



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

AUDIENCIA NÚMERO 266

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de julio de dos mil veintiuno
(2021).

SENTENCIA NÚMERO 274

Acta de Decisión N° 059

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Apelación de la Sentencia N° 266 del 05 de diciembre del 2018, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JHAN CARLOS PEREA SANCHEZ** en contra de la sociedad **ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-013-2016-00545-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones principales incoadas por el actor en contra de la accionada están orientadas en que, se declare la existencia de una relación laboral a término fijo inferior a un año entre las partes; se declare ineficaz la terminación del contrato de trabajo efectuada el 09/12/2014, toda vez que, el trabajador presentaba una debilidad manifiesta que generó una estabilidad laboral reforzada; se reincorpore y/o reubique al trabajador en un cargo acorde con su limitaciones; se ordene el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta la reincorporación del trabajador, por la suma de \$25.729.088 y se ordene el pago de la indemnización prevista en el art. 26 de la ley 361/97 por valor de \$6.574.460.



Como pretensiones subsidiarias solicitó el pago de los siguientes conceptos causados entre el 10/12/2012 al 09/12/2014 por no tener en cuenta los conceptos por remuneración de domingos y festivos:

- Indemnización por terminación ilegal del contrato de trabajo \$11.688.000.
- Remuneración por dominicales y festivos \$1.537.668.
- Reajuste de sus prestaciones sociales tales como cesantías, intereses sobre las mismas y primas \$922.000.
- Vacaciones \$353.000.
- Aportes a pensión.

Así mismo requirió el pago de la indemnización moratoria por no consignar oportunamente la cesantía del año 2012 conforme el art. 99 de la ley 50/90 \$23.974.832; sanción moratoria del art. 65 del C.S.T. y la indexación de las sumas reconocidas.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor suscribió con la sociedad accionada contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, a partir del 10/12/2012 con las subsiguientes prorrogas automáticas hasta el 09/12/2014; que el cargo desempeñado en la compañía era el de SOLDADOR como consta en certificación aportada; que el ultimo sueldo devengado ascendía a \$974.000 mensuales más la remuneración dominical y festiva.

Que la sociedad **ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S.** terminó ilegalmente el contrato de trabajo mediante misiva del 09/12/2014 esgrimiendo vencimiento del contrato, a pesar de que había operado la prórroga automática.

Refiere que, previamente el 17/04/2013 efectuando sus labores y al levantar una lámina de 600kg en compañía de otro trabajador sintió un dolor intenso en la región lumbar, por ello, acudió a su EPS; posteriormente se hizo resonancia magnética a su columna el 08/06/2013 y 10/07/2014, exámenes que arrojaron el diagnostico denominado HERNIA DISCAL MEDIAL DEL DISCO L4-L5.

Posteriormente acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez la cual dictaminó el 28/08/2013 que, la patología era de origen común y no derivada del accidente de trabajo, dictamen confirmado por la Junta Nacional el 08/05/2014.



Aduce que, su empleador **ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S.** tenía pleno conocimiento de la enfermedad general del actor durante y hasta la terminación del contrato de trabajo, como consta en la documental aportada tales como historia clínica y comprobantes de nómina del año 2013 y 2014, por ende, concluye que la terminación de la relación laboral fue ilegal y en contravía del art. 26 de la ley 361/97 debido a que el actor estaba en debilidad manifiesta que lo inhabilitada para prestar de forma regular sus servicios personales y la sociedad demandada no solicitó el permiso ante el Ministerio de Trabajo para su desvinculación; manifiesta que, la empresa demandada terminó el contrato por su disminución física que lo incapacitaba constantemente para desempeñar sus labores con normalidad.

Finalmente indica que, está inconforme con la liquidación y pago de su contrato de trabajo, toda vez que, no se tuvieron en cuenta los dominicales y festivos causados entre el 10/12/2012 al 09/12/2014 trabajados de manera excepcional, laborando turnos de doce horas, la demandada pagó el 0,75% del recargo de ley en esas horas laboradas pero desconoció el pago completo de la remuneración y/o retribución en dieron de los días dominicales y festivos; además expresa que, la accionada no efectuó el pago de las cesantías del año 2012.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda se surtió el traslado de rigor procediendo a contestar el libelo.

ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S. manifiesta frente a los hechos de la demanda que, son ciertos los enumerados como 1°, 2° y 7°; que son parcialmente ciertos el 3° respecto del salario básico mensual y no cierto lo demás y del 6° cierto en lo que refiere al accidente del trabajo acaecido el 17/04/2013 del resto relatado no le consta; respecto del resto aduce que no son ciertos. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LA DEMANDADA; COBRO DE LO NO DEBIDO; BUENA FE; PAGO Y LA GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 266 del 05 de diciembre del 2018, resolvió:

- “1. Absolver a la empresa Asear Pluriservicios S.A.S. con identificación tributaria No. 830.059.061-5 de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Jean Carlos Perea Sánchez identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 94.469.492, por las razones considerativas de la presente sentencia.*
- 2. Consultar la presente providencia con el Honorable Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral. Por resultar adversa a las pretensiones del demandante.*
- 3. Condenar en costas al demandante en favor de la demandada para lo cual se fija como agencias en derecho la suma de \$100.000 pesos.”*

Los fundamentos de la decisión adoptada por el A quo consisten en que, no hay discrepancia de que la relación contractual se rigió por contrato de trabajo a término fijo con sus respectivas prorrogas, que se la preavisó en debida forma el 07/11/2014 de la terminación del contrato de trabajo el 09/12/2014, pruebas visibles a folios 148 y 149; no se encontró prueba en contrario de lo aportado por la accionada por lo que no hay extensión del vínculo contractual.

Respecto de la desvinculación en debilidad manifiesta que alega el demandante en razón de sus limitaciones físicas al momento de la finalización del contrato, se tiene los exámenes, tratamiento, incapacidades e historia clínica visible a folio 21 al 35 se calendan desde el 23/04/2013 al 19/06/2014 sin perjuicio de la incapacidad de folio 28 que inicia el 09/12/2014, fecha para la cual el contrato no solo se encontraba preavisado sino también finalizado lo que impide conocimiento previo de dicha incapacidad por parte del empleador; de las calificaciones indica que a pesar de que indican las afectaciones de salud del actor de cara a establecer solo su origen no se certifica la pérdida de capacidad laboral lo que permitiera advertir un grado de limitación física certificado del demandante que como tal generara la necesidad de solicitar el permiso al Ministerio de Trabajo para su desvinculación, por ende, no se colige que el preaviso y la terminación del contrato de trabajo fuera en razón de su limitación física.

Acota que, si bien es cierto no se exige calificación en razón del precedente judicial de la Corte Constitucional, indica que, se aportó a título informativo en la etapa de alegaciones el documento emanado de Protección el 09/04/2018; prueba visible folio 209 y 210, por medio del cual se estableció la



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

pérdida de capacidad laboral en un 32,3% con fecha de estructuración del 23/03/2018, del cual se observa que la solicitud elevada por el actor fue del 02/03/2018, fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo, por ello aun si se hubiese aportado en la demanda este no resulta vinculante.

De las pretensiones subsidiarias consistentes en la reliquidación de sus prestaciones en razón de los dominicales y festivos, moratoria e indexación, indica que el empleador cumple con la carga de la prueba al demostrar que pago los dominicales y festivos sin que se avizore prueba por parte del actor trabajar 12 horas durante todos los domingos y festivos pues no se cuentan con prueba testimonial ni documental que así lo acredite, además del interrogatorio de parte la representante legal de la compañía no confiesa que el trabajador haya laborado todos los dominicales ni tampoco extendiéndose la jornada máxima, limitándose a indicar que lo laborado fue pagado; por ello no hay lugar a reconocer las pretensiones deprecadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación esgrimiendo como argumentos centrales de su discrepancia que: el empleador tenía conocimiento que el actor estaba discapacitado y no solicitó permiso del Ministerio del Trabajo, si bien es cierto la Corte Constitucional establece que la limitación moderada es a partir del 15%, empero, no es necesario que exista un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Reitera que la empresa tenía conocimiento de la HERNIA DISCAL MEDIAL DEL DISCO L4-L5, como se observa en la resonancia magnética del 2014, es decir, seis meses antes de la terminación del contrato laboral, así como en la historia clínica, entonces porque el empleador no solicitó el permiso ante el Ministerio si tenía conocimiento de la discapacidad.

A pesar de que la enfermedad fue declarada de origen común por las Juntas de Calificación, se debe tener en cuenta el accidente de trabajo, pues la Corte Constitucional establece que independientemente del origen de la patología hay estabilidad laboral reforzada por su limitación física evidenciada



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

en una debilidad manifiesta, por ende, solicita su reintegro o reubicación debido a que su incapacidad le ha impedido conseguir trabajo.

Por otra parte, se solicita se reliquide los dominicales y festivos porque fueron trabajados conforme a documental aportada de forma habitual, por lo que debe concedérsele el descanso y no remuneración; como ese descanso era habitual de ir en el sueldo ordinario, entonces lo que se pretende es que se reconozca el día de salario por trabajar los domingos a voces del art. 180 del C.S.T., independiente del dominical del 0,75 ya pagado por el empleador, pues lo deprecado gira entorno al trabajo dominical excepcional que no ha sido cancelado, pues no había habitualidad, por lo anterior se solicita que se ordene el reajuste prestacional y la sanción moratoria a que haya lugar.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Objeto de la Apelación

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si la terminación del contrato de trabajo suscrito entre el señor **JHAN CARLOS PEREA SANCHEZ** y la sociedad **ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S.** es ineficaz a causa de la presunta debilidad manifiesta que exhibía el trabajador en razón del accidente de trabajo acaecido el 17/04/2013, se ordene su reintegro y/o reubicación, se ordene la reliquidación de sus prestaciones sociales en razón de los dominicales y festivos presuntamente laborados de forma excepcional consagrados en el art. 180 del C.S.T.

Caso Concreto

No son objeto de controversia los siguientes supuestos facticos:

- I. Entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año comprendido entre el 10/12/2012 al 09/12/2014.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

- II. Que el demandante tuvo un accidente de trabajo el 17/04/2013 en desempeño de sus labores contratadas como SOLDADOR.
- III. Que el empleador de manera unilateral dio por terminado el contrato el 09/12/2014 con su correspondiente preaviso del 07/11/2014 alegando vencimiento del plazo pactado.

El eje central de discusión estriba en determinar conforme a lo probado y debatido, si el actor estaba en situación de debilidad manifiesta al momento de fenecer el vínculo contractual, si el empleador conocía de antemano lo anterior y si existe justificación suficiente para la desvinculación que no obedeciera a un acto discriminatorio.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-632 del 15 de noviembre de 2016, M.P. AQUILES ARRIETA GÓMEZ, expresó que:

“4. Derecho a la estabilidad laboral reforzada, reiteración de la Jurisprudencia

4.1. Elementos básicos de la protección constitucional a la estabilidad reforzada

4.1.1. La Constitución en su artículo 13 determina que todas las personas son iguales ante la ley y que el Estado es el responsable para que esa igualdad sea real y efectiva. Asimismo, se señala que las personas que según su condición, física, mental o económica estén en estado de debilidad manifiesta se les deberá otorgar una protección especial. Esta Corporación ha indicado desde sus inicios que las personas en situación de discapacidad gozan de una especial protección, la cual ha sido reconocida en distintos tratados internacionales que ha ratificado el Estado colombiano, como por ejemplo: “La Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras.”

(...).

4.1.6. La Corte Constitucional también se ha pronunciado en cuanto al amparo de las personas en situación de discapacidad, diferenciándolas de aquellas que presentan alguna invalidez, precisando que por incapacidad ha de entenderse aquellos sujetos que padecen una deficiencia que les impide desarrollarse normalmente en determinada actividad, sin que la pérdida de su capacidad sea superior al 50%, pues de lo contrario debería entenderse como invalidez. El asunto quedó diferenciado así en la sentencia T-198 de 2006: “podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa”. Así mismo, se indicó que la discapacidad “implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para el ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral”. Por ende, se reitera que la figura de la



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

estabilidad laboral reforzada es un derecho que garantiza la continuidad en un empleo, después de adquirir la limitación física, sicológica, o sensorial, como una medida de protección especial y conforme a su capacidad laboral. Aunado a lo anterior, dicha protección especial también cobija a quienes tengan probado que su situación de salud les impide o dificulta de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin que exista una calificación previa que acredite la discapacidad, como se ha indicado en ciertos casos concretos.

(...)"

En igual sentido la mentada Corporación en reciente Sentencia T-434 del 1 de octubre de 2020, expedientes acumulados: T-7.594.854 y T-7.613.902. M.P. DIANA FAJARDO RIVERA, reiteró los lineamientos jurisprudenciales respecto de la protección constitucional a personas en situación de debilidad manifiesta por salud en materia laboral, veamos:

"4.4. Ahora bien, como lo señala la Constitución (artículo 54 C.P.), el Estado Colombiano no solo tiene la obligación de "propiciar la ubicación laboral" frente a "las personas en edad de trabajar", sino que también debe ir más allá de un solo "propiciar", y asumir la obligación de "garantizar" que las personas en alguna situación de incapacidad puedan ejercer el "derecho a un trabajo", el cual debe ser "acorde" con su situación de salud. En este sentido, la Constitución (artículo 47 C.P.) dispone que el Estado tiene el deber de adelantar una política con la cual se prevenga, rehabilite e integre a la sociedad, no solo a los "disminuidos físicos, sensoriales", sino también "psíquicos", a quienes se les prestará la "atención especializada que requieran".

4.5. La garantía de la estabilidad ocupacional referida por motivos de salud, se predica de todo individuo que presente una afectación en la misma, situación particular que puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Lo anterior, con independencia de la vinculación o de la relación laboral que la preceda. En términos generales comprende la prerrogativa para el trabajador de permanecer en el empleo y, por consiguiente, obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique disponer su despido.

4.6. Entendiendo lo anterior, si se pretende desvincular a una persona que presenta una afectación significativa en el normal desempeño laboral y el empleador tiene conocimiento de ello, es necesario contar con la autorización de la Oficina del Trabajo pues, de no ser así, dicho acto jurídico es ineficaz. Con ello, se prohíbe el despido de sujetos en situación de debilidad por motivos de salud, creándose así una restricción constitucionalmente legítima a la libertad contractual del empleador, quien solo está facultado para terminar el vínculo después de solicitar la autorización ante el funcionario competente que certifique la concurrencia de una causa justificable para proceder de esta manera.

4.7. En todo caso, además de la autorización de la Oficina del Trabajo, la protección constitucional dependerá de los siguientes tres presupuestos básicos:

(i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación. Sobre cada uno de los mencionados presupuestos conviene indicar lo siguiente:

(i) Que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades. Con la Sentencia SU-049 de 2017 se explicó que el deber constitucional de solidaridad se activa con la pérdida de capacidad laboral en un grado considerable, o la experimentación objetiva de una "dolencia o problema de salud" que afecte sustancialmente el desempeño en condiciones regulares de las labores de las cuales se obtiene un sustento. La jurisprudencia de esta Corte ha estudiado diferentes casos en los cuales ha evaluado si la condición de salud del accionante



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

efectivamente impide o no de forma significativa el normal desempeño laboral, ante lo cual ha concluido, lo siguiente:

1. La condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral se acredita, entre otros casos, cuando:

(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad, al momento del despido existen recomendaciones médicas, y se presentó incapacidad médica durante días antes del despido.

(b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral.

(c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico.

(d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL) tiene lugar antes del despido.

(...)

3. Finalmente, se ha entendido que no se logra acreditar una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral, entre otros casos, cuando:

(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%.

(b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico como tal.

(ii) Que el empleador tuviera conocimiento de la condición de debilidad manifiesta del trabajador. En efecto, si un trabajador desea invocar los beneficios de la estabilidad laboral reforzada, requiere que se demuestre que el empleador de forma previa a la terminación estaba informado sobre la situación de salud. Esta Corporación ha analizado diversos casos en los cuales ha evaluado si se puede entender que la condición de debilidad manifiesta fue conocida o no por el empleador de forma previa al despido. Al respecto, se ha concluido, entre otras cosas, lo siguiente:

A. El conocimiento del empleador sobre la condición de salud del trabajador se acredita, entre otros casos, cuando:

1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.

2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.

3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.

4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.

5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.

6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

- 7) *Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador.*

B. *No se logra acreditar que la condición de debilidad manifiesta fuera conocida por el empleador en un momento previo al despido, entre otros casos, cuando:*

- 1) *Ninguna de las partes prueba su argumentación.*
- 2) *La enfermedad se presenta en una fecha posterior a la terminación del contrato.*
- 3) *El diagnóstico médico se da después del despido y, pese a la asistencia a citas médicas durante la vigencia de la relación, no se presentó incapacidad o recomendaciones laborales como consecuencia de dichas citas médicas.*

(iii) Que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación. En estos supuestos, se ha establecido una presunción (iuris tantum) en favor de la persona que fue apartada de su oficio."

Exhibida la posición jurisprudencial en estos asuntos se revisó el caudal probatorio presentado por la parte activa y que interesa, encontrándose lo siguiente:

- *A folio 21, Informe Médico expedido por el Centro Médico Imbanaco del 11/06/2013 con sello de recibido por SEGUROS BOLIVAR el 24/06/2013, reportando la resonancia efectuada al actor el 08/06/2013.*
- *A folio 22, Resonancia Magnética de Columna Lumbosacra realizada por RIDOC SAS RESONANCIA DE OCCIDENTE del 10/07/2014.*
- *A folio 23, segmento de historia clínica del actor del 23/04/2013, atendido por ortopedista, impresión diagnóstica lumbalgia aguda, se envía terapia física, se prorroga incapacidad por 10 días, con sello de recibido por SEGUROS BOLIVAR el 24/06/2013.*
- *A folio 24, segmento de historia clínica del actor del 24/07/2013, emitida por CLINICA PALMIRA S.A., consulta de urgencias, diagnóstico lumbago con ciática, se envía a terapia física integral, se prorroga incapacidad por 10 días, con sello de recibido por SEGUROS BOLIVAR el 24/06/2013.*
- *A folio 25 al 26, segmentos de historia clínica, orden de ingreso o egreso del actor del 17/04/2014, donde se indica que ingreso por hospitalización para manejo de dolor lumbar por discopatía más hernia discal L3-L4.*
- *A folio 27, segmento de historia clínica del 19/06/2014 por consulta externa, indica que ingresó por sus propios medios con dolor lumbar severo, diagnóstico lumbago no especificado, envían 10 sesiones de terapia acuática con manejo de medicamentos para dolor.*
- *A folio 28, incapacidad emitida el 12/12/2014 por la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO CALI VALLE por lumbago no especificado, por 30 días desde el 09/12/2014 al 07/01/2015.*
- *A folio 29, segmento de historia clínica del actor del 16/04/2014, atendido por urgencias, análisis hernia discal L3-L5 muy sintomático, se envía valoración por*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

neurocirugía donde se prorroga incapacidad por 10 días, con sello de recibido por SEGUROS BOLIVAR el 24/06/2013.

- *A folio 30 al 34, segmentos de historia clínica del actor del 12/12/2014, atendido por urgencias, diagnostico lumbago no especificado, plan de manejo medicamentos para el dolor y fisioterapia diaria médico general, alta por neurocirugía con recomendaciones para paliar el dolor con medicamentos.*
- *A folio 35, informe del accidente de trabajo, SEGUROS BOLIVAR.*
- *A folio 36 y 39, Dictamen de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA del 28/08/2013, donde se determina las patologías de origen común.*
- *A folio 40 al 42, resolución del recurso de reposición incoada contra el anterior dictamen, no reponen.*
- *A folio 43 al 47, resolución del recurso de apelación incoado contra el dictamen inicial, LA JUNTA NACIONAL confirmó el dictamen de la regional.*
- *A folio 48 al 75, comprobantes de nómina de los años 2013 y 2014.*
- *Y a folio 209 y 210 Calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por Protección S.A. el 09/04/2018.*

Del análisis de la documental aportada por el señor **JHAN CARLOS PEREA SANCHEZ** se extrae que, la patología recurrente desde el año 2013 es una HERNIA DISCAL MEDIAL DEL DISCO L4-L5 sin perjuicio de otras diagnosticadas; que asistió a los servicios médicos de forma interrumpida por intervalos irregulares y poco frecuentes por lumbago no especificado entre el año 2013 y 2014; así como también se evidencia el pago de varias incapacidades que sumadas no superan ni de cerca el umbral de 180 días.

La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA determinó el 28/08/2013 que el origen de la enfermedad es común y no laboral derivada del accidente de trabajo acaecido el 17/04/2013 y la JUNTA NACIONAL confirmó el dictamen emanado de la regional el 08/05/2014 indicando para ello que: *“por lo anterior, al contrastar mecanismo de lesión de moderado a bajo impacto, fisiopatología de la enfermedad de disco intervertebral y los hallazgos imagenológicos, consideramos se trata de accidente de trabajo sin secuelas atribuibles al mismo y merma de la capacidad laboral generada en el evento accidental laboral del 0%”*

Del interrogatorio de parte efectuado por el apoderado de la activa a la pasiva representada legal y judicialmente por la señora MERLY PAOLA PICO CARRILLO, se extrae puntualmente que: al trabajador se le presentó preaviso de la terminación del contrato de trabajo el 07/11/2014 y no le consta si fue en



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

documento en blanco; indica que tiene conocimiento que el actor sufrió un accidente de trabajo en abril del 2013 reportado a la ARL, que presentó incapacidades y que fue calificada su patología de origen común; que el trabajador desempeñó sus labores con normalidad en el año 2014, que no presentó recomendaciones médicas y se revisó que el trabajador no tuviera circunstancias que indicaran un tratamiento médico activo o en estado de debilidad manifiesta para el año 2014, que recibieron las calificaciones de las juntas que dan fe de la patología pero las historias clínicas no porque son reservadas, que el trabajador ya tenía la afección cuando ingreso a laborar y no derivada del accidente laboral.

En atención a los parámetros instituidos por la Corte Constitucional en casos similares, se procedió analizar los tres requisitos esenciales para verificar si el actor le asiste la protección por estabilidad laboral reforzada por salud.

PRIMER REQUISITO: Que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades.

Del análisis probatorio se colige que, si bien el señor **JHAN CARLOS PEREA SANCHEZ** presenta una patología denominada HERNIA DISCAL MEDIAL DEL DISCO L4-L5 y otras afecciones no especificadas, no obra en el proceso recomendaciones, restricciones, concepto de rehabilitación y examen médico de retiro entre otros que permita establecer que su condición de salud impedía el normal desempeño de su labor; adicional a ello, obra dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que determinó un porcentaje de 0% de pérdida de capacidad laboral por accidente laboral; tampoco se probó que el actor estuviera en algún tratamiento activo fuera de las fisioterapias y manejo del dolor con medicamentos recetados para tal fin.

Cabe destacar que, la parte activa instauró acción de tutela contra la pasiva el 03/12/2014, correspondiéndole al Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Cali, despacho judicial que resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor en razón de que este no exhibía la incapacidad aludida, no existen secuelas del accidente de trabajo sobre la base de que las entidades EPS SURA y ARL SURA no manifiestan que el accionante



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

presente restricciones o limitaciones en su desempeño laboral por cuenta de su patología, aunado a las calificaciones de las juntas de calificación que no refieren que el trabajador este para aquella época en algún tratamiento o se le haya conferido una incapacidad laboral.

Elevada la impugnación y correspondiéndole al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, el despacho confirmó la decisión por las mismas razones esgrimidas por el Juzgado de Conocimiento y conculcando que debe agotar los mecanismos ordinarios en la jurisdicción laboral pues su aspiración versa sobre un eventual reintegro.

Finalmente, el apoderado judicial del demandante allegó en la audiencia de trámite y juzgamiento la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. el 09/04/2018, estableciéndose un porcentaje del 32,3% con fecha de estructuración del 23/03/2018 en razón de enfermedad de origen común; del escrito se observa que, el actor presentó la solicitud de calificación el 02/03/2018 y de la lectura del mismo se evidencia que no le es imputable a la accionada, toda vez que, entre la terminación del contrato calenda del 9/12/2014 y la fecha de estructuración del 27/03/2018 existe un espacio temporal de 4 años aproximadamente.

Por lo anterior y en razón de la precaria prueba recaudada, resulta imposible para esta Sala determinar que las patologías de origen común citadas previamente disminuyeran o impidieran el normal desempeño laboral del actor.

SEGUNDO REQUISITO: Que el empleador tuviera conocimiento de la condición de debilidad manifiesta del trabajador.

TERCER REQUISITO: Que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.

Frente a estos presupuestos se tiene que, es irrelevante escudriñar si el empleador conocía de las supuestas limitaciones y si la desvinculación fue con ocasión de las mismas y para que opere la estabilidad laboral reforzada la condición originaria es que exista una condición de salud



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

disminuida que afecte el normal desempeño de la labor contratada; por ende, al no obrar dentro del proceso prueba alguna que certifique si el actor tenía recomendaciones médicas o restricciones a su labor contratada emitidas por su EPS o ARL, además que se reitera que el accidente laboral acaecido el 17/04/2013 no dejó ninguna secuela derivada del mismo ni pérdida de capacidad laboral según dictámenes de las Juntas de Calificación y que las incapacidades relacionadas y pagadas en los comprobantes de nomina suman aproximadamente 38 días para el año 2014, por ello al no demostrarse por el interesado alguna disminución en su salud significativa que amerite una especial protección por esta fallador no hay otro camino que desestimar la apelación en este aspecto y confirmar el fallo proferido en primera instancia.

Ahora bien, en lo que respecta al otro punto de la apelación consistente en la reliquidación del pago efectuado por la accionada por concepto de dominicales y festivos trabajados de forma excepcional de conformidad al art. 180 del C.S.T.

Nuestro máximo órgano de cierre en lo ordinario laboral en sentencia SL4930 con radicación No. 73790 del 07/12/2020-M.P. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, rememoró la tesis pacífica frente al tema:

“Comienza la Sala por recordar que el régimen de remuneración previsto para el trabajo que se desarrolla en los domingos o festivos está regulado principalmente en los artículos 179, 180 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo. El primero de éstos, modificado por el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 y posteriormente por los artículos 29 de la Ley 50 de 1990 y 26 de la Ley 789 de 2002, establece que «[E]l trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas».

Ahora bien, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo en cita, trabajar el domingo de forma ocasional supone trabajar «[...] hasta dos domingos durante el mes calendario» y hacerlo de forma habitual implica la labor durante «[...] tres o más domingos durante el mes calendario». Esta distinción es fundamental comoquiera que, de acuerdo con el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990, «[E]l trabajador que labore excepcionalmente el día descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior».

(...)

Así se cumple, además, la regla general prevista en el numeral 1º del artículo 175 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la excepcionalidad del trabajo el día que está previsto para el descanso y dispone que «[E]l trabajo durante los días de descanso obligatorio solamente se permite retribuyéndolo o dando un descanso compensatorio remunerado»; de modo que ante la ocasionalidad se permite al trabajador canjear su descanso por el recargo legal y ante la habitualidad además de éste, se le exige -y remunera- el descanso.

Así lo ha entendido de vieja data la Corte en las sentencias CSJ SL3567-2019; CSJ SL, 11 diciembre de 1999, radicación 10079; CSJ SL, 10 diciembre de 1998, radicación 10921 y CSJ SL, 4 febrero de 1998, radicación 10297.”



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

(...)

Ahora bien, al margen de lo dicho, también la Corte ha sostenido en pacífica tesis que corresponde al demandante, precisar de manera clara en su demanda el número de horas extras laboradas, así como, el número de los días de descanso obligatorio en los que laboró (CSJ SL1994-2020; CSJ SL1058-2020; CSJ SL1573-2019; CSJ SL2931-2018; CSJ SL5716-2018; CSJ SL5707-2018; CSJ SL15014-2017; CSJ SL6738-2016; CSJ SL7578-2015). En sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, radicación 31637, reiterada en la sentencia CSJ SL15014-2017, señaló:

Con todo, juzga la Corte precisar que los documentos de folios 8 a 88, en primer lugar no tienen la suficiente vocación de acreditar, por sí solos, que el actor laboró determinadas horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, en la cantidad allí establecida y, en segundo término, que no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. De no ser así, la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras, dominicales y festivos, bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor, que es lo que en últimas pretende el actor en su discurso.

Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador, aspecto que el mismo recurrente no desconoce cuando afirma que “Por supuesto que no indican de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas, pero sin duda permiten dar por demostrado, que los valores y registros consignados en las documentales de los folios 8 a 88 del cuaderno principal son totalmente ciertos” (folio 15, cuaderno 3), aserción que no pasa de ser una mera suposición o conjetura.

Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo mas allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

En igual sentido, en la providencia CSJ SL6738-2016, reiterada en la sentencia CSJ SL1994-2020, sostuvo:

Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.”

Revisada la demanda se encuentra que, la parte demandante no precisó que domingos y festivos laboró con la sociedad demandada, no aportó material probatorio documental o testimonial que diera certeza de los



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

periodos laborados, más allá de los comprobantes de nómina visibles a folio 48 al 75 en los que se evidencia el pago por parte de **ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S.** los recargos dominicales y festivos para los periodos de enero 2013, marzo 2013, de abril 2013 a diciembre 2013, enero 2014 y febrero 2014, sin que en ellos se especifique con claridad y precisión que domingos y festivos laboró para dichas calendas; en razón de lo expuesto no hay lugar al reconocimiento de lo deprecado por deficiencia probatoria, por lo cual se confirmara el proveído en estudio.

Costas en esta instancia a cargo del apelante infructuoso conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia Apelada N° 266 del 05 de diciembre del 2018, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, por los motivos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante **JHAN CARLOS PEREA SANCHEZ**, como agencias en derecho se estiman en la suma de \$100.000 en favor de la parte demandada **ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S.**

TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali

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:

e4eaad1e4a39779799a156f60daa5f6b237d8bb9413c83527fee70089d562d05

Documento generado en 30/07/2021 09:52:11 AM

REPUBLICA DE COLOMBIA



REF. ORD. JHAN CARLOS PEREA SANCHEZ
C/ ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S
RAD. 013-2016-00545-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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