónico + sx convulsivo + migraña crónica*" y que en razón a la mismas recibió tratamiento médico el cual fue revisado constantemente en controles efectuados por medicina interna y neurología.

Sin embargo, el diagnostico de las patologías antes señaladas por sí solo no implica el cumplimiento del primer requisito pues la Corte Constitucional ha determinado que se activa la protección denominada estabilidad laboral reforzada

cuando la condición de salud del trabajador le impide o dificulta el desempeño de sus labores en condiciones regulares⁷.

Al respecto del desempeño de sus labores el demandante en su declaración de parte expresó que siempre desarrolló las mismas sin ninguna complicación y pese a que se escuchó el testimonio de los compañeros de trabajo del demandante Julián López y Luis Eduardo Castillo Gaviria quienes también laboraban como auxiliares de enfermería, Paola Andrea Méndez medico familiar y Francly Serna Rodríguez administradora de gestión humana y personal en la Caja de Compensación, ninguno indicó que la condición de salud del señor Juan Antonio fuera un impedimento para el ejercicio de sus labores como auxiliar de enfermería.

Sumado a lo anterior, de la historia clínica revisada no se evidencia que al demandante le ordenaran incapacidades por sus patologías, por lo que no se acredita que se ausentara de su trabajo debido a estas.

Así pues, las pruebas que militan al expediente no llevan a concluir que el hipotiroidismos, convulsiones o migraña con el que fue diagnosticado el señor Juan Antonio Ordoñez tuvieran una incidencia negativa en el desarrollo de sus labores en condiciones regulares y efectivas, parámetro necesario para determinar que este se encuentra cobijado por el derecho a la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta en razón a su situación de discapacidad, tal como lo ha determinado en su jurisprudencia la Corte Constitucional en la T-305 de 2018 al estudiar el caso de una trabajadora que pese a encontrarse en control médico por sus patologías, no reportaba para el momento de la terminación del contrato algún tipo de imposibilidad dados dichos padecimiento para ser beneficiaria de la estabilidad laboral alegada y garantice su permanencia en el empleo, puntualizando la Corte que es el trabajador que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral quien tiene derecho a no ser despedido y a ser reubicado en tareas acordes a sus capacidades, habilidades y competencias.

En suma, al no encontrarse superado por el actor el primer requisito por no acreditarse que sus patologías le hubieran generado un impedimento o dificultad alguna para el desempeño de sus labores en condiciones normales, no es

⁷ SU-049 de 2017.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ

DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA

PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 760013105 005 201600419 01

posible determinar que este se encontraba cobijado al momento de la finalización de contrato de trabajo por el fuero de estabilidad laboral reforzada, pues para ellos es necesario el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en la tesis de la Corte Constitucional explicada en precedencia.

Conforme lo anterior no es dable suponer que la finalización del vínculo laboral fue una maniobra discriminatoria en contra del demandante, ya que no se vislumbra la relación de causalidad entre la situación de salud del mismo y la terminación unilateral del contrato de trabajo, teniendo entonces que negarse el reintegro solicitado por el fuero de salud.

DESPIDO:

Subsidiario a los reintegros antes estudiados, el demandante solicitó se determine que su despido se dio sin justa causa y en consecuencia se le indemnizase por tal motivo.

Esta pretensión fue acogida por la A Quo, quien en consecuencia ordenó el pago de la indemnización por despido sin justa causa por \$19.939.200, condena respecto de la cual la parte demandada presentó recurso de apelación argumentando que para el despido si medio una justa causa y que esta consistió en el incumplimiento de protocolos por parte del trabajador el 7 de enero de 2016 en la práctica del catéter vesicular a una paciente embarazada.

En torno al despido sin justa causa conviene mencionar que la carga de la prueba opera así: es el trabajador quien debe demostrar el hecho del desahucio, para que de esa manera sea el empleador quien proceda a probar de la justeza de la finalización del contrato de trabajo, para librarse de la indemnización pretendida⁸.

En el sub lite no existe discusión respecto de la ocurrencia del despido, pues así fue aceptado por la parte demandada desde la contestación de la demanda.

⁸ CSJ SL1680-2019.
PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ
DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA
PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 760013105 005 201600419 01

Ahora, sobre el fundamento del despido, se observa a fls. 323 y 324 que en misiva del 25 de enero de 2016 mediante la cual se le informó al demandante la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, argumentando que en los hechos ocurridos el 7 de enero de 2016 desconoció los procedimientos establecidos por la Caja de Compensación para el desarrollo de sus funciones e incurrió en una violación grave contenida en el reglamento interno de trabajo en el literal G del art. 40, núm. 1 del art. 45, núm. 27 del art. 47 y literal D del art. 50, toda vez que:

1) realizó de forma inadecuada la práctica del procedimiento “*cateterismo vesical*” a la paciente Jennifer Katherine Loaiza durante su turno en la IPS San Nicolas, pues analizados los resultados del examen, estos mostraron trazas de sangre en orina, evidencia de un trauma por el paso de la sonda al momento de practicar el examen además de una falta en los procedimientos de técnica aséptica al evidenciarse 2 cruces con células epiteliales y 2 cruces con moco, señala inequívoca de contaminación de la muestra pese a que esta debía efectuarse por sonda con el objeto de tener una muestra no contaminada.

2) según el relato de la paciente durante la práctica del examen realizó actos indebidos, lo que obligó a la usuaria a gritar pidiendo auxilio, siendo socorrida por las auxiliares Leidy Johana Mondragón Vergara y Martha Cecilia Zapata y por la médica familiar Paola Andrea Méndez, lo que evidenció la existencia de un mal procedimiento, hechos de los que posteriormente pretendió inducir a su compañera auxiliares Leidy Johana Mondragón Vergara para que cambiara su versión y afirmara que las había llamado durante la práctica del procedimiento.

Por lo que la Sala procederá a verificar la ocurrencia de tales hechos y si los mismos corresponden a las faltas del reglamento interno de trabajo que se endilgan:

Pues bien, en primer lugar señala el demandado como hecho originario del despido que el señor Juan Antonio Ordoñez realizó de forma inadecuada la



práctica del procedimiento "cateterismo vesical" a la paciente Jennifer Katherine Loaiza durante su turno en la IPS San Nicolas, argumentando que como prueba de ello se tiene que analizados los resultados del examen, estos mostraron trazas de sangre en orina, evidencia de un trauma por el paso de la sonda al momento de practicar el examen además de una falta en los procedimientos de técnica aséptica al evidenciarse 2 cruces con células epiteliales y 2 cruces con moco.

Sobre los hallazgos del examen practicado a la paciente se le cuestionó al testigo Julián López también auxiliar de enfermería de la Caja de Compensación, que manifestó que con regularidad practicaba tal procedimiento y que este tipo de hallazgos en los exámenes de catéter vesical era normales y no indicaban que se hubiera efectuado un mal procedimiento, por otro lado la testigo Paola Andrea Méndez, medico familiar de la entidad demandada señaló que tales hallazgos podían darse con ocasión a una mala prueba pero también como consecuencia de una alteración en la salud de la paciente, como infecciones u otro tipo de patologías.

De allí que, conforme a lo extraído de los testimonios de quienes también practicaban este tipo de exámenes, la contaminación en la muestra per se no indica que se haya efectuado una mala o inadecuada practica de la muestra de orina por catéter, por lo que tal argumento no sirve de base para acreditar la mala práctica aducida por la Caja de Compensación en el punto No. 1 de la carta de terminación del contrato de trabajo.

Como segundo hecho señaló la Caja de Compensación que según el relato de la paciente Jennifer Katherine Loaiza "durante la práctica del examen realizó actos indebidos, lo que obligó a la usuaria a gritar pidiendo auxilio, siendo socorrida por las auxiliares Leidy Johana Mondragón Vergara y Martha Cecilia Zapata y por la médica familiar Paola Andrea Méndez, lo que evidenció la existencia de un mal procedimiento, hechos de los que posteriormente pretendió inducir a su compañera auxiliares Leidy Johana Mondragón Vergara para que cambiara su versión y afirmara que las había llamado durante la práctica del procedimiento".

Sobre el tema se escuchó el testimonio de la señora Paola Andrea Méndez, quien relató que las auxiliares de enfermería Leidy Johana Mondragón Vergara y Martha Cecilia Zapata la buscaron luego de que la paciente Jennifer Katherine Loaiza gritara por ayuda; contó que la paciente le narró que había sentido que el señor Juan Antonio al practicarle el cateterismo vesical había realizado movimientos anormales y que al retirar la sabana que le impedía ver el procedimiento, se percató que el actor se estaba subiendo los pantalones, que este le impidió salir del consultorio y por ello tuvo que gritar pidiendo ayuda.

Sobre tales hechos además milita a fls. 11 y 326 informe de falta disciplinaria de fecha 12 de enero de 2016 en el que se describe como hechos origen de la falta disciplinaria que una usuaria embarazada de la IPS refirió que 7 de enero de 2016 el auxiliar de enfermería Juan Antonio Ordoñez al realizarle el procedimiento de cateterismo cervical necesario para obtener un parcial de orina *"se sintió agredida de forma sexual y moral porque sintió que le estaba introduciendo su miembro en mi cavidad vaginal por el cual al retira la bata veo que se sube la sudadera y se asustó mucho al ver que lo enfrenta, al no querer dejarme salir grito ayúdenme y me deja abrir la puerta pero antes me dice que él no ha hecho nada que por favor no diga nada"*.

A fls. 12 a 13 y 344 a 345 versión libre rendida por la médica familiar de control prenatal Paola Andreas Méndez Aguilar, sobre los hechos objeto de la falta disciplinaria del demandante en los mismos términos del testimonio rendido por esta en primera instancia.

A fls. 14 a 15 y 342 a 343 versión libre rendida por la auxiliar de enfermería de la IPS Leidy Johana Mondragón Vergara y fls. 16 a 17 y 340 a 341 versión libre rendida por la auxiliar de enfermería de la IPS Martha Cecilia Zapata Palacios, en la que ambas manifestaron que acudieron al llamo de auxilio de la paciente Jennifer Katherine Loaiza y que al llegar al consultorio la paciente les relató los hechos en los términos ya antes detallados.

Además a fls. 327 y 328 registro de los hechos ocurridos el 7 de enero de 2016 con la usuaria Jennifer Katherine Loaiza ante el sistema Nacional de Vigilancia en Salud Publica del Instituto Nacional de Salud adscrito al Ministerio de

Salud por acoso sexual por parte de la Caja De Compensación Familiar Del Valle Del Cauca.

Todo lo anterior prueba la existencia de la queja por parte de la usuaria Jennifer Katherine Loaiza quien manifestó haberse sentido agredida de forma sexual y moral por parte del señor Juan Antonio Ordoñez en la práctica del catéter vesical, por lo que tuvo que gritar pedir ayuda, sin embargo los documentos y testimonios antes expuestos no son prueba de la ocurrencia de los hechos sino de la presentación de una queja por parte de la demandante, sin que de estos se pueda extraer que en efecto se acreditó que el demandante realizó actos indebidos durante el desempeño de sus funciones el 7 de enero de 2016.

Conforme lo anterior, encuentra la Sala que en el sub lite no se acreditó que el demandante cometió las conductas enrostradas en la carta de finalización del contrato de trabajo, conclusión que emerge como resultado de una sesuda valoración de las pruebas recaudadas en el juicio, en franco ejercicio de la potestad legal con la que cuentan los jueces del trabajo de apreciar libremente las pruebas a la luz de los principios científicos que informan su crítica, conforme a lo previsto en el artículo 61 del CPTSS, sin que se advierta una apreciación caprichosa de las mismas.

Y, si bien en el debate probatorio la parte demandante insistió que el cateterismo vesical había sido practicado por parte del señor Juan Antonio Ordoñez a la paciente sin la presencia de un acolito contrario a la exigencia contenida en el instructivo que da los protocolos para su práctica y pese a que el mismo demandante afirmó que en efecto practicó solo el pluricitado examen, tal hecho no fue expuesto como motivo del despido en la misiva del 25 de enero de 2016 mediante la cual se le informó al demandante la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, por lo que no es dable que ahora se argumente que este motivo dio lugar al despido, pues tal como lo establece el parágrafo del art. 62 del CST., la causal o motivo de la terminación de la relación de trabajo debe manifestarse en el momento de la extinción del mismo, sin que posteriormente pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Luego entonces como quiera que el empleador no cumplió su carga de demostrar en el juicio la justa causa esgrimida para finiquitar el vínculo laboral, procede la condena por indemnización por despido sin justa causa.

Empero, para poder liquidar la indemnización a la que ya se explicó hay lugar por el despido sin justa causa, debe la Sala primero determina cual era el salario del actor para el año 2016, punto que se estudiara a continuación.

NIVELACIÓN SALARIAL:

Para resolver este punto es preciso señalar que el principio de igualdad salarial, en la acepción "*igual salario por igual trabajo*", se introdujo de manera expresa en Colombia por el Código Sustantivo del Trabajo de 1950, en su art. 143 que lo instituyó así: "*A trabajo igual salario igual. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el art. 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales*".

Dicha disposición fue modificada por la Ley 1496 de 2011 (art. 7º) en tres aspectos: cambió el enunciado del artículo "*a trabajo igual salario igual*", sustituyéndolo por "*a trabajo de igual valor salario igual*"; agregó la característica "*género*" a la lista de motivos discriminatorios, y adicionó un tercer numeral al artículo, según el cual se presume que todo trato retributivo diferente es injustificado, hasta tanto el empleador compruebe que tuvo razones objetivas para dispensarlo.

Este principio, no es de aplicación automática, ya que para que proceda su aplicación se requiere verificar en cada caso si los tratamientos salariales diferenciados de que sean objeto los trabajadores tienen su causa en motivos discriminatorios, pues como lo indica el CST., tal diferenciación puede obedecer a razones legítimas y objetivas⁹.

⁹CSJ - Sala de Casación Laboral, sentencias Rad. 19089 del 13 de diciembre de 2002 y rad. 24272 10 junio de 2005, entre otras.



Razón por la cual la Corte Suprema ha indicado que atendiendo al principio de la carga dinámica *–y no estática–* de la prueba, se invierte la carga probatoria, en consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador, por encontrarse en mejores condiciones para producir la prueba, justificar la razonabilidad de dicho trato.

En este sentido, para que un juez pueda determinar la existencia de un trato discriminatorio desde el punto de vista salarial, diferencia fundamentada en elementos fácticos surgidos de la actuación del empleador, la carga de la prueba no radica en cabeza de quien la alega sino de aquel de quien proviene la actuación, es decir, una vez demostrado el trato desigual, es el empleador quien debe demostrar que el mismo tiene justificación, habida cuenta que el art. 143 en su numeral 3º señalada que *“Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*.

Ello significa que, ante un trato discriminatorio en las condiciones laborales la carga de la prueba opera así: el trabajador que solicita la nivelación salarial debe probar la diferencia de salarios y la identidad de cargo y al empleador le corresponde probar que dicha diferencia obedece a factores objetivos, relacionados con la eficiencia y la jornada, a riesgo de resultar condenada.

Dicho lo anterior, en el caso en concreto, la parte demandante sostiene en el hecho No. 4 de la demanda que como auxiliar de enfermería su salario para el año 2016 era de \$1.232.630 y en el hecho No. 27 que para el 2016 el salario de las auxiliares de enfermería Martha Zapata, Patricia Ariza, Hilda Cristina Vargas y Ligia Murillo era de \$1.400.000, situación que asegura reclamó ante sus superiores, los que asegura le contestaron *“que estaba en trámite su petición”*.

Como prueba de sus afirmaciones aportó certificaciones laborales a fls. 355 a 358 que acreditan:

Que la señora Hilda Cristina Vargas Vargas labora mediante contrato a término indefinido desde el 18 de junio de 1996, que desempeña el cargo de

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ

DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA

PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 760013105 005 201600419 01

auxiliar de enfermería con una formada de 240 horas mensuales y que su salario para el año 2016 era de \$1.440.000.

Que la señora Yolanda Méndez Mera labora mediante contrato a término indefinido desde el 4 de marzo de 1988, que desempeña el cargo de auxiliar de enfermería con una formada de 240 horas mensuales y que su salario para el año 2016 era de \$1.440.000.

Que la señora Patricia Ariza Andrade labora mediante contrato a término indefinido desde el 2 de febrero de 1998, que desempeña el cargo de auxiliar de enfermería con una formada de 240 horas mensuales y que su salario para el año 2016 era de \$1.440.000.

Que la señora Martha Cecilia Zapata Palacios labora mediante contrato a término indefinido desde el 6 de enero de 1998, que desempeña el cargo de auxiliar de enfermería con una formada de 240 horas mensuales y que su salario para el año 2016 era de \$1.440.000.

Al contestar la demanda, la Caja de Compensación contestó que el hecho No. 4 es cierto, es decir que en efecto el último salario del actor fue \$1.232.630 y respecto del hecho No. 27 dijo "*no es cierto. Lo anterior por cuanto tal nivelación no aplicaba al caso del señor Juan Antonio Ordoñez, debido a la antigüedad de sus compañeras en el ejercicio de su cargo, factor objetivo este que constituye justificación para la diferencia salarial, conforme a la jurisprudencia sobre la materia (...)*". (fl. 306).

Conforme lo anterior, la entidad demanda soporta como criterio de diferenciación salarial la antigüedad, afirmando que las auxiliares de enfermería con las que se pretende nivelar el demandante ingresaron a la institución mucho antes que el señor Juan Antonio Ordoñez.

Revisado el plenario se observa que a fls. 319 y 321 milita contrato individual a término indefinido suscrito por las partes en el que se establece como fecha de iniciación de labores el demandante 17 de octubre de 1995 y como cargo a desempeñar el de vigilante y a fl. 325 memorando No. 022300 del 8 de diciembre de 2003 conforme el cual se le informa al señor Juan Antonio Ordoñez

que fue promovido de vigilante a auxiliar de enfermería partir del 1 de diciembre de 2003.

Así pues, mientras que la señora Hilda Cristina Vargas Vargas ingresó a laborar como auxiliar de enfermería el 18 de junio de 1996, la señora Yolanda Méndez el 4 de marzo de 1988, la señora Patricia Ariza Andrade el 2 de febrero de 1998 y la señora Martha Cecilia Zapata Palacios el 6 de enero de 1998, por su parte el demandante pese a haberse vinculado el 17 de octubre de 1995 solo fue promovido a auxiliar de enfermería el 8 de diciembre de 2003, hechos que acreditan que efecto las personas con las que pretende nivelarse el demandante cuentan con una antigüedad superior en la Caja de Compensación como auxiliares de enfermería.

Es así como, contrario a lo señalado por la Juez de primera instancia, del caudal probatorio estudiado si se desprende que la distinción remunerativa tuvo sustento en un criterio objetivo como lo es la antigüedad, sustento objetivo de la diferencia salarial entre los trabajadores, actuar que no puede ser considerado como discriminatorio, lo cual torna improcedente la nivelación salarial pretendida, teniendo entonces que revocarse este aspecto de la decisión.

En consecuencia, ante la improcedencia de la nivelación salarial, la indemnización por despido sin justa causa de la demandante debe liquidarse conforme su último salario, es decir \$1.232.630, arrojando un total de **\$15.432.938,48** y no \$19.939.200, como lo determinó la A Quo, por lo que se modificara este punto de la decisión.

El valor condenado por indemnización por despido sin justa causa deberá indexarse al momento de su pago.

PERJUICIOS MORALES:

En el libelo demandatorio se advirtió que el demandante sufrió un profundo dolor y angustia en razón a la terminación del contrato y que por ello hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios morales, empero tal pretensión no saldrá avante pues las consecuencias psicológicas que se asegura trajo consigo para el actor la finalización del vínculo labora no fueron probadas, requisito

indispensable para su procedencia¹⁰, pues resulta obligatoria la demostración de la existencia real del daño sufrido con posterioridad al despido, toda vez que ello no se pueden presumir o suponer¹¹.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

Como uno de los argumentos de la apelación la parte demandante solicita se incremente el valor asignado por costas en primera instancia empero la Sala no emitirá un pronunciamiento de fondo al respecto pues este no es el momento procesal oportuno para tal fin, ya que la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

En los anteriores términos quedan resueltos la totalidad de los problemas jurídicos que se gestaron con ocasión a los recursos de apelación de las partes y conforme los anteriores derroteros lo que procede es que se modifique el valor de la indemnización por despido sin justa causa, se revoque la decisión en el punto relativo a lo nivelación salarial para en su lugar negar la misma y se confirme en todo lo demás la decisión apelada.

Las costas en esta instancia están a cargo solamente de la parte demandante dado que su recurso no resulto avante y no se impondrá costas la Caja de Compensación demandada por cuanto su recurso fue parcialmente favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de indicar que la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI COMFANDI**, a reconocer y pagar al señor **JUAN ANTONIO ORDOÑEZ**, la suma de **\$15.432.938,48** por

¹⁰ CSJ SL572-2018

¹¹ CSJ SL, 21 nov. 2001, rad. 16.476

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO ORDOÑEZ

DEMANDANDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA

PROCEDENCIA: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 760013105 005 201600419 01

concepto de indemnización por terminación injustificada del contrato de trabajo, valor que deberá indexarse al momento de su pago.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar absolver al demandado de la nivelación salarial.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás sentencia apelada.

CUARTO. COSTAS en esta instancia a cargo del señor **JUAN ANTONIO ORDOÑEZ**. Líquidense como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

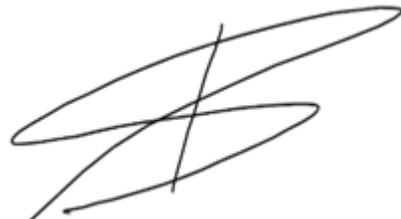
En constancia se firma.

Los Magistrados,

**Se suscribe con firma electrónica
ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO
Magistrado Ponente**



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Antonio Jose Valencia Manzano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 7 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0cda1ca23436a356445770ff603bf5ccd327cadff22657cf80fe6d8efc326761**

Documento generado en 30/08/2022 10:07:25 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>