



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA LABORAL

Pamplona, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente
JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Aprobado mediante Acta No. 003

Radicado:	54-518-31-12-001-2019-00027-01
Demandante:	LILIANA PAOLA SIERRA BOHORQUEZ JAIRO ALONSO MENESES MENDOZA.
Demandado:	MECANICOS ASOCIADOS S.A.S. "MASA" INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S "ICA DE MEXICO S.A.S"
Asunto:	APELACIÓN SENTENCIA
Juzgado de origen:	PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA.

1. ASUNTO A RESOLVER

Desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero civil del Circuito de este distrito judicial en el proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES

2.1. Demanda¹

2.1.1 Hechos relevantes²:

Manifiestan los demandantes, a través de su apoderado, los siguientes:

Que la señora LILIANA SIERRA y el CONSORCIO PIPELINE MAINTENANCE ALLIANCE (conformado por los dos accionados), el 23 de septiembre de 2018 suscribieron contrato por obra o labor contratada cuyo objeto se pactó para la

¹ Folios 88-164, cuaderno 1 primera instancia, la cual fue reformada y corregida como consecuencia de su inicial inadmisión.

² Fs. 91-96, ibídem

prestación personal del servicio como obrero A1. Vínculo contractual respecto del cual posteriormente se celebraron sendos OTRO SI por medio de los cuales se modificaron las condiciones laborales inicialmente pactadas.

Que las labores de la actora como obrero A1 correspondían a la ejecución de obras y trabajos de mantenimiento de sistemas de transporte de hidrocarburos, actividades que requerían un alto grado de esfuerzo físico; el lugar de prestación del servicio era una zona rural de la vereda El Naranjo en Toledo- Norte de Santander y el salario pactado correspondía a la suma de \$905.700 pagaderos quincenalmente, amén que no le fue respetado el descanso obligatorio además de haber laborado horas extras, ni se le realizó el pago de la prima de habitación pactada en el contrato laboral, que tampoco fue considerada como factor salarial al momento de su liquidación.

Aquella, el 11 de octubre siguiente se realizó una prueba de embarazo que resultó positiva y el empleador fue informado de dicho acontecimiento a través de la señora MARIA KARINA MARCIAES, a quien el 01 de noviembre siguiente se le entregó el resultado del test; el 16 de noviembre siguiente la demandante se realizó una ecografía obstétrica transvaginal, cuyos resultados arrojaron *"Aborto retenido con 6.0 semanas por LLC, no hay actividad cardiaca al momento del estudio completar con BHCG cuantitativa, y recomienda valoración por ginecología obstétrica"*; el 17 de noviembre siguiente, en el marco de la ecografía realizada el médico especialista consigna en la historia clínica de esa fecha la evidencia de un aborto retenido y de un hematoma subcorial que mide 12 MM.

El 27 de noviembre siguiente la demandante acude por urgencias al hospital Regional Sur Oriental de Toledo debido a que presentaba sangrado vaginal leve, consulta de la cual es dada de alta ese mismo día con una orden de Ultrasonografía Obstétrica e incapacidad de 7 días a partir de la fecha; el 29 de noviembre vuelve a urgencias nuevamente dada la permanecía del sangrado vaginal; el 30 de noviembre siguiente, en el Centro Integral de Diagnóstico Médico (CIDIM S.A.S) en Pamplona, se realiza ecografía en la cual se detecta un aborto incompleto.

El 05 de diciembre siguiente ingresa por urgencias al hospital San Juan de Dios de Pamplona con el reporte ecógrafa de aborto incompleto, dando lugar a un manejo medico ambulatorio y a una incapacidad de 5 días a partir de la fecha por un diagnóstico de dolor pélvico y perineal; el 11 de diciembre siguiente el empleador comunica a la trabajadora la terminación de la relación laboral mientras ésta se

encontraba en incapacidad medica vigente hasta el 13 de diciembre siguiente, habiéndose omitido además elevar solicitud de autorización de despido ante el Ministerio del Trabajo atendida la estabilidad laboral reforzada que asistía a la mencionada.

En la misma fecha de su desvinculación la demandante ingresa por urgencias al hospital Regional Sur Oriental con reporte de cefalea y otros, al finalizar la consulta se le ordena la realización de exámenes y una incapacidad de 7 días a partir de entonces; para el 19 de diciembre acude a presentar los exámenes ordenados en la consulta previa y le es autorizada una incapacidad de 2 días; debido a la persistencia de los síntomas, el 05 de febrero de 2019 acude por consulta externa al hospital Sur Oriental atribuyendo dicha sintomatología al aborto sufrido previamente.

Finalmente, el 17 de febrero siguiente acude a urgencias al mismo hospital motivada en un cuadro de hemorragia vaginal y uterina anormal no especificada, menstruación efectiva y frecuente con ciclo irregular, consulta que genera una incapacidad.

2.1.2. Pretensiones en lo relevante³

Declarativas: **i)** la declaración de existencia de contrato de obra o labor contratada, cuyo extremo inicial se dio del 23 de septiembre de 2018 hasta su finalización el 11 de diciembre del mismo año; **ii)** la declaración de terminación unilateral y sin justa causa de la desvinculación de la trabajadora, y, **iii)** la nulidad o ineficacia de la terminación del contrato fundado en lo establecido en el artículo 241 del C.S.T.

Condenatorias: se dividen en principales y subsidiarias; principales: se ordene a las entidades demandadas proceder al reintegro de la trabajadora y el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir mientras estuvo desvinculada, además del pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario; además, por parte del empleador el pago de la prima de habitación, el pago de sumas no liquidadas y finalmente el pago del daño moral a título de indemnización plena y total de perjuicios al que hace referencia el artículo 216 del C.ST.

³ Fs. 89 – 91, ibídem.

Subsidiarias: el pago de la indemnización por despido injusto en los términos del artículo 64 del C.S.T y el pago de la licencia por aborto contenida en el artículo 237 del C.S.T.

3.ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

La demanda fue inadmitida en marzo 13/19⁴ y el 21 del mismo mes y año, el apoderado de la parte demandante presenta escrito de subsanación y reforma de demanda⁵, siendo admitida el 26 de marzo siguiente⁶.

Surtido en debida forma el trámite de notificación a las entidades demandadas, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S (MASA) e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S (ICA DE MEXICO S.A.S.), procede cada una a dar contestación a la demanda⁷ compartiendo no solo el mismo apoderado sino hechos y excepciones de fondo, centrando su postura defensiva en ambos casos en aceptar primeramente la existencia del contrato de obra o labor celebrado con la demandante el día 23 de septiembre de 2018, y aclarando que en su momento concedió a la trabajadora los descansos a los que tenía derecho además de haber cancelado los emolumentos correspondientes a trabajo suplementario y prima de habitación.

Respecto del estado de embarazo de la actora advierten que este fue comunicado el 01 de noviembre de 2018, momento a partir del cual las empresas despliegan todo el control y seguimiento del caso a través del área de medicina laboral, aclarando además que aquélla para el 16 de noviembre siguiente cuando se le realiza examen periódico se encontraba efectuando tareas de bodegaje, en una zona alejada de la zona de emergencia y con los correspondientes elementos de seguridad.

Niegan que la causa del aborto tenga origen en una situación laboral pues la historia clínica del 27 de noviembre de ese año, indica que la hemorragia uterina normal fue atribuida a una infección vaginal y urinaria documentada en los paraclínicos realizados, enfatizando en haber respetado la empresa los descansos autorizados por los médicos a través de las incapacidades; el 11 de diciembre siguiente, fecha en la que se dio por terminado el contrato de trabajo, la demandante no se

⁴ Folio 87,ib.

⁵ Folio 88 a 165 ibidem

⁶ Folio 167 ibidem

⁷ Contestación demanda Ingeniero Civiles Asociados de México S.A.S Folios 225 a 294 cuaderno principal Tomo II. Contestación demanda Mecánicos Asociados S.A.S. Folio 295 a 364 ibídem.

encontraba con incapacidad vigente, al contrario, hizo presencia en su puesto habitual de trabajo sin manifestar algún padecimiento médico, resaltándose que en todo caso la finalización de la relación laboral obedeció a causa objetiva.

Formulan las excepciones de fondo denominadas "*Cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación*", "*Improcedencia del reintegro y/o indemnización*", "*Prescripción*", "*Compensación*", "*Buena Fe*" y "*Pago*".

El 01 de agosto de 2019 se surte la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.L., agotando las etapas de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y decreto de pruebas⁸; finalmente, después de agotada la práctica de pruebas el 22 de octubre de 2019 y rendidos los alegatos de conclusión, el 23 del mismo mes y año la *a quo* profiere sentencia absolutoria⁹ a favor de las entidades demandadas.

4. LA SENTENCIA APELADA EN LO RELEVANTE

La *a quo* planteó un problema jurídico complejo que giró en torno a cuestionamientos relacionados con la existencia de relación laboral, su terminación y el estado de salud de la trabajadora; la existencia de acreencias laborales e indemnizaciones a ella adeudadas y finalmente lo atinente a las causas del aborto y la responsabilidad que al respecto le asistió al empleador.

En primer lugar, dio por acreditada la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor celebrado entre las partes enfrentadas el 23 de septiembre de 2018, cuyo objeto era la prestación del servicio como obrero A1 en la vereda El Naranjo del municipio de Toledo, amén que la ejecución de las labores se desarrolló en el marco de un contrato suscrito entre el empleador y un cliente para la ejecución de obras y trabajos de mantenimiento del sistema de transporte de hidrocarburos.

El vínculo contractual con la actora sufrió varias modificaciones a partir del 09 de octubre de 2018 y hasta el 07 de diciembre del mismo año, la mayoría relacionadas con la ampliación del porcentaje de avance inicialmente acordado; definió los extremos de la relación laboral al indicar que la culminación del contrato efectivamente se dio el 11 de diciembre de 2018 y el último salario devengado por la actora fue de \$1.290.000.

⁸ Folio 381 a 388, cuaderno principal Tomo II

⁹ Folio 495 a 497, cuaderno principal Tomo III.

Con fundamento en el manual de funciones, la prueba testimonial y los informes de CORPONOR, la *a quo* concluyó que la actora efectivamente estuvo expuesta en el trabajo a difíciles condiciones físicas y a un ambiente contaminado producto del vertimiento de petróleo en zona de la vereda El Naranjo.

No obstante lo anterior y luego de resaltar la idoneidad del perito y la claridad del dictamen que obra en el proceso, sumado a las historias clínicas, la *a quo* acogió la postura técnica derivada de la prueba pericial según la cual las causas del aborto obedecieron a problemas genéticos consistentes en alteraciones cromosómicas en el embrión, criterio reafirmado en la falta de absoluta certeza en que la contaminación a la que pudo estar expuesta la trabajadora o el esfuerzo físico, fue lo que motivó el trágico desenlace.

En definitiva, encontró acreditado que no existió nexo entre el trabajo desarrollado por la actora y el daño imputado al empleador, resaltando que en los términos del artículo 216 del C.ST. el aborto no califica como accidente de trabajo ni como enfermedad laboral; señaló además, que la prima de habitación fue efectivamente cancelada a la trabajadora por todo el término en que estuvo vigente la relación contractual, según se pudo extractar de los comprobantes de pago adjuntos al proceso.

Al abordar el pago de incapacidades o licencia remunerada definió los alcances del artículo 237 del C.ST., precisando que el descanso remunerado por aborto, a diferencia de la licencia de maternidad, depende de la prescripción del médico tratante, implicando ello que dicho descanso siempre es equivalente a la incapacidad médica. En ese entendido y teniendo en cuenta que los médicos ordenaron a la actora varias incapacidades y no un tiempo de reposo de 2 o 4 semanas como lo prevé la norma, el derecho que surgió a favor de la misma era el relacionado con el pago de las incapacidades médicas, frente a lo cual la prueba documental señaló que las empresas demandadas pagaron la totalidad de aportes a seguridad social en salud, así como 11 días de incapacidad por valor de \$1.113.190, junto a la prima de habitación generada en ese período.

Frente a la petición relacionada con el pago de emolumentos no considerados en la liquidación, determinó la juez que en efecto la prima de habitación sí fue considerada como factor salarial en la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones de la trabajadora, confiriéndole a dicho acto plena validez por atender

los presupuestos indicados en el ordenamiento legal, subrayando la existencia de prueba de la consignación de los montos por concepto de liquidación en la cuenta bancaria de la accionante.

En cuanto a la terminación del contrato laboral, precisó que para el 11 de diciembre de 2018 se había alcanzado con creces la meta correspondiente al porcentaje de avance pactado en el último otrosí del contrato de trabajo, por cuanto la carta de su terminación y el formato de avance de obra de la misma fecha así lo indicaban; con el propósito de despejar cualquier duda, extrajo de la prueba testimonial que el avance de la obra implicó un consecuente recorte de personal por lo que para diciembre de ese año quedaban aproximadamente solamente 15 trabajadores, definiendo que el contrato de trabajo suscrito entre las partes finalizó con ocasión de una causal objetiva como lo fue la terminación de la obra o labor contratada.

Finalmente, al abordar el tópico de la estabilidad laboral reforzada alegada por la parte activa, concreta el marco normativo contenido en los artículos 237, 241, 243 del C.ST., así como al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, e indicó que para la fecha y hora en que se dio por terminada la relación laboral, la trabajadora no se encontraba en incapacidad por cuanto la última había fenecido entre el 09 o 10 de diciembre de esa anualidad, sumado a que el área de medicina laboral de las empresa demandadas la examinó encontrándola en óptimo estado de salud.

Si bien la demandante en horas posteriores a su desvinculación acude a urgencias del Hospital de Toledo, consulta de la cual resulta una incapacidad de 7 días a partir de la fecha, la *a quo* reprochó ese proceder al no acudir tempranamente al médico o en su defecto informar de su condición de salud al empleador previo a su desvinculación; consideró que si aquella hubiese acatado el deber de practicarse el examen de egreso habría certeza acerca de su estado de salud en ese momento, quedando en duda ese supuesto y descartando la estabilidad laboral reforzada y por tanto el reintegro e indemnizaciones solicitadas.

En consecuencia, en la parte resolutive de la providencia la *a quo* declaró primeramente que entre las partes existió contrato de trabajo por duración de la obra o labor que se extendió desde el 23 de septiembre al 11 de diciembre de 2018; declaró asimismo infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y probada la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación.

5. RECURSO DE APELACION EN LO RELEVANTE.

El apoderado de los actores se opone al fallo censurado estructurando el recurso en tres pilares fundamentales¹⁰:

1. **Estabilidad laboral reforzada por el estado de salud de la trabajadora:** Al momento de fallar la *a quo* no tuvo en cuenta la incapacidad del 11 de diciembre de 2018 que se dio con ocasión de los síntomas de la actora, los cuales tenían correlación con el aborto detectado desde el 17 de noviembre de 2018, además de no haber considerado la aclaración que hiciera la demandante al absolver interrogatorio de parte, al manifestar que el día de su desvinculación informó al empleador sentirse mal pero no fue autorizada para asistir a urgencias.

Destacó que la demandante para la data de su desvinculación se encontraba en horario de trabajo y en una zona de difícil acceso, por lo que solo hasta después de las 5 y 30 de la tarde, una vez culminada la jornada laboral, pudo acudir a urgencias o algún centro médico, resaltando que los empleadores conociendo su estado de salud actuaron de mala fe al desvincularla el mismo día en que se reincorpora, desconociendo la estabilidad laboral reforzada que le asistía atendidas sus afectaciones de salud.

2. **Culpa patronal:** la falta de declaración de ésta en el caso concreto obedeció a que la *a quo* fundó su providencia en una prueba pericial incompleta, pues el galeno al momento de rendir su dictamen no tuvo en cuenta las funciones específicas realizadas por la trabajadora ni la exposición a sustancias químicas y bacterias, resultándole contradictorio que el perito descarte el riesgo físico y químico como móviles del aborto cuando no se analizaron las incidencias de dichas circunstancias de cara al estado de embarazo de aquélla.

Enfatizó en que a diferencia de lo indicado en el fallo, en este caso opera la inversión de la carga probatoria correspondiéndole al demandado probar el cumplimiento de sus obligaciones patronales, más si se considera que se encuentran acreditadas la grave exposición y la ineficacia de los elementos de protección laboral, amén que aún de habersele brindado los mismos lo

¹⁰ ibídem

cierto es que el empleador en desconocimiento de su especial condición la sometió a labores que requerían un esfuerzo físico y sólo la reubicó, en la misma zona contaminada, después de acontecido el aborto y por tan solo 4 o 5 días, al cabo de los cuales la actora retornó a campo.

Solicitó al Tribunal que ordenara la complementación y aclaración del peritazgo practicado en primera instancia.

3. **Estabilidad laboral reforzada por la condición de embarazo:** las sociedades empleadoras desconocieron la protección especial a la maternidad, por cuanto abandonaron las garantías a las que hace referencia el artículo 237 del C.ST. estando el patrono en la obligación de reconocer y pagar la licencia por aborto, además de respetar el periodo mínimo de descanso al que hace referencia la norma.

Agrega que los derechos y protección especial a favor de la actora se derivan de la incapacidad del 27 de noviembre de 2018 que evidencian que la trabajadora a partir del 17 de noviembre se encontraba en un estado de salud especial a causa del aborto que habría sufrido, desconociendo en todo caso las razones por las cuales no se prescribió la licencia por el tiempo mínimo que la ley ordena. Echa de menos, además, la autorización de despido por parte del Ministerio del Trabajo.

Argumentos reiterados al descorrer el traslado previsto en el artículo 15, numeral 1 del Decreto 806/2020¹¹.

Por su parte y en reiteración a la que fue su postura procesal durante el decurso, procesal, la parte accionada se opone a las inconformidades así expuestas y deprecia la confirmación del fallo censurado¹².

6.CONSIDERACIONES

1. Competencia

¹¹ Fs. 34-39, c. o. segunda instancia.

¹² Fs. 50-54, ibídem.

Conforme al artículo 15 numeral 1°, literal B y parágrafo del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, resuelve esta instancia el asunto planteado por el recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.¹³

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala: **i)** establecer la procedencia de la solicitud de complementación y aclaración del dictamen pericial practicado en primera instancia; **ii)** determinar si en el caso concreto se presentan los presupuestos que permitan predicar a favor de la actora, la protección especial derivada de la estabilidad laboral reforzada a la maternidad y del artículo 241 del C.S.T.; **iii)** esclarecer si se logró acreditar una afectación sustancial en el estado de salud de la trabajadora, y por tanto estuviese amparada por la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; analizando la incidencia que en esos casos conlleva la acreditación de una justa causa de despido de cara a la terminación laboral; y, **iv)** si obra prueba suficiente de la culpa patronal prevista en el artículo 216 del C.S.T. con ocasión del aborto de la señora LILIANA SIERRA; si la respuesta resultare positiva, corresponderá definir la responsabilidad que le asiste a las empresas en el pago de la indemnización plena de perjuicios a los accionantes.

3. Tesis de la Sala

Delanteramente anuncia esta Colegiatura que confirmará la decisión de la *a-quo*, por cuanto es claro que al momento del despido la actora no se encontraba en estado de embarazo, ni en periodo de lactancia, ni disfrutando de licencia por aborto, razón por la cual resulta improcedente la aplicación de la protección especial del fuero de maternidad y del artículo 241 del C.S.T.

De la misma manera y de cara a la estabilidad laboral reforzada que le asiste a las personas en situación de discapacidad, el acopio probatorio allegado al proceso no evidencia con certeza que para el 11 de diciembre de 2018 la trabajadora estuviera afligida por afectaciones sustanciales en su estado de salud que fueran conocidas por los accionados; en todo caso, la concurrencia de justa causa de despido permite

¹³ Competencia que está condicionada por el principio de congruencia. Sentencia C-968 de 2003, Corte Constitucional, y, rad. 43442, marzo 13/12. M. P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ, Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia. Precedentes que entre muchos otros refieren a dicho principio en materia laboral y según el cual la competencia de la segunda instancia se limita por los temas que fueron materia de reproche por el recurrente, con las excepciones que en el primero de los fallos precitados se precisan.

descartar razones discriminatorias como fundamento de la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, en lo atinente a la culpa patronal se subraya por la Corporación que la parte actora, teniendo la carga de así hacerlo, no logró acreditar la existencia de un nexo causal entre una actitud activa u omisiva del empleador (que igualmente exigía plena comprobación) y el hecho dañoso.

4. Enunciados facticos.

Para los efectos del análisis que se realiza, está plenamente acreditado lo que a continuación se precisa y por tanto no es materia de discusión en el presente caso: **i)** que entre la señora LILIANA SIERRA y las empresas MECANICOS ASOCIADOS S.A.S "MASA" e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. ("ICA DE MEXICO S.A.S."), existió una relación laboral en la modalidad de obra o labor contratada (hay pleno acuerdo entre las partes al respecto); **ii)** la misma tuvo como extremo inicial el 23 de septiembre de 2018 y final el 11 de diciembre siguiente (tampoco hay discrepancia al respecto); **iii)** que en vigencia de la misma a la trabajadora le fue cancelada en debida forma la prima de habitación pactada, y fue considerada como factor salarial en la liquidación a ella pagada al momento de finalizar su contrato de trabajo (así se precisará más adelante); **iv)** que la terminación del contrato de trabajo obedeció a justa causa consistente en la terminación de la obra o labor contratada (tal cual se concreta con posterioridad); **v)** que el 16 de noviembre de 2008 la demandante sufrió un aborto (aceptado por ambas partes); **vi)** que aunque la actora en desarrollo de sus labores contractuales estuvo expuesta a riesgos relacionados con el despliegue de fuerzas, así como a un ambiente contaminado por el derrame de crudo, su aborto fue producto de causas congénitas ajenas a esos factores antes señalados (Conforme lo decantó el perito oficiosamente traído al proceso).

5. Enunciados normativos y conclusiones.

a. De la ampliación o complementación de la prueba pericial.

Con el propósito de establecer un orden conceptual que contribuya a efectuar un estudio sistemático de los supuestos facticos y jurídicos que fundamentan el recurso, esta Sala aprecia conveniente, de entrada, definir lo relacionado con la procedencia de la solicitud elevada por el recurrente ateniendo a la complementación

y ampliación del dictamen pericial decretado de oficio y practicado en desarrollo de la primera instancia.

Para los efectos, deberá considerarse lo indicado en el Código de Procedimiento Laboral de cara a la posibilidad que le asiste al Tribunal para ordenar y practicar pruebas en sede de apelación, que textualmente reza:

"ARTICULO 83.- Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes."

Así las cosas la norma limita a dos escenarios concretos los alcances de las facultades que en materia probatoria le asiste al *ad quem*; el primero, fundado en la falta de práctica de pruebas decretadas en primera instancia, siempre que no obedezca a culpa de la parte interesada, y, el segundo, que encuentra su causa en las facultades oficiosas del juez colegiado habilitándolo para ordenar el decreto y práctica de los medios de prueba que en atención a criterios de necesidad contribuyan con la resolución del asunto que se atiende, cuidando en todo caso que dicho ejercicio no termine por suplir la inactividad probatoria en cabeza de cada una de las partes.

Lo anterior, permite descartar una orden del Tribunal encaminada a admitir la complementación o ampliación de los medios de prueba practicados en instancia previa, por cuanto dicha práctica probatoria se encuentra regulada en las ritualidades, criterios y reglas que de manera expresa y particular se han concebido en el ordenamiento procesal para esencialmente propiciar su correcta recaudación; o en su defecto, ante los asomos de una incorrecta practica de pruebas, son esos mismos criterios o reglas procesales los que operan como herramientas a disposición de las partes, a través de las cuales les es posible corregir el cauce de la actuación solicitando en el mismo momento en que se practican que se atienda el procedimiento que al respecto se encuentra indicado en las normas para ello, so pena de restar fuerza probatoria a las mismas.

Recuérdese que el recurso de alzada no tiene por finalidad remediar cuestiones procesales propias del trámite de la primera instancia, como lo atinente al decreto y

práctica de pruebas más allá de los supuestos admitidos por la misma ley de procedimiento laboral, pues para tales efectos se prevén mecanismos idóneos de los cuales los interesados deben hacer uso en la oportunidad legal y en la correspondiente instancia.

En ese orden de ideas, si se analiza con detenimiento la forma en que se desarrolló la contradicción del dictamen decretado de oficio en el caso concreto, al contrario de lo esbozado por el recurrente y a pesar de que la prueba pericial no fue aportada por la misma parte, se evidencia que en la audiencia en que disertó el perito, el recurrente en un sentido material hizo uso de la potestad de ampliación y aclaración del dictamen pericial, pues sometió el criterio emitido por el profesional a supuestos adicionales que incluso no fueron previstos en el cuestionario formulado por la *a quo*, en tanto y cuanto cuestionó al galeno acerca de la incidencia de las funciones de obrero A1 estipuladas en el manual de funciones (las cuales leyó textualmente) de cara al aborto presentado y además, con sustento en las documentales que obran en el expediente, formuló preguntas por medio de las cuales indagó acerca de las repercusiones que frente a un embarazo pueden derivarse de la exposición a sustancias químicas del petróleo (las cuales fueron enlistadas por el inconforme al momento de preguntar).

Resulta evidente que el perito al momento de rendir su informe, abordó el supuesto de que la trabajadora en estado de embarazo hubiese desplegado esfuerzos físicos en el desarrollo de las actividades contratadas, expresando al respecto que *"Es importante recalcarle al demandante que algunos esfuerzos físicos podrían generar pérdida en el embarazo (aborto) cuando existen factores de riesgo tales como: desprendimiento en el saco gestacional (con feto vivo), placenta previa sangrante, desprendimiento de la placenta, incompetencia del cérvix (cérvix muy corto), etc., pero en embarazos de mayor edad gestacional, es decir, mayor a 14 semanas y no como en el caso en cuestión en el cual no sobrepasó las 6 semanas según las biometrías realizada"*¹⁴; en ese mismo sentido y en lo que atañe a la exposición a residuos de petróleo, el dictamen señaló que *"En cuanto a la exposición a residuos de petróleo o sus derivados, no los considero causales de su aborto, como la demandante así lo aduce, ya que no existe relación con el caso"*¹⁵; aseveraciones que en todo caso fueron ampliadas y esclarecidas por el experto en el marco del interrogatorio efectuado por el impugnante en ejercicio del derecho de contradicción.

¹⁴ Folio 418, Cuaderno Principal Tomo III

¹⁵ *Ibíd.*

Por lo anterior, se colige que el peritaje en cuestión así como el cuestionario alrededor del cual el experto debía enmarcar su criterio técnico, se sustentaron en los hechos aducidos en el escrito de demanda y en la prueba documental allegada con esta, especialmente en las históricas clínicas de la actora, siendo a todas luces improcedente pretender que el criterio del profesional se ajustase a los supuestos expresados en las declaraciones de los testigos, cuando además y si de ello se tratara, las mismas aún no habían sido acopiadas.

En ese sentido se evidencia con total claridad que la prueba pericial en efecto fue practicada en primera instancia e incluso fue debidamente ampliada y aclarada por el perito en el curso de la audiencia de contradicción surtida, razón por la cual la posibilidad dispuesta en las normas procesales que deviene habilitada para esta Sala, es únicamente aquella conforme a la cual de oficio podrán decretarse y practicarse los medios de prueba necesarios para resolver la alzada; facultad que en todo caso no será desplegada por la Corporación en tanto obra un dictamen pericial practicado en instancia anterior, del cual dentro de las oportunidades previstas no se reprochó el desconocimiento de las normas procesales previstas para su recaudo.

b. Fuero de maternidad y descanso remunerado por aborto.

Es nutrida la jurisprudencia que tanto la Corte Constitucional como los altos Tribunales de la jurisdicción ordinaria y contenciosa, han emitido respecto de los alcances y requisitos de la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista a favor de las madres gestantes y en proceso de lactancia, siendo del caso retomar el criterio allí esbozado.

La Corte Constitucional ha unificado su jurisprudencia¹⁶ decantando los requisitos necesarios para activar la protección reforzada a favor de las madres gestantes y en periodos de lactancia, cuales son: **i)** La existencia de una relación laboral o de prestación, independientemente de tipo o la naturaleza del vínculo que ate a las partes, y, **ii)** que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, correspondientes al primer trimestre de lactancia.

A su turno debe considerarse que el fuero de maternidad tiene su sustento en el artículo 53 de la Carta Política, y su regulación y alcances encuentran soporte en

¹⁶ Sentencia SU 075 de 2018

lo dispuesto en artículo 239 del C.ST., al definir que la protección reforzada se manifiesta a través de la prohibición para el empleador de terminar la relación laboral de la trabajadora dentro del periodo de embarazo, o en los tres meses siguientes al parto sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, concibiendo una presunción de despido discriminatorio en aquellos casos en los cuales el patrono proceda en contravía de lo indicado por la misma norma, desconocimiento que acarrea a favor de la trabajadora el pago de una indemnización equivalente a 60 días de salario, sumado a la ineficacia del despido y al consecuente reintegro ligado al pago de los emolumentos dejados de percibir¹⁷.

En ese mismo orden de ideas, respecto de los periodos de descansos remunerados o licencias, la Corte Constitucional¹⁸ definió que la protección reforzada se extiende al periodo de licencia de maternidad, aun después de superado el primer trimestre de lactancia, sin embargo, es clara en indicar que en esos casos no podrá aplicarse la presunción del artículo 239 del C.ST. correspondiéndole a la trabajadora acreditar que su desvinculación en efecto obedeció a móviles discriminatorios.

No obstante, en el caso de la licencia de aborto la situación deberá analizarse desde arista distinta, precisamente atendiendo a su especial naturaleza discordante con la licencia de maternidad resultando improcedente su asimilación.

Para esos fines téngase en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia así:

"T- 1185 de 2003

"Al constatar la presencia de estos elementos fácticos en el caso concreto, se observa lo siguiente:

1) *La señora Johana Alexandra Rodríguez Escobar se encontraba en estado de embarazo cuando fue despedida por su empleador. En el expediente obran las pruebas que así lo indican (...).*

2.2. *No obstante esta verificación, en el caso concreto se evidencia una circunstancia especial, el aborto que sufrió la accionante casi un mes después del despido. Este aspecto fue el determinante para que los jueces de instancia denegaran el amparo constitucional solicitado por la actora.*

*Esta Sala de Revisión no comparte aquellas decisiones judiciales. El aborto con posterioridad al despido de la accionante no determina la improcedencia de la tutela **cuando se verifiquen los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada**. En primer lugar, la protección especial consagrada en los artículos 25 y 43 de*

¹⁷ De acuerdo a la sentencia C- 470 de 1997

¹⁸ Véase T 583 de 2017 y SU 075 de 2018

la Constitución va dirigida a la mujer embarazada y comprende el estado de gravidez y la posterior licencia de maternidad; **en segundo lugar, la legislación laboral consagra también un período de licencia en los casos de aborto, el que está igualmente incluido durante el término señalado por el legislador, dentro del referido lapso de protección^[10]; y, en tercer lugar, al producirse el despido de la mujer embarazada sin el cumplimiento de los requisitos señalados, el despido se torna ineficaz.^[11]**

Por consiguiente, en los casos de aborto no se desvanece el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y no altera la procedencia de la acción de tutela cuando, en casos como éste, ha sido la condición de mujer embarazada la que determinó la terminación del contrato de trabajo." (Resaltos ajenos al texto original).

Posteriormente en T-694 de 2016, el Alto Tribunal señaló que:

"4.12. En los eventos en los que se ha producido un aborto, el Código Sustantivo del Trabajo estableció en el artículo 237 el reconocimiento a un descanso remunerado correspondiente a "dos o cuatro semanas". Para tal efecto, dispuso que para disfrutar de esta licencia remunerada la trabajadora tendrá que aportar certificado médico en el que conste "a). La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora"

Es decir, a diferencia de la licencia de maternidad el periodo del descanso remunerado cuando se ha presentado un aborto depende de la prescripción del médico tratante.

4.13. Dentro de ese periodo, la trabajadora no podrá ser desvinculada laboralmente. Esto, conforme a lo establecido en el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo (...).

16. De otra parte, estima la Sala necesario referirse a la sentencia T-1185 de 2003^[18] teniendo en cuenta que este fue el argumento jurídico empleado por la accionante para afirmar que la Corte Constitucional extendió la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada derivada de la maternidad a los casos en los que se ha producido un aborto. (...).

Concluyó, que en casos como este la garantía está dada a partir de la ineficacia del despido en la medida que el mismo se produjo durante el embarazo, aun así, después se haya presentado un aborto.

De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que el caso resuelto en esta providencia no presenta un patrón fáctico similar con la situación que pone de presente la señora Natalie Andrea Ramos Lamo en el escrito de tutela, pues en este caso, **para la época en que se notificó la decisión de no prorrogar el contrato de prestación de servicios la accionante no se encontraba en estado de embarazo. Por lo tanto, esta sentencia no constituye precedente obligatorio para la solución del caso concreto.** (...).

II. Análisis del caso concreto.

Una vez analizada la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Sala procederá con el análisis del caso concreto y para tal efecto, reiterará brevemente las reglas aplicables al mismo. De acuerdo con ello, (iii) **Cuando se ha producido un aborto, la trabajadora tiene derecho a un descanso remunerado por un periodo comprendido entre dos y cuatro semanas de acuerdo con la prescripción del médico tratante, según lo dispuesto en el artículo 237 del CST. Durante dicho tiempo, el empleador deberá garantizar la estabilidad en el empleo de la trabajadora.** (...).

3. Entonces, de acuerdo con lo anterior la acción de tutela resulta improcedente para atender las pretensiones de la señora Natalie Andrea Ramos Lamo. Ello, porque se acreditó que no existió una desvinculación laboral sin autorización del Ministerio de Trabajo en la medida que la terminación de la relación contractual obedeció a una decisión de la accionante por razones económicas. **Además, para la época en que ocurrió dicha circunstancia, la accionante no se encontraba en periodo de embarazo, lactancia, descanso remunerado por haberse producido un aborto o incapacidad médica.**" (Resaltos ajenos al texto original).

En sintonía con la primera de las providencias precitadas, se observa que en principio el periodo de descanso por aborto se encuentra contemplado dentro de la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada a la maternidad, siempre que al momento del despido concurren los elementos primigenios que permitan predicar que la trabajadora se encontraba amparada por dicha protección especial¹⁹; postura reforzada por la misma Corte en sentencia posterior (también citada previamente) al indicar que la accionante en esa oportunidad había sufrido un aborto previo a su desvinculación, por lo que ya no se encontraba en estado de embarazo o lactancia, situación que entre otras cosas, se infiere, impedía dar plenos efectos a la protección reforzada prevista precisamente a favor de las mujeres que ostentan dicha calidad.

En ese mismo contexto, la jurisprudencia del Máximo Tribunal Constitucional abre camino a reconocer la diferencia entre la licencia de aborto y la licencia de maternidad, detallando que el descanso por aborto de acuerdo a lo indicado en el artículo 237 del C.S.T, se encuentra sujeto a la prescripción del médico tratante, lo que sumado al deber de la trabajadora de presentar ante el empleador los documentos por medio de los cuales se autorizó la mencionada licencia, dejan entrever la posición pasiva del patrono ante dicho trámite pues a diferencia de la licencia de maternidad, el reconocimiento del descanso remunerado por aborto no se erige como una obligación especial a cargo de este²⁰ y el pago de dicha prestación se encuentra en cabeza de la E.P.S.²¹

¹⁹ Se reitera que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha unificado su criterio, definiendo como requisitos para la activación de la estabilidad laboral reforzada lo siguientes: i) La existencia de una relación laboral o de prestación, independientemente de tipo o la naturaleza del vínculo que ate a las partes y ii) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, correspondientes al primer trimestre de lactancia.

²⁰ Cosa distinta sucede con la licencia de maternidad cuyo reconocimiento por parte del patrono se encuentra incluido en el numeral 11 del artículo 57 del C.S.T -Adicionado por la Ley 1468 de 2011.

²¹ Considérese lo indicado por el Ministerio del Trabajo en Concepto 94924 del 17 de mayo de 2016:

"Con respecto a sus inquietudes, cabe manifestar que el sistema de seguridad social, cuya directriz se encuentra en lo normado en la Ley 100 de 1993, reconoce el 100% del valor por la licencia otorgada en caso de aborto.

El fundamento jurídico al cual hace referencia en su consulta, el cual se aplica para el sector privado en forma exclusiva es el Artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual no se transcribe por ser de su conocimiento, según se desprende de la consulta realizada, preceptúa que la Licencia por Aborto, se pagará a la trabajadora con el valor del salario que devengaba al momento de entrar a disfrutarla. Por tanto, el valor de la misma es el 100% del valor del salario devengado y es licencia como tal, no enfermedad de origen común cuyo tratamiento y fundamento jurídico son diferentes.

Hay que tener presente que en el momento de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, las contingencias de seguridad social, se encontraban en cabeza del Empleador, sin embargo, con la expedición de la Ley 100 de 1993, queda claro que a partir de la fecha en mención, las mencionadas contingencias son de cargo del Sistema de Seguridad Social, en razón de que el Empleador al afiliar

Por tanto, a diferencia de la norma que regula la licencia de maternidad la norma referida al aborto nada estableció de cara al periodo a partir del cual debe iniciarse el disfrute de la licencia por esa causa, lo que implica que el mencionado descanso no se encuentra necesariamente ligado a la fecha de ocurrencia del mismo sino a la prescripción que al respecto haga la el médico tratante de la trabajadora, de conformidad con las valoraciones médicas y sin que el empleador pueda asumir o imponer su disfrute inmediatamente después de acaecida la pérdida del embrión o feto.

En definitiva, según la jurisprudencia precitada en aquellos casos en que el aborto acontezca previo a la desvinculación de la trabajadora, no deviene procedente extender los efectos de la protección reforzada a la maternidad más allá de lo indicado en el artículo 241 del C.ST., en tanto no estarían dispuestas las condiciones y requisitos que para esos fines se han definido legal y jurisprudencialmente.

Visto lo anterior y al descender al caso concreto, se observa que la *a quo* al referirse a la licencia de aborto indicó que dicha prestación es equivalente a la incapacidad médica, ya que para disfrutarla es requisito indispensable el certificado médico que indique el termino de descanso, posición frente a la cual esta Sala considera pertinente efectuar algunas precisiones.

La legislación contempló el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común dentro del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, por el lapso en que los afiliados cotizantes se encuentren inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual; durante los períodos de incapacidad por enfermedad general, el auxilio monetario a cargo del SGSSS se liquida con base en el salario que devenga la trabajadora al momento de la incapacidad, a razón de un 66.6% a partir del tercer día de incapacidad y hasta el día 90, y en un 50% por los días 91 a 180²².

a su trabajadora y pagar los aportes a salud, está cubriendo las contingencias de enfermedad general y maternidad, de lo que deviene la diferencia entre una y otra." (Se resalta por la Sala).

²² Artículo 227 C.S.T. Puede consultarse sentencias C-543/2007 y T-140/16 (por ser relevante en la labor de establecer el monto y las entidades responsables del pago de las incapacidades de origen común).

En su lugar el artículo 237 del C.ST. es claro al contemplar que la licencia en caso de aborto será remunerada con el salario que devengaba la trabajadora al momento de iniciar el descanso.

Por lo anterior asimilar las incapacidades por enfermedad común con la licencia de aborto y dar por acreditado el disfrute y reconocimiento de la segunda a través del reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, puede representar para la trabajadora una flagrante disminución a los derechos y prestaciones económicas que la norma anuncia en su beneficio, siendo por ello viable apreciar como improcedente la consideración esbozada por la *a quo*.

Precisado lo anterior y al analizar los supuestos facticos que rodean el litigio, se observa que el aborto de la demandante acaeció el 16 de noviembre de 2018 (tópico frente al cual no se suscitó discusión por parte del recurrente), deviniendo innegable que dicho acontecimiento se presentó con anterioridad a la desvinculación de la trabajadora, materializada el 11 de diciembre del mismo año; razón por la cual no se puede establecer cosa distinta a que al momento de la terminación de la relación laboral, la demandante no se encontraba en periodo de embarazo o gestación.

Así pues, no se encuentra acreditado uno de los requisitos que activan la protección reforzada a la maternidad en los términos del artículo 237 del C.S.T. impidiendo por ello la aplicación de lo allí dispuesto, sin embargo, corresponde someter el estudio del caso bajo el marco del artículo 241 del C.ST. para definir si tal como lo aduce el recurrente, las entidades demandadas desconocieron la protección que le asiste a la trabajadora que se encuentra disfrutando de la licencia de aborto y por tanto deviene ineficaz su despido.

Conforme al material probatorio obrante en el proceso, se resalta que cuando la juez de instancia interroga a la demandante acerca de las razones que motivaron su negativa a recibir la carta de despido el 11 de diciembre de 2018, esta manifestó que *"Pues porque varios de mis compañeros y hasta los mismos médicos me dijeron que como era aborto que tenía como más incapacidad, los médicos cuando yo fui a Toledo me dijeron que apenas cumpliera los 7 días de reposo que tenía que volver otra vez para que me siguieran valorando y me siguieran dando el reposo ..."*, afirmaciones que evidencian que la trabajadora se encontraba al tanto del derecho al descanso que le asistía en razón a su aborto, por haber sido ello

comentando entre sus compañeros de trabajo y algunos de los médicos tratantes, concibiendo de esa manera el escenario idóneo para que ante su E.P.S indagara los requisitos y condiciones para el disfrute del mismo.

También genera duda en esta Sala que la paciente al acudir a algunas consultas médicas por urgencias antes de su desvinculación, omitiera informar a los galenos que por medio de ecografías había sido detectado un aborto incompleto; es claro que desde el 16 de noviembre de 2018 la actora se encontraba al tanto del riesgo de aborto retenido, por cuanto dicho diagnóstico había sido evidenciado en la ecografía Obstétrica Transvaginal de Ecoimagen Salud practicada en ciudad de Cúcuta²³ y consignado en la historia clínica resultado de la consulta general en la Clínica Santa Ana S.A.S.²⁴, así como en el reporte clínico del 17 de noviembre de 2018, en revisión ginecológica y obstétrica en el miso Centro Clínico²⁵.

A partir del 27 de noviembre siguiente la actora acude por urgencias a la E.S.E HOSPITAL REGIONAL SUR ORIENTAL manifestando síntomas de sangrado vaginal, empero no consta que haya puesto en conocimiento de la profesional que en ese momento la atendió los resultados de la ecografía que previamente se había realizado, ni tampoco los diagnósticos de las consultas en las cuales se había evidenciado un posible aborto retenido. Es así que la médica general en su concepto no considera dicha situación médica y ordena "*Formula médica ambulatoria, Ecografía Obstétrica Prioritaria Y Seguimiento por Consulta Externa*", diagnosticando finalmente hemorragias uterinas o vaginales anormales especificadas y una incapacidad de 7 días²⁶.

Para el 29 de noviembre siguiente la paciente acude nuevamente por urgencias manifestando la persistencia del sangrado y embarazo de 8 semanas, sin poner de manifiesto una vez más la advertencia de aborto retenido, tampoco lleva la ecografía ordenada por la médica general en la consulta previa por lo que la profesional persiste en su diagnóstico anterior²⁷.

²³ Folio 52, ib.

²⁴ Folio 56 ibídem

²⁵ Folio 53 y 54 ibídem

²⁶ Folio 57 ibídem

²⁷ Folio 59 ibídem

En Pamplona, para el 05 de diciembre siguiente la demandante acude por urgencias a la E.S.E Hospital San Juan de Dios, con reporte de ecografía de aborto incompleto ante lo cual el médico general en el aparte correspondiente a "*conducta tomada*" indica "*Paciente con reporte de ecografía descrita, sin restos ovulares, pero con quiste descrito, en el momento sin síntomas de alarma (...) motivo por el cual considero manejo medico ambulatorio*"²⁸ sin hacer referencia a incapacidad alguna.

La incapacidad por 5 días prescrita ese mismo día²⁹ corresponde a la E.S.E hospital Regional Sur Oriental, ante un diagnóstico de dolor pélvico y perineal, con hora de consulta y médico distintos a los consultados en Pamplona, sin que se aporte la historia clínica correspondiente a la valoración que generó la referida incapacidad y que permita avizorar si en dicha consulta se tuvo en cuenta la ecografía realizada.

Es hasta el 11 de diciembre siguiente, cuando la actora acude por urgencias a la E.S.E. hospital Regional Sur Oriental que se evidencia la exteriorización de la sospecha de aborto, lo que permite finalmente a la médico tratante asumir que en efecto se estaba ante un diagnóstico de aborto y por tal proceder de conformidad ordenando "*(...) valoración para ginecología, paraclínicos ambulatorias, seguimiento por consulta externa...*"³⁰, así como incapacidad por 7 días.³¹

En ese entendido, se evidencia de manera razonable que la imprecisión de la paciente quien al acudir a consulta omitió exteriorizar la sospecha de aborto identificada a través de ecografías previas, obstaculizó el seguimiento continuo y sistemático que a su vez desembocara en un diagnóstico definitivo de aborto a partir del cual los galenos pudieran proceder a prescribir de manera temprana la correspondiente licencia, más si se tiene en cuenta el hecho de que las consultas se efectuaron en variadas fechas y distintos centros médicos, lo que dificultaba realizar un control efectivo al estado de salud de la demandante.

Como se indicó previamente las incapacidades autorizadas por los médicos el 27 de noviembre y el 05 de diciembre de 2018, no podrían concebirse (en la línea de razonamiento ya indicada al respecto) como parte del periodo de disfrute de la licencia

²⁸ Folio 62 ibídem

²⁹ Folio 63 ibídem

³⁰ Folio 64 ibídem

³¹ Folio 66 ibídem

por aborto pues se trataría de figuras con alcances distintos de difícil asimilación, más cuando la prueba allegada al proceso no evidencia que las primeras hubieran tenido causa en un diagnóstico cierto de aborto.

El panorama así descrito permite desestimar algún tipo de reproche a la actitud del empleador de cara al disfrute de la licencia de aborto, pues si bien este tenía conocimiento de dicho acontecimiento³², fueron los mismos médicos tratantes (con ocasión de la forma en la que la paciente acudió a consulta y sus manifestaciones o en su defecto omisiones en el curso de las mismas) quienes consideraron necesario, ante la falta de un diagnóstico cierto, seguir con la valoración previa y dar manejo a través del reconocimiento de incapacidades.

Recuérdese que a diferencia de lo indicado por el recurrente y tal como se expuso previamente, al empleador no le asiste la facultad de reconocer y mucho menos pagar el descanso remunerado por aborto al que hace referencia el ordenamiento laboral, en tanto ello corresponde a una facultad dependiente de la prescripción del médico tratante y en cabeza de la E.P.S.; tampoco deviene viable asumir que la protección a la que hace referencia el artículo 241 del C.S.T. deba operar a partir de la fecha en que se dio el aborto, pues habrá que insistir en que el disfrute de la licencia en cuestión no se encuentra circunscrito a las semanas inmediatamente siguientes a la ocurrencia del suceso, ya que la norma no impone esa limitación; en su lugar somete al criterio médico la data cierta a partir de la cual debe realizarse el reconocimiento del periodo de dicho descanso así como el tiempo cierto de duración del mismo, siendo precisamente la consideración médica la que define el periodo a partir del cual operará la protección especial que le asiste a la trabajadora que se encuentre disfrutarlo del mencionado descanso.

En ese orden de ideas, el material probatorio es contundente en señalar que para el momento de su desvinculación, la trabajadora no se encontraba disfrutando del descanso o licencia por aborto, en tanto no había sido prescrito por los médicos tratantes; en consecuencia, a la inaplicación del fuero de maternidad a favor de la actora por no cumplir con los requisitos para ello, se suma que ninguna contravención puede ser predicada de cara a los supuestos que fundan el artículo 241 del C.S.T., razón por la cual no deriva procedente la declaratoria de ineficacia del despido y las consecuencias que de ello surgen.

³² Como bien claro lo deja la Dra. YANETH SÁNCHEZ en su declaración.

5.3. Estabilidad laboral reforzada por afectaciones a la salud.

En concordancia con las garantías constitucionales, el ordenamiento jurídico ha contemplado una serie de medidas de protección encaminadas a lograr la integración social, política, económica y laboral de las personas en situación de discapacidad; en ese contexto y habiéndose decantado la improcedencia en el caso concreto del fuero de maternidad, así como la vulneración de lo previsto en el artículo 241 del C.ST., esta Corporación con el objetivo de atender el alegato del recurrente procederá a abordar el examen desde la perspectiva de la protección especial prevista en las normas para los trabajadores con afectaciones sustanciales en su estado de salud.

Prevé la Ley 361 de 1997:

"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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

A su turno la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha indicado en jurisprudencia reciente³³, que la denominación "*persona en situación de discapacidad*" como sujetos amparados por estabilidad laboral reforzada derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se erige como un concepto que ha visto ampliado su alcance en virtud de las disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales; desligándose dicha calidad de la mera acreditación de calificación de pérdida de capacidad laboral en grados de limitación severa y profunda, para en su lugar cobijar a toda persona con una disminución sustancial en su estado de salud que le impida efectuar las labores contratadas en circunstancias regulares; correspondiendo en ese orden de ideas que el trabajador acredite una disminución

³³ Corte Suprema de Justicia, radicado 80300 (SL4113-2020), octubre 27/2020. M.P. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

en su salud conocida por su empleador y el hecho del despido a pesar de dicha condición.

Aclarado lo anterior, se impone dilucidar si la demandante al momento de la terminación del contrato ostentaba la calidad de persona con discapacidad, dada la presencia de alteraciones sustanciales en su estado de salud que impidieran el desarrollo de las labores contratadas.

Definido como está que el extremo final de la relación laboral se dio el 11 de diciembre de 2018, corresponde centrar el análisis en el estado de salud de la demandante en ese preciso momento; con ese propósito, al tenor de la prueba documental aportada con la demanda, esencialmente las historias clínicas de la trabajadora, se colige que previo a la terminación de la relación laboral los exámenes físicos practicados por los médicos y los diagnósticos médicos resultado de cada consulta, fueron explícitos en señalar la ausencia de síntomas de alarma o sintomatología propia de una afectación grave al estado de salud.

En la historia clínica del 16 de noviembre de 2018, en consulta de medicina general en la Clínica Santa Ana S.A., se dejó constancia de *"Reporte ecográfico de aborto retenido (...) refiere paciente que no está sangrando, que no tiene malestar, no dolor y que desea confirmar, abdomen blando, no dolor, genitales no sagrado, cérvix sin cambios (...)"*³⁴.

La historia clínica del 27 de noviembre siguiente, señala que la actora acude a la E.S.E hospital Regional Sur Oriental a consulta de urgencias, resaltándose del concepto médico emitido por la profesional lo siguiente: *"(...) al momento alerta, orientada, al examen físico con leves estigmas de sangrado no significativo de aspecto marrón, cuello posterior cerrado, ropa íntima estigma de sangrado escaso, no es posible evaluar integridad fetal por FCF PO edad gestaciones, útero aumentado de tamaño normal, parcial de orina sugiere infección de vías urinarias y frotis vaginal con vaginosis bacteriana, no considero estos como desencadenantes, decido egreso médico para manejo patologías y ecografía*

³⁴ Folio 56 cuaderno principal Tomo I

*obstétrica ambulatoria prioritaria, se explica a paciente signos de alarma (...)*³⁵, prescribiendo una fórmula médica ambulatoria e incapacidad de 7 días³⁶.

Según la historia clínica del 29 de noviembre siguiente, nuevamente acude a la E.S.E. hospital Regional Sur Oriental consultando por la persistencia de un cuadro de sangrado con dolor leve y soportable, ante lo cual se evidencia un examen físico normal y un diagnóstico de *"Hemorragia Vaginal y Uterina Anormal no especificada. Paciente de 29 años de edad, sexo femenino (...) con edad gestacional de 12.5 semanas por FUM 09/09/2018 y 8 semanas según paciente PD Ecografía no trae evidencia física (...) al momento reconsulta por persistencia de sangrado, sin realización de ecografía obstétrica, al momento signos vitales estables, el examen físico cuello posterior cerrado, estigma leve de sangrado; explico a paciente posibilidad de observación durante 12 horas para determinar evolución y cantidad de progresión de sangrado, no se puede evaluar estado fetal por FCF ni madre siente movimientos fetales por edad gestaciones, indica no inconvenientes para traslado a casa, viajará mañana 7 am para realización de ecografía hacia Pamplona (...)*³⁷", sin que se hubiese generado incapacidad.

En Pamplona, para el 05 de diciembre siguiente acude por urgencias a la E.S.E hospital San Juan de Dios, con reporte de ecografía de aborto incompleto ante lo cual el médico general, indicó *"Paciente con reporte de ecografía descrita, sin restos ovulares, pero con quiste descrito, en el momento sin síntomas de alarma, estable hemodinamicamente, no SIRS, no signos de dificultad respiratoria, motivo por el cual considero manejo medico ambulatorio (...)*³⁸, sin hacer referencia a incapacidad alguna.

Para el mismo día obra incapacidad por 5 días a partir de la fecha, expedida por medicina general de la E.S.E hospital Regional Sur Oriental, resultado de un diagnóstico de dolor pélvico y perineal³⁹, con hora de consulta y médico distinto al que la valoró en Pamplona, sin que conste en el expediente historia clínica correspondiente a la valoración que efectuó el médico en cuestión y que generó la incapacidad, impidiendo por ello establecer de manera concreta las afectaciones y hallazgos médicos que fundaron la incapacidad autorizada.

³⁵ Folios 57 cuaderno principal Tomo I

³⁶ Folio 58 ibídem.

³⁷ Folio 59 ibídem.

³⁸ Folio 62 ibídem.

³⁹ Folio 63 ibídem.

Así las cosas, no surgen claras para esta Sala razones suficientes que expliquen por qué ante un examen físico normal y la concurrencia de síntomas parecidos (o ausencia de ellos), en algunos casos se generó incapacidad y en otros no; en ese mismo sentido, concretamente en lo que tiene que ver con la incapacidad del 05 de diciembre de 2018 autorizada por consulta en urgencias en la E.S.E Hospital Regional Sur Oriental, agudiza la duda de este Tribunal el hecho de que la misma no se encuentre acompañada de la historia clínica en donde consta el examen físico y el diagnóstico que la motivó, máxime si se tiene en cuenta que ese mismo día en horas anteriores había sido valorada en la E.S.E Hospital San Juan de Dios de Pamplona, sin que el médico que la atendió hubiese encontrado mérito para ordenar incapacidades.

Al acudir a la prueba testimonial, el escenario permanece igualmente difuso por cuanto nada arroja que contribuya de manera cierta a dilucidar el verdadero estado de salud que ostentaba la demandante al momento de su desvinculación; al respecto, el señor WILLIAM PAREDES hace referencia a la asignación de labores en la bodega a la trabajadora dado su estado de salud, sin embargo, resulta claro que su dicho se refiere al embarazo de la actora y no a una patología con incidencia en su estado físico o psíquico, más cuando las laborales asignadas fueron llevadas a cabo con total normalidad sin presentar incapacidad alguna.

Por su parte, la señora AMANDA LEONOR JAIMES afirma que en una ocasión la actora sufrió un desmayo, no obstante, no detalla condiciones de tiempo y modo concretas del acontecimiento, ni tampoco advierte que el mismo se hubiese presentado de manera recurrente o le hubiese impedido continuar ese día con el desarrollo de sus actividades, más cuando no obra historia clínica que sustente la ocurrencia del referido desmayo.

La declaración del señor TIBERIO SALAZAR, resulta confusa en tanto evidencia que no tuvo conocimiento directo del estado de salud de la trabajadora, pues como él mismo lo advierte, ante sus ausencias, fue informado de las incapacidades a través de comentarios entre los mismos trabajadores.

La Dra. DORA YANETH SÁNCHEZ, Coordinadora Nacional del Área de Medicina Preventiva y Seguridad en el Trabajo del Consorcio PMA, confirma en su testimonio que en efecto la demandante estuvo incapacitada en dos ocasiones; sin embargo explica que para el 16 de noviembre de 2018 se le efectuó un examen médico

ocupacional periódico dado su estado de embarazo, en el marco del cual se advirtió la presencia de un posible aborto incompleto por lo que el empleador procedió con la reasignación de tareas en el área administrativa como medida de protección a la maternidad y dada la falta de confirmación de la sospecha de aborto; labores desarrolladas por la trabajadora sin problema hasta el 27 de noviembre siguiente, fecha a partir de la cual se le ordenó una incapacidad por 7 días seguida de una nueva incapacidad por 5 días prescrita a partir del 05 de diciembre siguiente.

Explica la testigo que llegado el 10 de diciembre siguiente y ante la culminación de la última incapacidad reportada por la trabajadora, se le convocó a las oficinas en Cúcuta donde se le realizó el examen post incapacidad, el cual arrojó como resultado "Apto" sustentado en un examen físico normal; razón por la cual se procedió a informarle a la trabajadora evaluada que su estado de salud no indicaba contraindicaciones que le impidieran reanudar sus labores como obrero a partir del 11 de diciembre siguiente.

Lo anterior concuerda con lo esbozado en la declaración de la Dra. CECILIA PINEDA, encargada de realizar los exámenes ocupacionales del consorcio, quien al ser cuestionada acerca de los hallazgos efectuados en el examen post incapacidad realizado a la accionante, indicó que la paciente no manifestó ningún síntoma y el examen físico y psicológico tampoco evidenció alguna irregularidad en su salud, por lo que al encontrarla sana viabilizó la reanudación de las labores contratadas. En ese mismo sentido cuando es cuestionada acerca del resultado del examen post incapacidad, advierte sin vacilación que la trabajadora demandante fue calificada como apta.

Por su parte, al absolver el interrogatorio de parte formulado por el apoderado de las demandadas, la actora admite haber acudido el 10 de diciembre de 2018 a Cúcuta y haberse sometido a examen post incapacidad practicado por el área de seguridad laboral del consorcio, esclareciendo además que al día siguiente se presentó a trabajar en horas de la mañana; lo que indica a esta Corporación, que la última incapacidad reportada por la trabajadora a su empleador alcanzó su finalización el día 09 o 10 de diciembre siguiente y que para esa misma data se generó un criterio médico laboral post incapacidad, con sustento en el cual el empleador solicitó a la trabajadora la reanudación de sus labores por cuanto su estado de salud no registraba quebrantos que lo impidieran.

Resalta la demandante que si bien ese día 11 de diciembre acudió a reanudar sus labores, primero se presentó en las oficinas de Toledo donde manifestó que se sentía mal, ante lo cual sus empleadores haciendo caso omiso de su declaraciones la envían a campo y al arribar allí, le reiteró a sus jefes inmediatos sentir mareos y registrar la tensión baja; sin embargo le fue comunicada su desvinculación; posteriormente a final del día acude al hospital de Toledo alegando como motivo de consulta cefalea y dolor abdominal, resultando en una incapacidad de 7 días.

Al respecto se destaca que la prueba testimonial no aporta declaraciones concluyentes que indiquen con certeza que tal como lo afirma la actora, el día de la terminación de su contrato hubiese comunicado a sus empleadores de la concurrencia de síntomas irregulares en su estado de salud que le impidieran reiniciar sus labores ese día.

Es así como la testigo AMANDA LEONOR JAIMES manifiesta que el 11 de diciembre vio a la señora LILIANA en horas de la mañana cuando se reúnen los trabajadores para iniciar sus labores, supuesto que contradice el dicho de la misma actora quien aduce haber acudido a las oficinas de Toledo en la mañana, sumando que en todo caso la declaración de la deponente nada advierte de cara a confirmar las presuntas dolencias de salud que la actora alude haber informado a sus empleadores.

El señor WILLIAM PAREDES cuando es cuestionado sobre si la demandante para ese día se encontraba incapacitada, señaló que *"al sitio de trabajo llegó nuevamente y se reubicó porque ya la empresa o la ARL o la EPS ya había concluido su proceso no de rehabilitación sino de licencia o de incapacidad como tal"*, evidenciándose que ese día la trabajadora sí acudió a campo reanudar sus labores por haber culminado su incapacidad, sin que de esa declaración se pueda inferir en que momento del día la trabajadora se presentó en la zona de descontaminación y si verdaderamente manifestó alguna dolencia antes de su desvinculación.

Los demás testigos nada aportan que permita esclarecer la incertidumbre que rodea el presente aparte; en ese mismo orden, del relato efectuado por la demandante en el interrogatorio de parte, resalta para esta Sala que los síntomas que sostuvo haber manifestado a sus empleadores el 11 de diciembre de 2018, no coincidan con los que motivaron la consulta en urgencias ese misma día en horas posteriores, ni tampoco concuerden del todo con las historias clínicas previas a la fecha de la

terminación contractual, en tanto no se encuentran diagnósticos anteriores consistentes en mareos, cefalea o dolor pélvico o perineal que pudieran indicar la continuación o permanencia de alguna dolencia en la salud de la trabajadora; de hecho, el diagnóstico que consta en la historia clínica de dicho día no confirma que en efecto los síntomas que rodearon la consulta se hubiesen manifestado desde horas tempranas del día.

Es de importancia palmaria precisar que la incapacidad del pluricitado día, por sí misma no tiene la fuerza suficiente para sustentar que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada, pues fue emitida después a la terminación de la relación laboral y sin que se encuentre acreditado como lo pretende la demandante que ese mismo día puso en conocimiento de sus empleadores síntomas de malestar en su estado de salud.

Aunque el recurrente adviera que la ubicación de la zona y el horario laboral impidieron a su asistida acudir al médico antes de la terminación del contrato, surge para esta Sala duda respecto de las razones por las cuales la demandante pese a sentirse ostensiblemente mal e impedida para realizar sus labores (según ella misma lo relata al absolver interrogatorio de parte) opta por acudir primeramente a las oficinas del empleador y no directamente al hospital; destaca la Sala que de acuerdo a su relato, su estado de salud le permitió reportar presencia en las oficinas de Toledo, después trasladarse a la zona de descontaminación en la vereda el Naranjo, completar su jornada laboral y a finales del día acudir a consulta médica; circunstancias sucesivas que para esta Corporación no respaldan el supuesto fundado en que la trabajadora para ese momento encontrara afectado sustancialmente su estado de salud de manera que la imposibilitara laboralmente.

Si bien es cierto el empleador conoció la ocurrencia del aborto, también lo es que antes de la reanudación de las actividades el 11 de diciembre de 2018 se le practicó un examen post incapacidad a la actora, en el cual no se evidenciaron situaciones de salud deficientes relacionados con ese suceso, siendo esa la oportunidad en que la misma trabajadora pudo haber exteriorizado que realmente su estado de salud no se encontraba en ese momento restablecido y por tanto no se encontraba apta para retomar sus labores; aunado a ello no se encontraba incapacitada al momento de la terminación del contrato y la conducta médica adoptada hasta ese instante

(que reposan en las historias clínicas) fue de carácter ambulatorio y no invasivo⁴⁰, eventos que en suma indican que el empleador al momento de la desvinculación no contaba con presupuestos que le permitieran inferir que el estado de salud de aquella se encontraba sustancialmente afectado con ocasión del aborto.

En consecuencia, de los medios de prueba acopiados no se deriva con total contundencia que la salud de la trabajadora al culminar el contrato de trabajo, se encontrara afectada de manera tal que se viera impedida para desarrollar las labores contratadas, ni tampoco se logró acreditar que para ese momento las compañías demandadas tuvieran conocimiento de la permanencia de afectaciones sustanciales en su salud más allá de la terminación de la última incapacidad autorizada, siendo el conocimiento del empleador de la especial situación de salud de la trabajadora uno de los elementos esenciales para que opere la estabilidad laboral reforzada.

Por lo anterior, esta Sala no cuenta con elementos de juicio suficientes que permitan predicar que en el caso de la señora LILIANA SIERRA se configuraron los elementos necesarios para el reconocimiento de la protección especial reforzada a favor de la personas en situación de discapacidad, tornando improcedente ordenar la ineficacia del despido y las consecuencias que de ello se desprenden.

5.3.1 De la justa causa del despido

Aun con lo anterior y con el objetivo de dar mayor alcance a la presente decisión, esta Corporación aprecia relevante considerar que la declaratoria que hiciera la *a quo* fundada en que la terminación del contrato por obra o labor contratada suscrito entre las partes enfrentadas obedeció a una justa causa como lo es la terminación de la obra o labor, no suscitó en el recurrente reproche alguno, razón por la cual de acuerdo a las reglas procesales que gobiernan el recurso de alzada⁴¹, debe entenderse como un supuesto resuelto y aceptado por la parte interesada.

⁴⁰ Las historias clínicas adjuntas al presente proceso no evidencian que a la actora se le haya practicado legrado para tratar el aborto

⁴¹ "En primer lugar, en lo que atañe al principio de consonancia, antes de incursionar en el análisis fáctico, la Sala memora que el artículo 66A del CPTSS, prevé que «la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación». Dicha disposición fue declarada exequible condicionalmente, mediante sentencia CC C-968-2003, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. De modo tal que, el principio de consonancia consiste en que entre la sentencia de segunda instancia y el objeto del recurso de alzada debe existir plena correspondencia, lo que significa que, por regla general, al juzgador le está vedado apartarse de las materias que le propone el recurrente.

Así las cosas, ante la concurrencia de una justa causa como motivo de la finalización del contrato de trabajo de la actora, no sobra establecer las implicaciones que ello acarrea de cara a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad.

Para los efectos téngase en cuenta que frente a la eficacia del despido de una persona en situación de discapacidad, el Alto Tribunal⁴² ha indicado que la norma no proscribe la terminación del contrato en dichos casos, sino que lo que se condena normativamente es que el motivo o fundamento del mismo sean precisamente las alteraciones físicas, sensoriales o psíquicas del trabajador, por implicar un criterio discriminatorio; así, en contraposición, la concurrencia y acreditación de una justa causa de despido por parte del empleador permite imprimir legitimidad a la desvinculación.

En consecuencia, la configuración de una causa objetiva de terminación del contrato como lo es la finalización de la obra o labor contratada, permite descartar criterios discriminatorios como fundamento de la desvinculación de la accionante, invistiendo de eficacia la terminación de la relación laboral con la demandante aun si en gracia de discusión se encontrara acreditado que ésta ostentó la calidad de trabajadora en situación de discapacidad.

5.4 De los alcances de la culpa patronal en casos de aborto.

Teniendo en cuenta que el recurrente pretende se conceda la indemnización plena de perjuicios con ocasión de la culpa del empleador en la ocurrencia del aborto de la demandante, deviene necesario aclarar si en efecto el caso concreto puede ser analizado en el marco de la culpa patronal a la que hace referencia el artículo 216 del C.ST.

Por ello, el impugnante está obligado a indicar de manera clara y precisa los puntos o aspectos respecto de los cuales espera sean modificados, adicionados o revocados por el juez de segunda instancia, porque de no ser así, se asume que está de acuerdo con lo que se deja libre de ataque; manifestando además cuáles son los fundamentos del disenso respecto de esos precisos temas en discordia, *«sin que ello implique la exigencia de fórmulas o solemnidades sacramentales en la sustentación», de modo tal que una vez cumplidos dichos requisitos, el juez de segundo grado no puede abstenerse de estudiar los temas planteados en la impugnación, so pretexto de falta de fundamentación. (CSJ SL14059-2016).»* Extractado de Corte Suprema de Justicia. Sala Labora. Radicado 64453 (SL4450-2020), noviembre 10/2020. M.P. OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN.

⁴² Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala Laboral, radicado 82341 (SL4031- 2020), octubre 20/2020. M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Para esos fines, deberán considerarse los siguientes criterios orientadores que la Corte Suprema de Justicia ha establecido en torno a la responsabilidad que le asiste al empleador, de cara a los daños que afecten a los trabajadores:

"A su turno, el riesgo que nace en desarrollo del trabajo pero no necesariamente con ocasión del mismo, y que tiene la condición de no ser congénito o innato a la actividad dependiente desarrollada, es lo que trasciende el cobijo ordinario del Sistema y dada su calidad de excepcional, debe ser asumido por quien dio lugar a su creación, por acción u omisión. En líneas generales, a ello se reduce la distinción básica entre el riesgo objetivo y el riesgo subjetivo en materia de riesgos laborales, que tiene relevancia de cara a establecer quién asume la responsabilidad de mitigar el riesgo o soportar las consecuencias de la configuración de un siniestro.

*En efecto, nada obsta para que el riesgo objetivo y propio del trabajo sea cubierto por un sistema legal que tiene por fin mitigar los peligros asociados a la actividad humana subordinada, y, de forma concurrente, **pueda ser obligado un empleador que permitió, produjo –o en todo caso, no evitó–, un daño extraordinario que el trabajador no tenía la carga de soportar y que el sistema legal no está en capacidad de asumir de forma ordinaria, precisamente, por su naturaleza ajena a la habitualidad del servicio y sus contingencias.*** (...).

*Sin embargo, lo que resulta trascendente para establecer la asignación de responsabilidad al empleador por eventos ocurridos en el marco de un contrato de trabajo, en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, supone la comprobación más allá de cualquier duda razonable, **de la culpa que tuviere el empleador mismo en el resultado que debió evitarse, ya fuere por acción u omisión.**"⁴³ (Resaltos ajenos al texto original).*

Resulta pues patente el amplio alcance que la jurisprudencia ha atribuido a la indemnización de perjuicios derivada de la culpa del empleador, incluyendo dentro de su campo de acción aquellos daños que en un escenario laboral tengan su causa directa en la acción u omisión del empleador, dentro del preciso contexto que la ley y la jurisprudencia tienen decantado en esa dirección.

Es claro entonces, que el presente trámite gira en torno de la asignación de culpa a los accionados por el aborto de la demandante, proponiéndose por ésta la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión de aquéllos y el daño que se alega causado a ésta en el contexto de la relación laboral existente entre ellos, permitiendo asumir el análisis de caso bajo la lupa de la culpa patronal del artículo 216 del C.ST.

5.4.1 Indemnización total y ordinaria de perjuicios C.S.T.

Al respecto indica la ley:

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Radicado 58098 (SL2102-2018), mayo 02/2018. M.P. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

*"Artículo 216 CST. Culpa del empleador. **Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador** en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo". (Negritas ajenas al texto original).*

Sobre el alcance que ha dado la jurisprudencia laboral a la carga de la prueba cuando lo que se pretende es la indemnización total y ordinaria de perjuicios derivada de la culpa patronal así prevista, se extracta a espacio por referir en detalle a la figura de marras, el siguiente precedente:

"5. Ahora, y solo para efecto de responder el alegato jurídico, indebidamente dirigido en los cargos primero y tercero por la vía fáctica, referido a que el Tribunal hubiera invertido la carga de la prueba en materia de culpa del empleador, al considerar que era a éste y no al actor, a quien le correspondía demostrar que lo había dotado de todos los medios de protección y que fue debidamente capacitado a fin de prevenir cualquier tipo de riesgo laboral relacionado con las funciones que desempeñaba, la Sala debe puntualizar dos aspectos:

*El primero, recordar que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, **debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva.***

*Al respecto, **la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, además de que éste puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en la realización del trabajo [...]**» (decisión CSJ SL2799 -2014). Adicionalmente, «cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, **a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores**» (sentencia CSJ SL7181 -2015)).*

*Lo segundo, es que, **lo anterior no significa que al trabajador le baste con invocar el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección para desatenderse de cualquier tipo de carga probatoria, pues al tratarse de una responsabilidad de naturaleza subjetiva, es indispensable que estén acreditadas las circunstancias precisas en las que ocurrió el infortunio y que la causa eficiente haya sido la falta de previsión de la persona encargada de evitar la comisión del respectivo riesgo. En otras palabras, demostradas las causas o condiciones generadoras del riesgo, se puede realizar el juicio de atribución de responsabilidad al empleador, y exigirle la asunción de la carga probatoria que le corresponde. En caso contrario, de no conocerse la causa del suceso, mal podría afirmarse que operaba la inversión de la carga probatoria. (...).***

*En torno a lo anterior, en la sentencia CSJ SL17216-2014 la Corte insistió en que «[...] **corresponde a quien pretende el pago de la indemnización demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, que como se anotó también derivan del pacto contractual, y la plena incidencia que tuvo en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, en tanto corresponde atenderse la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó.**»⁴⁴ (Resaltos ajenos al texto original).*

En la misma línea conceptual antes referida, el Alto Tribunal en su jurisprudencia advierte que:

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado 66411 (SL4154-2020), octubre 27/2020. M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

*"Como se explicó, para que se origine la culpa exigida en el artículo 216 del CST, **corresponde al trabajador o sus causahabientes demostrar el incumplimiento de una de las obligaciones de protección y seguridad del empleador; no basta con la simple afirmación genérica de la falta vigilancia y control**, sino que es necesario delimitar en qué consistió tal incumplimiento frente a las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador, **el cual, a su vez, ha de tener nexos de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente.***

Al respecto, la Sala en sentencia CSJ SL633 de 2020, señaló:

*Así mismo, según las reglas de la carga de la prueba, la comprobación suficiente de la culpa patronal, le corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, es decir, **son aquellos, quienes además de demostrar el daño o lesión en la salud, deben comprobar la negligencia y descuido del empleador y su nexo causal**. En esa misma línea, ha adocinado la Corte que, una vez comprobada la negligencia u omisión en las obligaciones patronales, y teniendo en cuenta lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil, si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad, debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 ibídem (ver sentencias CSJ, SL12707-2017 y SL 17058-2017). (Subraya de la Sala).*

En ese orden, en relación con la responsabilidad del empleador, se debe probar el enlace entre el hecho culposo y el daño que dicha conducta causó. De manera que, el nexo causal es indispensable ya que la conducta u omisión del demandado debe ser la causa directa, necesaria y determinante del daño.⁴⁵ (Se resalta por la Sala en negrillas y negrillas y subrayas. Solo subrayas propias del texto original).

Se extrae de la jurisprudencia en cita que la demostración de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios exige la prueba del **(i)** daño originado al trabajador; **(ii)** la culpa al menos leve del empleador en su ocurrencia (su acción u omisión y nexo de causalidad entre los anteriores), **(iii)** el valor de los perjuicios reclamados por los interesados.

En ese contexto como surge de la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba en dirección a lograr el reconocimiento de la indemnización plena de perjuicios se encuentra a cargo del demandante, correspondiéndole a este acreditar la ocurrencia del daño y que éste acaeció como efecto de la acción u omisión del empleador, obrando por ello con culpa en su proceder y violando el deber objetivo de cuidado al actuar negligentemente; para que con el propósito de derruir la responsabilidad asignada, el empleador proceda a acreditar que obró con la diligencia y cuidado necesarios para garantizar la seguridad y la integridad del trabajador, sin que ninguno de esos elementos sea susceptible de presumirse legalmente pues no existe una norma en el esquema de responsabilidad subjetiva de culpa probada que así lo indique.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado 70472 (SL4027-2020), octubre 14/2020.M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

En síntesis, a diferencia de lo planteado por el recurrente, la carga probatoria en esta materia, exige al trabajador la demostración del daño y la culpa al menos leve del empleador en la ocurrencia del mismo y el nexo de causalidad en los términos indicados.

I) Del daño.

Quedó acreditado a juicio del juzgado de primera instancia, sin repulsa de ninguna de las partes, que el aborto que sufrió la señora LILIANA PAOLA SIERRA aconteció el 16 de noviembre de 2018, razonamiento que por esas precisas circunstancias ostenta pleno alcance probatorio ante esta Corporación.

II) De la culpa del empleador.

Elemento inescindiblemente vinculado, en el presente evento, con el que en seguida se aborda, como es el del nexo causal entre el daño y la culpa del patrono, pues conforme a la prueba recogida y especialmente el dictamen pericial, el presupuesto en cita imperativamente debe auscultarse de cara al aborto que por infortunio presentó la demandante, sin que devengan admisibles juicios dirigidos a determinar ese aspecto frente a situaciones diversas que pudieran eventualmente comportar descuido en las accionadas en torno de las normas rectoras de la seguridad industrial.

En ese orden de ideas, tal cual se dejó ya indicado en acápites previos, esa pieza probatoria es diáfana en descartar como probables causas del evento desafortunado, las labores desarrolladas por la actora aún en las circunstancias descritas en la demanda y de alguna manera corroboradas por las pruebas testimoniales acopiadas; por tanto, que esta haya trabajado en las condiciones que describieron esos deponentes, ningún nexo causal ostenta con el aborto en tanto y cuanto fueron motivos de orden genético los que lo produjeron, razón por la cual no es viable atribuir a la negligencia, descuido o imprudencia de las demandadas esa consecuencia en la salud de la accionante.

iii) Nexo causal.

Elemento esencial de la culpa patronal como acaba de indicarse, por lo que se precisa dilucidar si los medios de prueba allegados al proceso lo acreditan,

descartándose como ya se precisó por la clara explicación que al respecto ya se expuso.

Agréguense, las historias clínicas anexas al proceso que connotan la ausencia de sintomatología, signos de alerta, exámenes o diagnósticos indicadores de afectaciones a la salud de la trabajadora en estado de embarazo con ocasión a la exposición de fuerzas o sustancias químicas propias de las actividades laborales; en las consultas previas a su desvinculación la paciente no reporta estar expuesta a riesgos propios del trabajo, ni síntomas como dolor de cabeza, mareos o vómitos asociados por los testigos a la exposición a riesgos derivados de las actividades de limpieza, desinfección y tratamiento del terreno.

Si bien en el examen ocupacional periódico del 16 de noviembre de 2018⁴⁶, la trabajadora manifestó sintomatología consistente en dolores de cabeza, mareos, ardor y enrojecimiento en los ojos, agrieras, tos con expectoración, adormecimiento de las manos, dolor de espalda y cintura y leucorreas; no es menos cierto que la documental por sí misma no permite establecer si dichas afecciones fueron parte de un episodio esporádico desencadenado directamente por su estado de gravidez o al contrario ostentaban alguna relación con la exposición a los riesgos del trabajo.

No existe material probatorio contundente encaminado a señalar de manera cierta que en efecto los componentes utilizados en las labores contratadas eran peligrosos o tóxicos para la salud humana y menos aún la incidencia que tendrían de cara al correcto desarrollo de una mujer en embarazo, en un escenario en el que no se encuentra probado que la exposición a dichos componentes fuere directa y que de serlo generaría esas consecuencias.

En suma, es palmario que la documental y las declaraciones de los testigos aportados por ambas partes, no abordan con el sustento esperado lo relacionado a las causas del aborto de la demandante y la relación de ese suceso dañoso con las labores de limpieza y bodegaje, eventos que impiden arribar a una conclusión que indique inequívocamente que la exposición a los riesgos derivados de las labores propias de la trabajadora fueron en efecto las causas que generaron un lamentable desenlace de su embarazo. En su lugar, es evidente la imprecisión, las conjeturas basadas en rumores entre los mismos trabajadores y en general la ausencia de

⁴⁶ Folios 243- 249 Cuaderno Principal- Tomo II

acopio probatorio que evidencie si quiera la concurrencia de alguna afectación en el estado de salud de la demandante atribuible a la actitud omisiva del empleador.

Ante ese panorama, el dictamen pericial decretado de oficio por la *a quo* desempeña una importancia ostensible, por cuanto aporta al análisis del caso concreto una posible causa del acontecimiento dañoso, sustentado en un criterio científico médico; de cara a la validez de la prueba pericial en cuestión, se remite la Sala a la postura indicada en el acápite 5.1 de la presente providencia donde se decantó que el dictamen pericial fue efectivamente sometido a contradicción a través de la convocatoria que se hiciera del perito a audiencia, diligencia en la cual el apoderado recurrente tuvo la oportunidad de solicitar su complementación, ampliación o aclaración como efectivamente lo hizo, siendo por ello improcedente la solicitud que en ese sentido eleva en segunda instancia dado que ha fenecido la oportunidad para hacerlo.

Definido como está que la prueba pericial practicada en primera instancia ostenta plena validez, deviene habilitada la posibilidad para esta Corporación de efectuar la valoración de la misma con sustento en los criterios dispuestos en el artículo 232 del C.G.P. Respecto a la idoneidad del perito, los soportes documentales adjuntos al proceso muestran que se trata de un profesional en medicina, especialista en ginecología y obstetricia con más de 10 años de experiencia profesional en el área de conocimiento en la que se especializa⁴⁷, sin que en ese respecto se hubiesen planteado argumentos dirigidos a desacreditarlo.

Ahora, al descender el estudio sobre las afirmaciones y conclusiones expuestas por el experto en su dictamen se aprecian congruentes, fluidas, claras y suficientemente motivadas pues toman como fundamento la literatura médica vigente y las historias clínicas de la actora, amén que en la contradicción efectuada en audiencia el criterio establecido por el experto fue abordado bajo la lupa de las funciones específicas de obrero A1 contempladas en el manual de funciones, además de enfrentar la experticia a un escenario en el cual la actora hubiere estado sometida a la exposición de sustancias no especificadas utilizadas para descomponer el petróleo (no puede perderse de vista que no obra prueba en el proceso que detalle qué tipo de sustancias o bacterias se utilizaban para descomponer el petróleo); actuaciones que desembocaron en

⁴⁷ Folios 420 a 475, cuaderno principal tomo III

que el perito aclarara de manera general la incidencia que dichas condiciones de cara al embarazo de la actora, confirmando en todo caso su criterio inicial.

Así las cosas, es contundente la prueba pericial al señalar que la exposición de la madre gestante a esfuerzos físicos, por la etapa temprana en la que se encontraba el embarazo no configuran verdaderos riesgos desencadenantes de un desenlace fatal; si bien se habla de la presencia de un hematoma subcorial evidenciado por el médico especialista a través de la ecografía realizada el 17 de noviembre de 2018⁴⁸, se destaca que como bien lo afirma el perito no existe prueba que confirme contundentemente su existencia ni que la causa del mismo fue en efecto la realización de esfuerzos físicos de la madre, en tanto la sintomatología de las historias clínicas no respaldan de manera certera dichas posibilidades y al contrario generan duda en esta Corporación que el diagnóstico consistente en hematoma subcorial no se haya manifestado posteriormente en la ecografía del 30 de noviembre de 2018⁴⁹ o en los diagnósticos siguientes al 17 de noviembre de 2018.

A diferencia de las inferencias aducidas por el recurrente, el hecho de que previamente la actora hubiese sufrido un aborto y actualmente (para el momento de los sucesos precisados en este fallo) se encuentre cursando un embarazo con total armonía, sin mayores complicaciones, nada aporta a la tarea de definir las causas del aborto que se reprocha al empleador por cuanto como lo anota el perito todos los embarazos son distintos y si no existe una patología de base muy difícilmente podrán asimilarse y predecirse los resultados de cada uno de los procesos de gestación y desarrollo del embarazo de una mujer, los cuales de una manera u otra también se encuentran sometidos a alteraciones genéticas propias del azar.

En contraposición a todo lo indicado previamente, la conclusión del perito según la cual los motivos del aborto de la actora fueron de carácter genético, deviene fuertemente respaldada no solo en la idoneidad del galeno sino por la etapa en que se encontraba el embarazo y la ausencia de sintomatología, exámenes o diagnósticos médicos que indiquen afectaciones en la salud de la actora propias de la exposición al riesgo derivado de sus labores y de las cuales se pudiera inferir la incidencia negativa de estas en su proceso de embarazo.

⁴⁸ Folio 53 cuaderno principal 1

⁴⁹ Folio 61 ibídem

En ultimas, es claro que no se logró acreditar por la parte demandante la configuración de un nexo causal entre la exposición a los riesgos propios de las actividades contratadas y la ocurrencia del aborto de la actora; téngase en cuenta que tal como lo aduce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe encontrarse suficientemente acreditado que la omisión del demandado se constituye como causa directa, necesaria y determinante del daño sufrido por el trabajador, circunstancia que en el caso concreto no se materializa dada la contundencia de la prueba pericial, que descarta la actividad laboral y los riesgos derivados de la misma como móviles del aborto y la ausencia de pruebas que indiquen lo contrario.

En definitiva a pesar de estar acreditada la exposición de la actora a los riesgos inherentes a las labores contratadas, lo cierto es que la procedencia de la culpa patronal de que trata el artículo 216 del C.S.T., se sustenta no solo en la acreditación de una actitud imprudente o negligente por parte del empleador frente a dichos riesgos, sino además en la necesaria relación o incidencia directa de aquellos con la ocurrencia del daño, supuestos que en el caso concreto son los que resaltan por su ausencia y por tanto obstaculizan el reconocimiento de la indemnización de perjuicios solicitada.

En ese orden de ideas, no aprecia la Corporación necesario ahondar en torno de si el aborto podía o no, dentro de los precisos confines del presente evento, ser catalogado como accidente de trabajo o enfermedad profesional (en dirección a los alcances del artículo 216 C.S.T.), pues habiéndose precisado a espacio suficiente y a satisfacción del alegato de las partes, que ningún vínculo causal comportó el desafortunado aborto de la señora LILIANA SIERRA con las labores que desarrolló al servicio del consorcio accionado (conformado por las dos empresas demandadas), aún de, en gracia de discusión, enmarcarlo en alguno de esos dos eventos, esa circunstancia conduciría a idéntica conclusión de ausencia de nexo de causalidad entre uno y otro elemento de la culpa patronal.

Definida la falta de prueba respecto de la culpa del empleador, quedan exentas de responsabilidad las empresas demandadas por lo que se abstiene esta Colegiatura de estudiar los problemas jurídicos derivados de aquel y procederá a confirmar la sentencia censurada con sustento en los soportes argumentativos que se dejan expuestos.

Por lo anteriormente expuesto, se desestiman los planteamientos del apelante y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Se condenará en costas a la parte actora, por haberse causado durante el trámite de esta instancia⁵⁰, a título de agencias en derecho, en valor de un 1 smlmv para cada una de las accionadas, conforme al artículo 5, numeral 1, segunda instancia, Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, en lo que fue materia de alzada, la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte actora, incluyéndose dentro de las mismas a título de agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, en favor de cada una de las accionadas.

Esta decisión fue proyectada, discutida y aprobada por medios virtuales.

NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

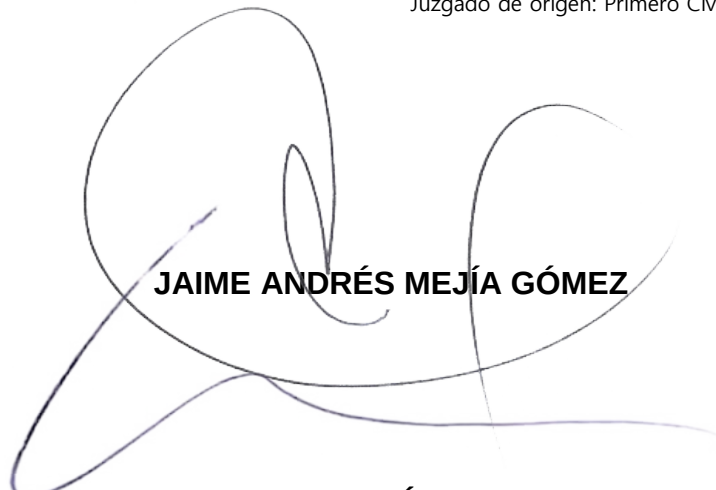
JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



⁵⁰ Conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPT.

Demandantes: LILIANA PAOLA SIERRA BOHORQUEZ y JAIRO ALONSO MENESES MENDOZA
Demandados: MECANICOS ASOCIADOS S.A.S. "MASA", e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. "ICA DE MEXICO S.A.S."

Juzgado de origen: Primero Civil del Circuito de Pamplona



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

JAIME RAUL ALVARADO PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 3 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA

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:
5fa17d77fabd17951321719752af3c647cd79d291df11970aa8e9d204e8c9f87

Documento generado en 23/02/2021 12:26:06 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>