



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

**Magistrado ponente**

**AL2668-2023**

**Radicación n.º 95735**

**Acta 35**

Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Procede la Corte a pronunciarse sobre la demanda contentiva del recurso extraordinario de casación interpuesto por **GASPAR ORTEGA FLÓREZ**, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso ordinario promovido por el recurrente contra **C.B.I. COLOMBIANA S.A. y REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.**

## **I. ANTECEDENTES**

La parte recurrente en casación persiguió mediante demanda laboral ordinaria que se declare que la ineficacia del despido y la incidencia salarial de la bonificación de asistencia y otros beneficios convencionales y, en consecuencia, se ordene a C.B.I. Colombiana S.A. el reintegro

y el pago de los salarios y prestaciones desde la fecha del despido y hasta su reintegro efectivo, la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, las diferencias por trabajo suplementario, prestaciones sociales, vacaciones disfrutadas en tiempo, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y las costas del proceso; en subsidio, se condene al pago de la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, condenas que sean extendidas solidariamente a la Refinería de Cartagena S.A.

La primera instancia terminó con sentencia de 17 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por CBICOLMBIANA S.A., en lo que corresponde a la condena por despido injusto a favor del señor GASPAS ORTEGA FLOREZ. Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo entre el señor GASPAS ORTEGA FLOREZ Y OBI COLOMBIANA S.A., cuyos extremos laborales fueron del 12 de octubre de 2013 al 27 de julio de 2015. Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia

TERCERO: DECLARAR que sí existió despido del señor GASPAS ORTEGA FLOREZ, fue de forma unilateral sin justa causa por parte del empleador CBI COLOMBIANA S.A.

[...]

SEXTO: Condenar a CBI COLOMBIANA S.A., a pagar al demandante GASPAS ORTEGA [FLÓREZ], empleado, la suma de \$1.466.843, por concepto de indemnización por despido injusto, la cual se deberá indexar desde que la obligación se hizo exigible hasta cuando se pague a CBI COLOMBIANA S.A. Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

SEPTIMO: CONDENAR a la REFINERIA DE CARTAGENA S.A. a responder solidariamente por la condena que se está imponiendo en esta oportunidad a favor del señor GASPAR ORTEGA [FLÓREZ] por el pago de indemnización por despido injusto. Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

OCTAVO: CONDENAR a las llamadas en garantía a garantizar la obligación de pago de indemnización por despido injusto, en razón a la condena que se hizo de manera solidaria a REFICAR a favor de GASPAR ORTEGA [FLÓREZ] en los siguientes porcentajes:

- CONFIANZA S.A. asciende a un 80.70%
- LIBERTY SEGUROS S.A EN UN 19.30%.

Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

NOVENO: ABSOLVER CBI COLOMBIANA S.A., del resto de las pretensiones y declaraciones formuladas por el demandante GASPAR ORTEGA FLOREZ. Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

[...]

DECIMO PRIMERO: Condenar en costas a la demandada CBI COLOMBIANA S.A y REFINERIA CARTAGENA - REPICAR, y a favor de GASPAR ORTEGA FLOREZ para lo cual se señala como agencias en derecho \$400.00, que será pagado por parte iguales por partede las entidades demandadas a favor GASPAR ORTEGA FLOREZ. [...] Conforme a lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 y Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 agosto de 2016. Bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

El Tribunal Superior de Cartagena conoció del asunto por apelación de las partes y, mediante sentencia adiada 17 de febrero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: REVOCAR los numerales TERCERO, SEXTO, SÉPTIMO y OCTAVO de la sentencia apelada de fecha 17 de julio de 2019 para en su lugar DECLARAR que la terminación del contrato de trabajo del señor GASPAR ORTEGA FLOREZ fue por causa legal, en consecuencia, ABSOLVER a CBI COLOMBIANA S.A., solidariamente a REFICAR S.A. y a las llamadas en garantía

LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR los restantes numerales de la sentencia apelada de fecha 17 de julio de 2019, en lo que respecta al señor GASPAR ORTEGA FLOREZ, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, de conformidad con las anotaciones dadas.

TERCERO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV, en favor de la demandada, de conformidad con las anotaciones dadas en precedencia.

[...]

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso extraordinario de casación, el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, fue sustentado el 1.º de diciembre de 2022, según reza en el informe secretarial del 16 del mismo mes y año.

## II. EL RECURSO DE CASACIÓN

En el escrito contentivo de la demanda de casación, la parte recurrente señala textualmente lo siguiente:

[...] (Se transcribe el texto del acápite de pretensiones de la demanda inicial)

CARGOS:

CARGO 1: VIA DIRECTA - 2. INFRACCIÓN DIRECTA. - JURÍDICO:

Al no aplicar lo establecido en las siguientes normas:

- Art. 26 de la ley 361 de 1997.
- El Artículo 2º de la Ley 776 de 2002 – Incapacidad laboral.
- El Artículo 2º de la Ley 776 de 2002 – incapacidad laboral de origen común – responsable del pago.

- El Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo – pago de incapacidad.

Tema: TERMINACIÓN DEL CONTRATO – INEFICACIA DEL DESPIDO DE TRABAJADOR INCAPACITADO AL MOMENTO DE LA TERMINACIÓN – APLICACIÓN DE LA LEY 361 DE 1997, ART. 26.

Infracción directa al artículo 26 de la ley 361 de 1997:

[...] (Se transcribe el artículo 26 de la ley 361 de 1997)

- El legislador no determina que la preexistencia de la condición de salud del trabajador de lugar a excepción o argumento válido para que el empleador de exima del cumplimiento de la obligación, para causales objetivas de despido de una persona incapacitada al momento de la terminación, el empleador estará obligado a la solicitud de autorización de la oficina del trabajo. Lo que en el presente proceso no ocurrió y el tribunal excusa al empleador en la preexistencia de la condición, omitiendo la misma se agravo al punto de requerir la operación quirúrgica en el ojo del trabajador, lo que motivo a que los médicos del caso otorgaran una incapacidad laboral de 15 días.

- Omite que el trabajador estaba incapacitado al momento del despido con 15 días de incapacidad, no podía prestar sus servicios personales al empleador, por cuanto no podía ver, la intervención fue en uno de sus ojos.

El tribunal omite lo definido y establecido El Artículo 2º de la Ley 776 de 2002 – Incapacidad laboral, El Artículo 2º de la Ley 776 de 2002 – incapacidad laboral de origen común – responsable del pago y El Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo – pago de incapacidad.

- Si bien, el trabajador no tiene una pérdida de la capacidad laboral cuantificable en porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, dictaminada por Junta Regional de Calificación, el hecho de encontrarse incapacitado por la eps, al momento del despido, demuestra que el trabajador no se encontraba en las condiciones de prestar sus servicios laborales.

Argumentos jurídicos del Tribunal para inaplicar el artículo 26 de ley 361 de 1997:

- [S]e debe acreditar i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo, tal como se dijo, entre

otras, en la sentencia CSJ SL3772-2018.

- [P]ara probar la condición de discapacidad no se requiere prueba solemne y ciertamente resulta eximia la calificación técnica efectuada por la autoridad competente, sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, la condición de discapacidad que afecta a un trabajador en el ejercicio de sus labores se puede inferir de su estado de salud, siempre y cuando sea notorio, evidente y perceptible, antepuesto a restricciones médicas, incapacidades, concepto de no rehabilitación, historia ocupacional, entre otros. (SL 572 de 2021).

Listado de pruebas a tener en cuenta:

- Historias clínicas aportadas con la demanda inicial visibles a folios 29 y ssg.
- Reporte de Salud Ocupacional de CBI COLOMBIANA S.A.
- Incapacidad Medica otorgada por 15 días contados desde el 27 de julio de 2015, fecha en la que dio el despido y notifico la terminación del contrato al trabajador - historia clínica adjunta.
- Carta de notificación de la terminación del contrato de trabajo de fecha 27 de julio de 2015.

Todos y cada uno de los argumentos esbozados por el Honorable Tribunal Superior del Distrito de Cartagena. Resulta evidentemente, en una VIA INDIRECTA - 2. ERROR DE DERECHO – JURÍDICO, de la indebida valoración de las pruebas citas, en consecuencia, solicito se case la sentencia de segunda instancia, y en sede de instancia se pronuncie sobre las solicitudes establecidas en el punto 1., 1.1., 1.1.1, 1.1.2. En lo particular en sede de instancia se sirva ordenar al Honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena, al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, declarar la ineficacia del despido, junto con sus consecuencias solicitadas en la demanda inicia, y condenar a todas las demandadas a favor del demandante a pagar la sanción establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, 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.

CARGO 2: VIA INDIRECTA - 2. ERROR DE DERECHO – JURÍDICO:

Al no aplicar lo establecido en las siguientes normas:

- Art. 26 de la ley 361 de 1997.

Pruebas no valoradas, error de derecho:

[...] (Transcribe la misma relación de pruebas del cargo anterior y transcribe los argumentos del Tribunal).

Afirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en su argumentación fáctica en desestimar las pruebas presentadas por la parte demandante, en su lugar indicar: “Que en vista que no está demostrada una condición de discapacidad del actor, por tal razón no se activa la presunción de despido discriminatorio” incurre en un ERROR DE DERECHO por las siguientes razones que enumero:

1. El tribunal superior del Distrito judicial de Cartagena impone carga tarifaria de la prueba, adicional a la que realmente establece la ley 361 de 1997, y su interpretación para la aplicación de la sanción establecida en el artículo 26 de la mencionada norma.

2. El tribunal superior del Distrito judicial de Cartagena, cita en su texto las siguientes sentencias como argumento jurídico de soporte para la interpretación de la norma, hace todo lo contrario a lo citado en las sentencias referenciadas, como se puede observar del análisis establecido por el mismo tribunal: cuyas citas transcribo:

[...] (Transcribe los argumentos expuestos por el Tribunal en la sentencia impugnada).

Si no existe tarifa legal, no se requiere de solemnidad alguna, y está probada dentro del presente proceso la condición de discapacidad, estando incapacitado al momento del despido, no puede ser relevante los argumentos establecidos por el Honorable Tribunal Superior del Circuito de Cartagena, por cuanto no hay lugar a entender que el hecho que exista preexistencia, inmediatamente genere la capacidad de prestar el servicio del demandante, cuando dicha condición al momento de iniciar la relación de trabajo no estaba agravada, por lo que no llevo consigo incapacidades continuas, por el contrario, cuando incapacitan al trabajador por tener disminuida su capacidad para prestar el servicio, el tribunal superior del distrito de Cartagena, el juez tercero laboral del circuito, extralimitan lo establecido en la norma citada, artículo 26 de la ley 361 de 1997, y adicionan al parecer lo establecido en la misma, al argumentar que solo por el hecho de ser preexistente la condición pierde el derecho a la protección y garantía extendida el trabajador en incapacitado y por ende en condición disminuida, de la indemnización, y se encuentra inmerso en una causal de exclusión de la responsabilidad que tiene el empleador de salvaguardar la salud de sus trabajadores, y la obligación incluso del pago de la incapacidad emitida al trabajador por cuanto la misma fuere entregada el mismo día del despido, existiendo así, una especie de causal de exclusión creada por el tribunal que no ha sido entendida de esa manera por ninguna de las Cortes.

Sometiendo al trabajador, no solamente a verse afectado por la situación que atenta contra su salud, sino también obligándolo a quedar desprotegido, y desprovisto de recursos que le permitan recuperar su salud.

La discusión no se centra en determinar si la disminución de la capacidad laboral del trabajador fuere disminuida solo en 15 días producto de la cirugía a la que fue sometido, ni si la pérdida de la capacidad laboral fuere permanente, es dejar desprovisto de salud, y excluir la responsabilidad legal que tiene en virtud de lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, de solicitar al ministerio de trabajo la autorización de despido del trabajador por causales objetivas, en donde es probable, por imperio de la ley, no es posible otorgarla durante el tiempo en que se encuentre vigente la incapacidad.

Todos y cada uno de los argumentos esbozados por el Honorable Tribunal Superior del Distrito de Cartagena. Resulta evidentemente, en una VIA INDIRECTA - 2. ERROR DE DERECHO – JURÍDICO, de la indebida valoración de las pruebas citas, en consecuencia, solicito se case la sentencia de segunda instancia, y en sede de instancia se pronuncie sobre las solicitudes establecidas en el punto 1., 1.1., 1.1.1, 1.1.2. En lo particular en sede de instancia se sirva ordenar al Honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena, al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, declarar la ineficacia del despido, junto con sus consecuencias solicitadas en la demanda inicia, y condenar a todas las demandadas a favor del demandante a pagar la sanción establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, 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.

**CARGO 3: VIA DIRECTA - 1. INFRACCIÓN DIRECTA –**

**Tema: BONIFICACIÓN DE ASISTENCIA ES DIFERENTE DE BONIFICACIÓN HSE Y CUMPLIMIENTO**

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, tuvo por probado sin estarlo, que la Bonificación de asistencia es igual a la Bonificación HSE CUMPLIMIENTO, establecida en la política Salarial de Reficar. Incluso declaró pagada la ultima la Bonificación de HSE CUMPLIMIENTO dentro del expediente, aun cuando en los volantes de pago, medio probatorio anexado por la parte demandante y demandada dicho concepto no fue cancelado, y la demandada no cumplió con la carga de la prueba de demostrar el pago de dicha prestación, igualmente omitió pronunciarse sobre este punto, siendo uno de los argumentos



principales presentados en la demanda principal, en la apelación de primera instancia y en los alegatos de segunda instancia, en esta casación y ha sido el objeto principal del litigio entre las partes.

Bonificación de asistencia es una pretensión, prestación económica distinta de la Bonificación Hse Cumplimiento.

La Bonificación de asistencia está establecida en el contrato de trabajo y fue pagada en los volantes de pago, en ninguno de los dos instrumentos se estableció pacto de exclusión salarial alguno.

La Bonificación Hse y cumplimiento por su parte es otra prestación de carácter convencional establecida en las políticas de la Refinería de Cartagena, acogidas por la demandada CBI COLOMBIANA S.A., en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre ambas, en la misma se estableció indebidamente que fuera factor de salario para unas cosas y excluyo como factor de salario para otras.

No tienen la misma fuente normativa en relación a su regulación, más allá de las afirmaciones carentes de prueba de la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A.

De la efectiva revisión de las fuentes normativas de ambas prestaciones se desprende que la bonificación de asistencia no tiene regulación en consecuencia se le debe aplicar lo establecido en el artículo 127 del código sustantivo del trabajo. No puede el juez por vía de interpretación darle una conotación [sic] distinta a la establecida en los volantes de pago, entender pagada una prestación [sic] distinta al trabajador y cargarla por mera liberalidad de

Ausencia de argumentación jurídica que sustente tal situación.

Solicito honorable Corte Suprema de justicia, casar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en sede de instancia se sirva:

Sírvase Honorable Corte Suprema de Justicia, casar la sentencia de segunda instancia y en sede de instancia sírvase ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, declarar que la Bonificación de asistencia, que le pagaba la sociedad CBI COLOMBIANA S.A. al demandante constituye factor salarial.

- Sírvase Honorable Corte Suprema de Justicia, casar la sentencia de segunda instancia y en sede de instancia sírvase ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena Declarar que la Bonificación de asistencia, Incentivo Hse, que le pagaba la

sociedad CBI COLOMBIANA S.A. al demandante más el auxilio de movilidad constituyen factor salarial.

- Sírvase Honorable Corte Suprema de Justicia, casar la sentencia de segunda instancia y en sede de instancia sírvase ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, condenar a la sociedad CBI COLOMBIANA S.A. al pago de las diferencias dejadas de pagar resultantes de la reliquidación de todos los conceptos como: cesantías, intereses de cesantías, primas, horas extras, recargos nocturnos, suplementarios, dominical, festivo y vacaciones disfrutadas en tiempo, al incluir la bonificación de asistencia y bonificaciones y auxilios extralegales pagados al demandante de forma habitual como factor salarial, con base en el salario realmente devengado por el demandante.

- Sírvase Honorable Corte Suprema de Justicia, casar la sentencia de segunda instancia y en sede de instancia sírvase ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, Condenar a la sociedad CBI COLOMBIANA S.A. a la reliquidación y pago de los aportes al sistema de seguridad social integral, teniendo en cuenta el salario real devengado.

- Sírvase Honorable Corte Suprema de Justicia, casar la sentencia de segunda instancia y en sede de instancia sírvase ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, condenar a la sociedad CBI COLOMBIANA S.A. al pago del incentivo de productividad y HSE, desde el inicio del contrato en todos los meses en los cuales no fueron pagados.

CARGO 4: ERROR DE HECHO. – JURÍDICO - PROBATORIO:

Tema: BONIFICACIÓN DE ASISTENCIA ES DIFERENTE DE BONIFICACIÓN HSE Y CUMPLIMIENTO

INDEBIDA VALORACIÓN DE LOS VOLANTES DE PAGO APORTADOS POR LAS PARTES:

- Volantes de pago durante todo el periodo laboral.

De la lectura de los volantes de pago se desprende que al demandante se le pago la bonificación de asistencia, más no el INCENTIVO HSE Y CUMPLIMIENTO,

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, tuvo por probado no estándolo el pago de BONIFICACIÓN HSE Y CUMPLIMIENTO, al igualarlo a la bonificación de asistencia sin ser la misma prestación económica.

La [sic] demandadas no cumplieron con su obligación de probar

el pago de bonificación hse y cumplimiento al demandante.

Esta probado con los volantes de pago, y con la confesión en sede judicial del representante legal de la demandada que el demandante cumplió a cabalidad con los requisitos para el pago de dicha bonificación al ellos, afirmar que la misma sin pruebas, correspondía a la bonificación de asistencia, y al evidenciarse en los volantes de pago, que nunca fue pagada, deviene en consecuencia, la obligación de condenar a la demandadas al pago de dicha prestación económica tal como fue pedida en la demanda inicial.

La carga de la prueba del pago de las prestaciones corresponde al empleador, pues es quien está más cerca de la prueba, y está en capacidad de demostrar que pagos realizo al trabajador, en este caso, carece de dicha prueba, más que por capricho y liberalidad se ha establecido en la jurisdicción ordinaria en el circuito de Cartagena, por conceptos propios de los jueces y magistrados, y tal como lo afirman el mismo Tribunal Superior del Distrito de Cartagena en la sentencia, fallar los procesos de CBI COLOMBIA S.A., de la misma manera incluso cuando las condiciones fácticas de cada proceso son distintas, y no se encuentra como en este proceso, ningún tipo de prueba que sustente fáctica, o jurídicamente que la bonificación de asistencia es igual al incentivo HSE CUMPLIMIENTO, menos que este último fuera pagado al demandante como lo declara el tribunal al absolver de esta pretensión en la sentencia de segunda instancia, dentro del presente proceso.

[...] (Transcribe la consideración del Tribunal).

La misma no implica necesariamente que no se evalúe la condición probatoria del proceso, contrario a lo que efectivamente ocurre en el presente caso, es que el Tribunal basando su argumentación en la interpretación existente en los pactos de exclusión salarial, no interpreta, sino que crea derecho y fuente normativa a una prestación económica que carece en todas las pruebas documentales aportadas al expediente de las connotaciones admitidas como probadas por liberalidad por el honorable tribunal Superior del Distrito de Cartagena.

Es probable, que la condición probatoria de aquel citado caso, en el estudio de la tutela, tuviera los elementos probatorios necesarios para tal declaración, pero recordemos que el conocimiento propio de jueces, magistrados sobre casos generales, no puede estar incluido dentro del escenario probatorio de un proceso en específico (sic), so pena de prevaricar, el juez colegiado o individual debe fallar con el material probatorio anexo al expediente que se encuentra estudiando.

En este proceso, no vemos por ninguna parte probada ni la

interpretación del Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, ni de la parte demandada, ninguna clase de material probatorio sobre el cual puede concluirse que se tratan de la misma prestación.

No es dable los argumentos:

1. se considera que se trató de un pago extralegal, recuérdese que el demandante a la finalización del contrato de trabajo percibía un salario básico una suma de \$2.023.232 y por bonificación de asistencia una suma adicional de \$910.454 (fol. 64). Pago que no deja en evidencia el desconocimiento de los derechos laborales del actor. Nótese, además, que la exclusión se hizo frente a los conceptos de menor incidencia, por el contrario, la bonificación si era tenida en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales (cesantías, intereses y primas de servicio), aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero, conceptos a todas luces de mayor notabilidad.

2. al estar demostrado que el pago por bonificación por asistencia era retributivo del servicio, se daba de manera habitual, pero a pesar de ser retributivo del servicio, el instrumento que lo consagró no desconoció el carácter salarial del pago, sino que lo excluyó de la base de liquidación de trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual es permisible a la luz de la interpretación enseñada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al alcance de la parte final del artículo 128 del CST, esta Sala concluye que dicha exclusión resulta válida y vinculante para ambas partes, imponiéndose confirmar la decisión absolutoria.

3. deviene vano el estudio de los reparos formulados por la apoderada judicial de la parte actora, relativos a la sanción moratoria del artículo 65 del CST y de la ley 50 de 1990.

Cuando carecen de pruebas dentro del expediente radicado RADICACION: 13001310500320160044701.

[...] (Transcribe nuevamente las solicitudes elevadas a la Corte).

Tema: Incidencia Salarial de la BONIFICACIÓN DE ASISTENCIA:

CARGO 5: VIA DIRECTA - 2. INTERPRETACIÓN ERRONEA. –

JURÍDICO: Al no aplicar lo establecido en las siguientes normas:

- El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.
- El artículo 159 del código sustantivo del trabajo
- Artículo 161 del código sustantivo del trabajo, modificado por la ley 2101 de 2021
- El artículo 134 del código sustantivo del trabajo [sic]

**CARGO 6: – VIOLACIÓN MEDIO - DERECHO PROCESAL SOBRE EL SUSTANCIAL DE LA CONDICIÓN DE INCAPACIDAD DEL TRABAJADOR AL MOMENTO DEL DESPIDO.**

Incurrió en este cargo el Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena.

Pretender imponer una carga adicional de prueba a la parte demandante, probatoria más allá de la condición de incapacitado al momento del despido del trabajador. La preexistencia, al afirmar que para esta Sala no le asiste razón a la parte demandante en su recurso, en vista que no está demostrada una condición de discapacidad del actor, por tal razón no se activa la presunción de despido discriminatorio, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

El trabajador probó estar incapacitado al momento del despido, por una cirugía en el ojo, cuya pérdida de la visión es degenerativa, y cada día se encuentra peor, lo privó de contar con servicio de salud, y absolvió de cada una de las pretensiones a las demandadas.

[...] (Transcribe fundamentos legales y jurisprudenciales para sustentar la tesis del ad quem).

Están muy distantes, de la decisión que toma el Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena, en el presente asunto, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al expediente, imponiendo carga adicional procesal al derecho sustantivo del trabajador de que se le garantizará su derecho a la salud, y la estabilidad laboral reforzada hasta que se reestableciera su salud, de conformidad con la incapacidad que en su caso fue otorgado. No encontró al momento de presentarse la demanda la parte demandante, que otro tipo de medio probatorio debía recurrir el demandante para demostrarle a los jueces de instancias, y los honorables magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que no contaba con las condiciones para prestar sus servicios, ni en la empresa para la cual se encontraba contratado ni para cualquier otra, toda vez que se reducía su capacidad visual.

Si como lo argumento jurídicamente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la ley 1618 de 2013, define a las personas con discapacidad o en situación de discapacidad como aquellas “personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” y a partir de la adopción del modelo social de discapacidad, la Corte Constitucional en la sentencia CC C-458-2015 desechó las expresiones peyorativas que ubiquen la discapacidad al interior

de la persona como es la expresión “limitación”, para ser reemplazadas por el concepto “persona en condición de discapacidad”.

No se entiende, como alguien que esta operado de los ojos, con una enfermedad degenerativa no se encuentra en condición de limitación, con una incapacidad de 15 día vigente al momento del despido para su recuperación, nos hace preguntarnos entonces cuando se entiende.

Sera entonces, que una persona en estas condiciones a juicio del tribunal está en el pleno uso de sus facultades mentales, sensoriales y físicas como para emprender la búsqueda de un nuevo empleo, preocuparse adicionalmente de darle sustento a su familia.

Decide el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, y el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, lanzar juicios de valor sobre las pruebas aportadas y las condiciones del trabajador, restar valor probatorio para su convencimiento, e ignorar abiertamente las historias clínicas y la incapacidad obrante dentro del expediente.

Bien, podría en aras de salvaguardar derechos fundamentales del trabajador hoy demandante, si llegaren a considerar insuficiente el material probatorio allegado hasta el momento de la presentación de la demanda, y habiéndose demorado tanto el trámite de este proceso ordinario, solicitar de oficio las pruebas que considerarán pertinentes para revisar el estado del demandante, hecho que hasta la fecha nunca fue ni siquiera considerado por la justicia colombiana, aun cuando se trata de los derechos fundamentales de una persona que clama justicia, el derecho a recuperar su salud, con una incapacidad vigente y donde la misma norma artículo 26 de la ley 361 de 1997, previo en estos casos a los empleadores la obligación de solicitar la autorización del Ministerio de Trabajo, hecho que tampoco ocurrió dentro del presente proceso, no fue aportado por ninguna de las partes, teniendo de carácter legal la obligación de hacerlo.

Todos y cada uno de los argumentos esbozados por el Honorable Tribunal Superior del Distrito de Cartagena. Resulta evidentemente, en una violación de medio, donde sobreponen un DERECHO PROCESAL SOBRE EL SUSTANCIAL DE LA CONDICIÓN DE INCAPACIDAD DEL TRABAJADOR AL MOMENTO DEL DESPIDO., de la indebida valoración de las pruebas citas, en consecuencia, solicito se case la sentencia de segunda instancia, y en sede de instancia se pronuncie sobre las solicitudes establecidas en el punto 1., 1.1., 1.1.1, 1.1.2. En lo particular en sede de instancia se sirva ordenar al Honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena, al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, declarar la ineficacia del despido, junto con sus consecuencias solicitadas en la

demanda inicia, y condenar a todas las demandadas a favor del demandante a pagar la sanción establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, 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.

### III. CONSIDERACIONES

El escrito con la que se pretende sustentar el recurso extraordinario de casación presenta graves defectos que contrarían de forma insuperable las reglas mínimas sobre los requisitos de orden formal y técnico que deben contener las demandas de casación conforme lo previsto en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con lo dispuesto en el 51 del Decreto 2651 de 1991 y el 23 de la Ley 16 de 1968.

Se afirma lo anterior porque: (i) en lo concerniente al alcance de la impugnación, el recurrente se extiende a lo largo del texto en rememorar las prestaciones principales y subsidiarios del litigio sin determinar con claridad el *petitum* mismo de la demanda de casación y no puntualiza la actuación que debe realizar la Corte como Tribunal de instancia; y aun cuando se pueda entender que el recurrente sugiere que se accedan a las súplicas de la demanda inicial, lo cierto es que, técnicamente lo hace como si esta Sala dictara órdenes a los jueces de instancia, y no – como en correcto proceder – que se indique lo que se debe hacer con el fallo proferido por el juzgador de primer grado, esto es, decir si se quiere que ser revoque o modifique, y definir la

forma en la que debe quedar la decisión de primera instancia, incluyendo lo relacionado con las costas procesales.

En lo relacionado con el primer cargo formulado, la censura establece de una forma escueta la fórmula «*CARGO 1: VÍA DIRECTA 2. INFRACCIÓN DIRECTA – JURÍDICO*», y plantea como normas violadas los artículos 26 de la Ley 361 de 1997, 2.º de la Ley 776 de 2002, y 227 del Código Sustantivo del Trabajo, pero, (ii) a renglón seguido, enlista las pruebas a tener en cuenta para atender el cargo formulado, situación que en el sentir de la Sala dirige el ataque por el sendero fáctico, en contraposición a su presentación inicial del cargo.

Ahora bien, si el recurso de casación se flexibiliza a su máxima expresión, lo cierto es que el recurrente (iii) no cumple con su carga de demostrar que el Tribunal apreció equivocadamente una prueba, o dejó de contemplar los elementos demostrativos que se quien enrostrar con la acusación, argumentación que deja de lado la trascendencia de los errores que es imperiosa para que la impugnación prospere por este cargo.

En lo que respecta a los cargos segundo y cuarto, y muy a pesar de que estos se inclinen por la fórmula de la «*VÍA INDIRECTA – 2. ERROR DE DERECHO - JURÍDICO*» y el recurrente enliste las pruebas donde a su criterio se evidencian los yerros del *ad quem*, la Sala observa que (iv) no se indica el sub motivo de su impugnación (aplicación indebida o infracción directa), además de que sus



argumentos se centran en la imposición de cargas probatorias al demandante y la atribución de una tarifa legal en la valoración de las pruebas, temas que tienen relación necesaria con la violación de normas procesales y que para su procedencia en la sede del recurso extraordinario de casación, deben formularse por la violación de medio, situación que brilla por su ausencia en la demanda que aquí se analiza.

Adicionalmente, en estos cargos el censor (v) no determina la forma en la que cada una de las pruebas enlistadas está incorrectamente valorada.

Al respecto, conviene recordar que la ley exige que el recurrente precise cuáles fueron los errores de hecho en que incurrió el juzgador en el fallo atacado y que, obviamente, indique su fuente y proceda a su demostración. Al incumplir cualquiera de los anteriores señalamientos, el cargo resulta inocuo, pues, si no se indican los primeros el ataque queda vacío de contenido; si no se indican los medios de prueba en que se originaron éstos el presunto error apenas tendrá la condición de una afirmación; y si no se demuestran los errores fácticos endilgados sobre el particular medio de prueba éste quedará en una mera alegación. En tal sentido, los cargos devienen frustráneos, dado que la Corte no puede construir oficiosamente el contenido del ataque.

En ese sentido, es imperativo enunciar los elementos de juicio que se consideran mal valorados o no apreciados, y exponer de manera clara qué es lo que ellos acreditan en

contra de lo inferido por el juez plural y cómo incidieron tales falencias en los yerros evidentes, como se señaló en la providencia CSJ AL969-2023, al memorar la sentencia CSJ SL038-2018, en la cual la Corte puntualizó:

En punto de debate, la Sala se pronunció en la sentencia CSJ SL544-2013, puntualizando:

Como es suficientemente sabido, cuando la violación de la ley sustancial se pretende derivar de la mala valoración de las pruebas, debe el impugnante, si quiere que su acusación quede debidamente fundada, exponer en forma clara lo que la prueba acredita y en qué consiste la errónea apreciación del juzgador; demostración que debe hacer mediante un análisis razonado y crítico de los medios probatorios, confrontando la conclusión que se deduzca de este proceso intelectual de argumentación con las conclusiones acogidas en la resolución judicial. Esta tarea de razonamiento que incumbe exclusivamente a quien acusa la sentencia, implica para él hacerle ver a la Corte la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal.

Si el impugnante omite llevar a cabo esta confrontación, la Corte no puede suplir su omisión y deducir el error evidente que pueda tener el efecto de desquiciar los soportes de la sentencia, que, es igualmente sabido, llega al recurso amparada con la presunción de legalidad y acierto que debe ser plenamente destruida por quien pretenda su casación.

Para el análisis del tercer cargo formulado en la demanda, se presenta una violación por la vía directa – infracción directa, pero (vi) no establece ninguna norma de carácter sustancial infringida; es más, el planteamiento carece de argumentos serios y atendibles que respalden la acusación, toda vez que se limita a formular críticas genéricas de orden probatorio a la sentencia del Tribunal, sin preocuparse por hacer el ejercicio dialéctico al que está compelido todo aquel que acude a este estadio procesal, y torna ininteligible el cargo formulado.

En lo que atañe al quinto cargo, la exposición de la demanda pone en evidencia que la impugnación (vii) no proporciona la mínima carga argumentativa que permita a la Sala elucidar cuál o cuáles serían los yerros que cometió el Tribunal y cómo éstos afectan la esencialidad de la sentencia, de tal suerte que logren destruir la presunción de legalidad y acierto de que se haya revestida.

Finalmente, en el sexto cargo, la censura presenta una argumentación que más que la sustentación de un recurso de casación, se traduce en un simple alegato de instancia, situación que está expresamente proscrita en el artículo 91 del CPTSS, en el que se hace una mixtura de la vía indirecta de violación de la ley y la violación de medio.

Lo dicho impone a la Corte memorar el carácter extraordinario y técnico del recurso de casación, e insistir que este medio de impugnación no le otorga competencia para juzgar el pleito a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste razón, pues su labor, siempre que el impugnante sepa plantear la acusación, se limita a enjuiciar la sentencia para así establecer si al dictarla el juez observó las normas jurídicas que estaba obligado a aplicar para rectamente solucionar el conflicto y mantener el imperio de la ley. Por ello se ha dicho que en el recurso de casación se enfrentan la ley y la sentencia, no quienes actuaron como contrapartes en las instancias.

La coherente e inteligente labor de persuasión que debe llevar a cabo quien recurre una sentencia en casación, no

puede ser suplida con una retórica vacua y deshilvanada alegación, sin el más mínimo ejercicio tendiente a la demostración de la violación de las normas que se acusan, como acontece en el asunto puesto a consideración de la Corte.

De consiguiente, y sin que sea menester resaltar mayores dislates a los anunciados, por no reunir las exigencias formales mínimas de la demanda de casación, el recurso se declarará desierto (artículo 65 del Decreto 528 de 1964 y 93 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social).

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR DESIERTO** el recurso de casación interpuesto por interpuesto por **GASPAR ORTEGA FLÓREZ**, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso ordinario promovido por el recurrente contra **C.B.I. COLOMBIANA S.A.** y **REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.**

**SEGUNDO:** Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.



**GERARDO BOTERO ZULUAGA**  
Presidente de la Sala

*No firma por ausencia justificada*


**FERNANDO CASTILLO CADENA**



**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

*No firma por ausencia justificada*

**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**



**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**



**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**

*No firma por ausencia justificada*

**MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO**



Secretaría Sala de Casación Laboral  
Corte Suprema de Justicia  
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

En la fecha **2 DE NOVIEMBRE DE 2023**, a las 8:00 a.m., se notifica por anotación en estado n.º **172** la providencia proferida el **20 DE SEPTIEMBRE DE 2023**

SECRETARIA \_\_\_\_\_



Secretaría Sala de Casación Laboral  
Corte Suprema de Justicia  
CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha **8 DE NOVIEMBRE DE 2023** y hora 5:00 p.m., queda ejecutoriada la providencia proferida el **20 DE SEPTIEMBRE DE 2023**

SECRETARIA \_\_\_\_\_