



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76001 31 05 009 2018 00369 01
Demandante:	Nelson Andrés Osorio Giraldo
Demandadas:	- Jiro S.A. - Alimentos Cárnicos S.A.
Juzgado:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Asunto:	Revoca sentencia – No Estabilidad Laboral Reforzada
Sentencia No.	126

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia No. 261 del 11 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Pretende el demandante se declare **i)** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con “*Jiro S.A. y solidariamente la empresa Alimentos Cárnicos S.A.S.*” entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017; cuya terminación es ineficaz por encontrarse amparado por estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de salud, en consecuencia, se condene a **ii)** la reinstalación y/o reubicación en un cargo acorde a la limitación, con el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales y aportes en pensión dejados de percibir desde el despido; **iii)** la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. **Subsidiariamente**, peticona

la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., la indexación de las condenas, los demás derechos ultra y extra petita, y las costas del proceso¹.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Alimentos Cárnicos S.A.S.

La demandada dio contestación en término, de la forma visible en las páginas 107 a 129 del expediente digital.

2.2. Jiro S.A.

La sociedad contestó la demanda conforme se evidencia en las páginas 334 a 341 del expediente digitalizado.

En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir las manifestaciones de las encartadas. (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo², en la que **i)** declaró no probadas las excepciones de fondo; **ii)** declaró la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo realizada por Jiro S.A., en tanto el trabajador se encontraba en condiciones de debilidad manifiesta; **iii)** ordenó el restablecimiento del vínculo laboral con Jiro S.A. desde el 31 de octubre de 2017, sin solución de continuidad, en el mismo cargo o en uno de igual o superior jerarquía, acorde al estado de salud; **iv)** condenó a Jiro S.A. y solidariamente a Alimentos Cárnicos S.A.S. al pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejadas de percibir desde el despido, sumas que deberán ser indexadas, además del pago de los aportes a seguridad social en pensión, según cálculo actuarial que realice la administradora de pensiones; **v)** al pago de \$4.426.302 correspondiente a la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; **vi)** absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; **vii)** fijó como costas la suma de \$2.484.348, estando a cargo de cada demandada el 50% de dicho rubro.

¹ 01. ExpedienteDigital páginas 6 a 24

² 01. ExpedienteDigital páginas 408 a 410 y 04. CD. Fl. 400 minuto 6:27 a 58:29

Para arribar a tal decisión, expuso que, a la luz de las pruebas aportadas y practicadas, se evidenció que el trabajador se encontraba en estado de **debilidad manifiesta** para la data del despido, pues aun cuando no contara con incapacidades continuas, el empleador conocía del estado de salud del hoy demandante, conforme lo narraron los testigos, así como la merma de la capacidad ocupacional para el ejercicio de la labor, persistiendo las patologías incluso con posterioridad a la terminación del nexo entre las partes.

En cuanto a la **relación laboral** encontró acreditada la prestación con Jiro S.A. entre enero y octubre de 2017, por medio de contrato de obra o labor contratada a favor de Alimentos Cárnicos S.A., agregó que el demandante confesó haber recibido el pago de los salarios por parte de Jiro S.A., sociedad que efectivamente fue la empleadora del trabajador, sin que las pruebas aportadas al plenario permitan inferir que esa misma calidad la ostentaba Alimentos Cárnicos S.A., empero, como las labores desarrolladas eran parte del objeto social de esa empresa, se presenta la solidaridad del artículo 34 del CST³.

En ese orden de ideas, al terminar el vínculo laboral sin justa causa, en estado de debilidad manifiesta procede el reintegro desde el 31 de octubre de 2017, a cargo de Jiro S.A., de manera que en caso de que dicha sociedad no pague los salarios, vacaciones, aportes en seguridad social en pensión e *"indemnización del artículo 239 del CST"*⁴, será Alimentos Cárnicos S.A., la que efectúe su pago.

4. Las apelaciones

4.1. Parte actora

Considera que el reintegro del trabajador procede respecto de Productos Cárnicos S.A.S. y no por la empresa de servicios temporales, como quiera que no se cumplen con los supuestos contenidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues la empresa usuaria no demostró que las labores ejercidas correspondían a una labor ocasional u accidental, ya que la labor se viene desarrollando desde el 24 de noviembre de 2014 conforme a la certificación laboral obrante en el expediente, máxime cuando las demandadas suscribieron contrato para el suministro de trabajadores en misión desde el 10 de noviembre de 2014. Resalta que, desde el 25 de noviembre de 2014, cuando suscribió contrato con la empresa Sero, ejercía

³ 04. CD. Fl. 400 minuto 43:30 a 43:60

⁴ 04. CD. Fl. 400 minuto 53:12 a 53:17

labores de asesor de carnes frescas, por lo que el servicio no era transitorio. Agregó que la gestión tampoco estaba encaminada a cubrir vacaciones, licencias o incapacidades, ni atender las alzas en la producción, ya que, superó el término de vinculación, pues se buscó desnaturalizar el nexo que tuvo lugar entre 2014 y 2017, a través de dos empresas, de modo que debe darse prelación a la estabilidad del trabajador, predicada en la sentencia C 690 de 2011.

4.2. Alimentos Cárnicos S.A.S.

Solicita se **i)** revoquen las condenas impuestas de manera solidaria, pues no había lugar a acudir a la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C.S.T. de contratistas dependientes, sino a la figura propia de las empresas de servicios temporales de conformidad a lo adocinado por la Corte Constitucional. Se equivocó el despacho al imponer el pago de las acreencias laborales con ocasión al reintegro, pues al establecerse que Jiro S.A. es el verdadero empleador por el interregno comprendido entre enero y octubre de 2017, queda sin sustento la solidaridad, y por ende, tal determinación conlleva a la ausencia de responsabilidad por parte de la empresa en calidad de usuaria; **ii)** en cuanto a la estabilidad laboral reforzada señala que el demandante no tenía calificación de pérdida de capacidad laboral entre el 15% y 25%, recomendaciones o restricción alguna para la fecha de terminación del vínculo entre las partes, aunado a que no informó que presentara merma alguna en su fuerza laboral.

4.3. Jiro S.A.

No era dable declarar la ineficacia de la finalización de la relación laboral, pues aquella sólo tuvo lugar con motivo de la labor misional en la empresa usuaria, por ello al finalizar la obra, procedía el despido; aunado a que no es un sujeto de especial protección en los términos de la ley 361 de 1997, pues, en el curso del asunto no se demostró discapacidad o minusvalía alguna, incluso los testigos fueron vagos al hablar del estado de salud del actor, por tanto, no había obligación de solicitar permiso al inspector del trabajo.

5. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1. Alimentos Cárnicos S.A.S.⁵

Reiteró que ante la usencia de declaración del contrato de trabajo con esa sociedad, no había lugar a la condena solidaria determinada por la falladora de primer grado. Agregó que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo con Jiro S.A., el actor no era sujeto de especial protección.

5.1. Parte Actora⁶

Asegura que, a la finalización del contrato de trabajo por parte de Jiro S.A., se encontraba en estado de debilidad manifiesta debido a las condiciones de salud presentadas para esa época, pues le eran concedidos los permisos por el empleador para acudir a las citas médicas. Señaló que de acuerdo a los contratos aportados en el plenario, es dable determinar la relación laboral con Alimentos Cárnicos S.A., por cuanto prestó servicios para es sociedad a través de otras empresas de servicios temporales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Del material probatorio allegado al expediente, quedó acreditado que entre el señor Nelson Andrés Osorio Giraldo y Alimentos Cárnicos S.A.S. existió en realidad un contrato de trabajo a término indefinido? O si por el contrario ¿Jiro S.A. era la empleadora directa de la actora, sin que proceda la solidaridad de Alimentos Cárnicos S.A.S.?

1.2. ¿Resulta procedente el reintegro del demandante a su puesto de trabajo, por estar amparado por el principio de estabilidad ocupacional reforzada? En caso

⁵ Cuaderno Tribunal 03AlegatosAlimentosCarnicos00920180036901

⁶ Cuaderno Tribunal 04AlegatosDte00920180036901 y 05AlegaDte00920180036901

negativo, ¿procede subsidiariamente el pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST?

2. ¿Del material probatorio allegado al expediente, quedó acreditado que entre el señor Nelson Andrés Osorio Giraldo y Alimentos Cárnicos S.A.S. existió en realidad un contrato de trabajo a término indefinido? O si por el contrario ¿Jiro S.A. era la empleadora directa de la actora, sin que proceda la solidaridad de Alimentos Cárnicos S.A.S.?

3. Respuesta al primer problema jurídico

Del material probatorio se colige que Jiro S.A. fue el empleador del demandante, toda vez que no se superó el límite para trabajadores en misión en la prestación de sus servicios como trabajador en misión para Alimentos Cárnicos SAS. En ese orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del CST, no procede la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en las eventuales condenas.

3.1. Contrato de trabajo y elementos para su configuración:

El artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como: *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración...”*.

A su turno, el artículo 23 *ibídem* señala que el vínculo contractual laboral se caracteriza por la concurrencia de tres elementos de forzosa existencia para su configuración, a saber: **i)** La actividad personal desplegada por el trabajador, entendida como la ejecución, de manera directa de una labor en favor del empleador; **ii)** La continuada subordinación o dependencia, como aquella potestad que tiene el empleador de impartir órdenes, directrices o instrucciones al trabajador en cuanto al tiempo, modo y lugar para la ejecución de la actividad contratada, y el deber correlativo de éste de acatarlas; y **iii)** Un salario como contraprestación económica a la labor realizada.

De tal forma que, una vez se reúnan los tres elementos de que trata el artículo mencionado, se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo por el cambio en el nombre ni las condiciones o modalidades que se agreguen. Ello, va ligado al principio de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, que permite al juzgador dejar de lado las formas convenidas

entre el trabajador y su empleador para darle primacía a las condiciones reales bajo las cuales se desarrolla la relación contractual.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-960 de 2007 reiteró el precedente con relación a la prevalencia de la realidad sobre la forma y sostiene que, durante la prestación personal del servicio, el rasgo definitorio de la relación laboral es la subordinación.

“De acuerdo a lo anterior, cuando se hace referencia a una “relación laboral” se debe entender que ésta no depende de la clasificación que se le haya dado al contrato formalmente celebrado sino de las condiciones reales en las que se desarrolla la actividad. Por lo tanto, si se encuentran los elementos esenciales mencionados, se deberá entender que existe una relación de tipo laboral con todas las implicaciones que ello tiene.

De otra parte, la Corte ha destacado que el elemento determinante y diferenciador de la relación laboral es la subordinación.” (Subrayado original)

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado de manera pacífica que al darse por demostrada la prestación personal del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del C.S.T. Ello acarrea como consecuencia, que el trabajador se vea relevado de la obligación de acreditar la subordinación jurídica, en virtud de la inversión de la carga de la prueba. Así en sentencia SL17693 del 5 de octubre de 2016, señaló:

*“Lo anterior significa, que a **la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador**”.*

Colofón de lo expuesto, corresponde en cada caso en concreto examinar si, del conjunto de los hechos y de los diferentes medios probatorios, el trabajador logra demostrar la ejecución personal de la actividad o servicio. Cumplido lo anterior, se aplicará la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T., es decir, que no tiene que presentar prueba directa de los actos de subordinación. Así, se traslada a la contraparte la carga probatoria de desvirtuar tal presunción y demostrar que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente. (SL4452 -2020)

Empresas de servicios temporales - EST:

El artículo 71 y 74 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con el Decreto 4369 de 2006, define las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan la

prestación de servicios con terceros beneficiarios con el fin de colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, por medio de labores llevadas a cabo por personas naturales. En dicha relación laboral la empresa temporal es la empleadora de los trabajadores, los cuales, pueden ser vinculados como trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los primeros desarrollan sus funciones dentro de las instalaciones de la temporal, mientras que los segundos, son enviados a dependencias de las compañías usuarias a cumplir tareas o servicios solicitados.

Más adelante, en el artículo 77 *ibidem* se determinó que las entidades usuarias solo pueden contratar los servicios de las empresas temporales en los siguientes casos:

- a) Para labores de corta duración, es decir, ocasionales, accidentales o transitorias.
- b) Para reemplazo de personal en vacaciones, en licencia o incapacidad.
- c) Para atender incrementos en la producción, el transporte o en las ventas de productos o mercancías, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más.

Por su parte, el Decreto 4369 de 2006 por medio del cual “*se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones*”, en el parágrafo del artículo 6º, estableció un límite para la prestación del servicios de los trabajadores en misión; puesto que estableció que en los casos en que permanezca la causa originaria del servicio contratado, una vez cumplido los 6 meses y la prórroga por el mismo término, la empresa usuaria **no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales.**

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL271 de 2019, puntualizó:

“La vinculación a través de empresas de servicios temporales tiene por finalidad, prestar servicios transitorios para la usuaria, sean o no del giro ordinario de ésta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de EST cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la empresa cliente, como ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el artículo citado o se supera el término temporal máximo allí previsto.”

De ser así, el responsable de las obligaciones laborales es el usuario, quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la empresa de servicios temporales por haber fungido como intermediaria sin anunciar a la trabajadora tal condición (artículo 35 del CST). (...)"

Por lo anterior es dable concluir, que las compañías pueden contratar los servicios de las empresas temporales de manera excepcional cuando requieran personal para desarrollar actividades bien sean propias o ajenas de su razón social. El legislador, en aras de salvaguardar los derechos laborales, consagró un plazo de 6 meses prorrogables por 6 meses más para limitar la posibilidad de contratación con las empresas temporales y evitar que se supla una labor permanente con un trabajador temporal. En los casos en que exista una infracción a las normas que regulan el servicio temporal, se considera a la empresa usuaria como la verdadera empleadora y al trabajador en misión como empleado directo de aquella, con todas las implicaciones y beneficios legales de un contrato de trabajo, mientras que la empresa temporal toma el lugar de una simple intermediaria en la relación laboral.

3.2. Caso concreto

Una vez analizado el material probatorio conforme los artículos 60 y 61 del C.P.T.S.S. y en virtud de los argumentos expuestos las partes, se cuenta con los siguientes medios de convicción que resultan pertinentes para dirimir la presente controversia:

Sobre la relación laboral:

- i) Contrato de prestación de servicios para el suministro de servicios temporales entre Sero Servicios Ocasionales S.A.S. y Alimentos Cárnicos S.A.S. del 31 de julio de 2013⁷.
- ii) Contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada, a partir del 25 de noviembre de 2014, con Sero Servicios Ocasionales S.A.S.⁸
- iii) Misiva del 25 de noviembre de 2015, por medio de que la empresa Sero Servicios Ocasionales S.A.S., da por terminado el contrato de obra o labor contratada.⁹

⁷ 01. ExpedienteDigital PáginaS 130 a 143

⁸ 01. ExpedienteDigital Página 161

⁹ 01. ExpedienteDigital Página 162

- iv) Liquidación del contrato de trabajo elaborada por Sero Servicios Ocasionales S.A.S., Por el periodo comprendido entre el 25 de noviembre 2014 y el 24 de noviembre de 2015¹⁰.
- v) Documento de pago de nómina y proveedores de la empresa Sero Servicios Ocasionales S.A.S., en la que se enlistan 10 personas entre ellas el demandante, documento que no cuenta con fecha legible¹¹.
- vi) Contrato de suministro de trabajadores en misión entre Jiro S.A. y Alimentos Cárnicos S.A.S., del 10 de noviembre de 2016, en el que se anota:

“las partes, la E.T.S. y LA EMPRESA USUARIA, por mutuo acuerdo celebran el presente contrato de suministro de trabajadores en misión tal como lo dispone la ley, en consecuencia se compromete a suministrarle a LA EMPRESA USUARIA, a sus propias expensas y con autonomía técnica, administrativa y financiera, el personal temporal requerido para el normal desarrollo de las actividades de esta última, en los eventos previstos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, y de conformidad con lo establecido en los artículos correspondientes de la Ley 50 de 1990 y demás normas complementarias y aplicables vigentes”¹²

- vii) Certificado médico de preingreso ocupacional del 29 de diciembre de 2016¹³, en que se anota:

Procare		CERTIFICADO MÉDICO DE PREINGRESO OCUPACIONAL		Fecha: 2016-12-29
I. INFORMACIÓN GENERAL				
Empresa Usaria:	JIRO S.A. / ALIMENTOS CÁRNICOS	Actividad económica:	Comercio formal	
Nombre:	NELSON ANDRÉS OSORIO GIRALDO	Documento:	CC 1110617389	
Fecha de nacimiento:	1987-12-23	Lugar de nacimiento:	Cali, Valle del Cauca	
Sexo:	Masculino	Estado:	Practicante	
Estado civil:	Unión libre	Nal. hijo(a) vivo:	1	
Dirección actual:	DIAGONAL 2611 83-33 MARAQUIN 2 STARA	Municipio:	CAJI	
Teléfono:	4228288	Departamento:	Secundaria, completa	
Ocupación:	AYUDANTE DE CARNES FRESCAS	Condición de:	Condición 999	
Responsable**:	MARCELO GONZALEZ (PADRE)	SPS:	4228288	
Requerimientos:	El trabajador asistió a la evaluación de acompañante.			
** La información de responsabilidad se encuentra actualizada de acuerdo a la última suministrada por el paciente en la historia para efectos de un contrato oportuno ante cualquier eventualidad.				

- viii) Contrato de trabajo por obra o labor determinada para trabajadores en misión, con fecha inicial de labores el 2 de enero de 2017¹⁴, suscrito entre el demandante y Jiro S.A.
- ix) Certificado de inducción del 7 de enero de 2017¹⁵, en el que se indica que el trabajador recibió información acerca de qué es una EST, en qué consiste un contrato de obra o labor contratada, la misión y visión de Jiro S.A., el RIT, el proceso disciplinario, escala de faltas y sanciones, operación del comité de convivencia laboral, conceptos que integran la nómina, salarios, prestaciones

¹⁰ 01. ExpedienteDigital Páginas 163 y 164

¹¹ 01. ExpedienteDigital Página 165

¹² 01. ExpedienteDigital Páginas 144 a 160

¹³ 01. ExpedienteDigital Página 355

¹⁴ 01. ExpedienteDigital Páginas 166, 167, 351 y 352

¹⁵ 01. ExpedienteDigital Página 353

sociales, fechas y forma de pago, así como la manera de consultar el desprendible de pago.

- x) Formulario único de afiliación y registro de novedades el sistema general de Seguridad Social Comfenalco Valle Delagente, del 2 de enero de 2017¹⁶.
- xi) Certificado de afiliación expedido por Liberty Seguros de Vida S.A., en el que consta que el señor Osorio Giraldo se afilió a esa ARL desde el 2 de enero de 2017, por medio del empleador Jiro S.A.¹⁷
- xii) Asignación de funciones en el cargo de asesor de carnes, documento del 2 de enero 2017 con membrete de Jiro S.A., en el que se anota:

“El trabajador al servicio de JIRO S.A. Que ostenta el cargo anteriormente descrito y para el cumplimiento del objetivo trazado tendrá dentro de sus funciones y responsabilidades las siguientes:

Asesorar y orientar a los clientes en las compras de producto buscando la satisfacción de los clientes.

Prestar atención y adecuado servicio a los clientes en los puntos de venta (La 14)

Aplicar los conocimientos técnicos, gastronómico y proceso de operación de la carne

Realizar labores de higiene y desinfección en los puntos de venta

registrar en el sistema la información para el control y registro de BPM salud integral, metrología y otros

Ejecutar las actividades de recepción, inventario y rotación de productos y demás elementos para el adecuado proceso de ventas¹⁸.

- xiii) Carta del 30 de octubre del 2017, en la que se notifica la terminación del contrato de trabajo por finalización de la obra labor contratada, en la que se indica:

“En atención a que hemos recibido de parte de la empresa usuaria la notificación de que la obra labor por la cual usted fue contratado ha finalizado, le informamos que conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, su contrato de trabajo por obra o labor se ha terminado por causa legal a partir de la fecha, octubre 30 de 2017.

A partir de ese momento se cuenta con cinco (5) días para realizarse la evaluación médica ocupacional de egreso, en caso de aceptar practicárselo puede reclamar la orden de su gestor de servicios.

Agradecemos su compromiso con la labor encomendada y esperamos poder contar con sus servicios en una próxima oportunidad.

¹⁶ 01. ExpedienteDigital Páginas 168 a 170

¹⁷ 01. ExpedienteDigital Página 171

¹⁸ 01. ExpedienteDigital Página 172

*Le deseamos muchos éxitos en su vida laboral.*¹⁹

- xiv)** Liquidación del contrato de trabajo que tuvo o vigencia entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017²⁰.
- xv)** Consultas de datos básicos y contratos de Jiro S.A. en el que constan los extremos temporales de la relación laboral con el hoy demandante, esto es, del 2 de enero al 30 de octubre de 2017, con un salario básico mensual correspondiente al mínimo legal mensual vigente. Además se anotan allí las afiliaciones al sistema general de seguridad social, el cargo y el nombre de la empresa usuaria, anotándose en ese sentido a Alimentos Cárnicos S.A.²¹
- xvi)** Facturas de ventas de servicios expedidas por Jiro, al cliente Alimentos Cárnicos S.A.S., junto con los respectivos soportes y listado de trabajadores, por el período comprendido entre enero y octubre de 2017²².
- xvii)** Certificación laboral del 6 de diciembre de 2017, expedida por Jiro S.A. en la que se anota que el demandante estuvo vinculado con esa sociedad por medio de un contrato de obra o labor entre el 2 de enero de 2017 y el 30 de octubre de 2017²³, con una asignación mensual equivalente al salario mínimo.
- xviii)** Certificación laboral del 13 de diciembre de 2017, en la que la empresa Sero Servicios Ocasionales S.A.S. hace constar:

*“Que el señor Nelson Andrés Osorio Giraldo, (...) laboró en misión para la empresa alimentos cárnicos, mediante contrato por obra o labor determinada desde el 25 de noviembre del 2014 hasta el 24 de noviembre de 2015 en el cargo de asesor de carnes frescas.”*²⁴
- xix)** Derecho de petición del 12 de diciembre de 2018, en el que solicita a Jiro S.A. le suministre copia de la afiliación a pensiones, comprobantes de pago de nómina, prestaciones sociales del 2 de enero al 30 de octubre de 2017, liquidación final de salarios y prestaciones, junto con su soporte de pago²⁵.

¹⁹ 01. ExpedienteDigital Página 57 y 173

²⁰ 01. ExpedienteDigital Página 174

²¹ 01. ExpedienteDigital Página 354

²² 01. ExpedienteDigital Página 176 a 319 y 378 a 383

²³ 01. ExpedienteDigital Página 60

²⁴ 01. ExpedienteDigital Página 59

²⁵ 01. ExpedienteDigital Páginas 357 y 358

xx) Respuesta al derecho de petición del 24 de diciembre de 2018, por medio del cual Jiro S.A. suministra²⁶ constancia de afiliación a Porvenir S.A.²⁷, certificado de pago de aportes²⁸, “consulta de acumulados” con la discriminación de pagos y deducciones durante la relación laboral²⁹ y liquidación final de contrato de trabajo³⁰.

Se practicó el **interrogatorio al demandante**, quien contó que no suscribió contrato de trabajo con Alimentos Cárnicos S.A., ni recibió pago alguno de esa sociedad, pues los salarios, prestaciones sociales, aportes en seguridad social y liquidación final de prestaciones sociales, los cubrió Jiro S.A., empresa que le contrató por obra o labor desde el 2 de enero hasta el 30 de octubre de 2017. Incluso, la empresa de servicios temporales tenía asignado a un supervisor encargado de resolver los asuntos laborales, como los permisos e incapacidades, para lo que el supervisor acudía a las instalaciones de la empresa usuaria, quien además se encargaba de calificar el desempeño de los trabajadores en misión. En desarrollo del contrato de trabajo presentó incapacidades, acudió a terapias físicas y con motivo de las mismas, le fueron prescritas recomendaciones médicas, sin que a la fecha se le hubiere calificado. Reconoció que la firma impresa en el certificado de inducción era la suya. Sabe que el contrato se podía terminar si cometía una falta o porque ya no necesitaran sus servicios. Cuando lo despidieron tuvo que acudir a las instalaciones de Jiro S.A., data para la cual no estaba incapacitado.

Mientras estaba en terapias, “retiraron a un compañero”, por llevarse cosas del punto de venta, además una compañera salió a vacaciones, debido a ello, faltaba personal, de modo que tuvo que suspender la rehabilitación cuando faltaban tres sesiones, pues el coordinador Heriberto Rodríguez no le dio más permiso, así que sólo reanudó la rehabilitación al terminar el contrato. Al terminar las terapias le dieron restricciones.

A su vez, el **representante legal de Jiro S.A.**, aseguró desconocer a la fecha de terminación de la relación laboral la existencia de un tratamiento médico pendiente del extrabajador, pues existen los gestores de servicios que se desplazan a la empresa usuaria a atender a los trabajadores en misión. Pero no en todas las empresas existe ese gestor, en tanto, algunas veces se pacta desde el contrato de

²⁶ 01. ExpedienteDigital Página 359

²⁷ 01. ExpedienteDigital Página 360

²⁸ 01. ExpedienteDigital Páginas 361 a 363

²⁹ 01. ExpedienteDigital Páginas 364 a 371

³⁰ 01. ExpedienteDigital Página 372 y 385

suministro que sea la empresa usuaria la que informe las novedades a la EST. Conoce las funciones que realizaba el trabajador, para suplir las necesidades de las empresas usuarias.

También se recibió el testimonio del señor **Jhonier Alberto Guerrero**, excompañero del demandante a quien conoció cinco años atrás en “La 14 de la avenida sexta”. Señaló que el accionante trabajaba en la manipulación de alimentos cárnicos, en el año 2015, pero no recuerda el nombre del empleador. “¿Y después él siguió trabajando con Alimentos Cárnicos desde el 2015? R. No, después de eso él creo que renunció, no me acuerdo. ¿Cómo en qué año? R. Al año siguiente ¿O sea como en el 2016? R. Sí señora”, “Cuándo usted lo conoció trabajando con alimentos cárnicos, cuyo nombre usted no recuerda en la 14 cuánto tiempo trabajó usted con él? R. Yo en la catorce dure más o menos 11 meses. ¿Y todo ese tiempo estuvo él allá? R. Sí, señora ¿entonces, en esos 11 meses fue que le empezaron los problemas en las manos por cortar? R. No, en esos 11 meses no”.

Después de eso se distanciaron hasta que Osorio Giraldo ingresó a Alimentos Cárnicos y le dijo que llevara la hoja de vida, así se volvieron a ver en la sexta con avenida catorce en el año 2016, pero no sabe si a inicio o fin de año. Luego de que llevó la hoja de vida a Rica Rondo se demoraron 8 días en contratarlo, por lo que empezó a trabajar el 19 de enero de 2017, pero no empezó a prestar servicios en el mismo punto del demandante, sino en el ubicado en Cosmo Centro durante dos meses, una semana en Paso Ancho y en la 14 Limonar, hasta el 19 de enero de 2018, lugar en el que compartió labores con el actor, quien prestó servicios para Rica Rondo hasta finales de noviembre de 2017, cuando se le dio por terminado el contrato luego de que pidió un permiso de dos días para ir a Manizales a visitar a la abuela, más dos días que “cuadraron turnos”, tomándose casi una semana, pero el día que retomaba actividades Nelson Andrés, él -el testigo- descansaba, y le retiraron el descanso, mientras que al actor, el supervisor de Rica Ronda le indicó que debía acudir a las oficinas de Jiro S.A., que fue la agencia que los contrató para trabajar en Rica Rondo, pero desconoce el tipo de contrato que suscribió Nelson Andrés.

Contó, además, que Jiro S.A. pagaba los salarios y prestaciones por medio de consignación bancaria a tiempo. Prestaban servicios en turnos, y, si se causaban horas extras, las pagaba Jiro S.A.

Lina María Hernández Cuervo, jefe de desarrollo humano y organizacional en alimentos cárnicos, sabe que el demandante fue un trabajador en misión de Jiro

S.A., a quien vio una vez, debido a que acudió a su oficina sin cita previa a preguntarle los motivos por el que lo despidieron, situación que le sorprendió debido a que normalmente no tiene interacción, debido a que para eso tiene a la empresa empleadora y al coordinador que los lideraba que es de la empresa. Se encarga un ejecutivo de cuenta asignado por Jiro S.A., para resolver los temas laborales de los trabajadores. Normalmente para solicitar permisos lo hacían al coordinador y, si había alguna cosa adicional se acudía al ejecutivo de cuenta o a quien hiciera sus veces en Jiro S.A. Cuando se presentan incapacidades, normalmente, para no afectar la operación, informan de manera simultánea al ejecutivo comercial, al jefe inmediato y a Jiro S.A., incluso la empresa de servicios temporales tiene una persona que supervisaba el tema de higiene y seguridad en salud de los trabajadores en misión.

Aseguró que en la ocasión en que el demandante fue a su oficina, acongojado, le preguntó acerca de los motivos del finiquito. Así, le informó que el pico de producción que conllevó a la contratación terminó, aunado a que los almacenes la 14 no estaba pasando por un buen momento y no había tráfico de consumidores. Incluso, le indicó que también se terminaría la vinculación de otras personas. Antes de contratar con Jiro S.A., contrataban el suministro de personal con Sero S.A.S. empresas que se encargaban del cumplimiento de turnos, que cumplieran las normas de convivencia, los estándares para los clientes y la compañía, *“velar obviamente, porque las personas tengan los permisos necesarios, los acompañamientos necesarios en temas de licencias y demás, siempre obviamente, dirigiéndolos a su empleador”*. Que Jiro S.A. pagaba salarios, prestaciones, aportes y horas extras para que procediera al pago. Para la contratación daban a la empresa de servicios temporales una lista. Conforme a ella, la EST busca los perfiles, remite una terna, y de esa terna se elige a un candidato atendiendo a los estándares de La 14, seguidamente, se le informa a Jiro S.A., empresa que se encarga de todo el proceso, incluyendo la validación de las referencias. El suministro de personal se encamina a cubrir licencias, incapacidades y periodos de vacaciones, así como picos de producción o ventas, sin que la gestión dure más de un año, pues aquellos incrementos normalmente tienen una duración de 6 a 8 meses. Aun así, cada punto de venta tiene un comportamiento diferente, por ello, las personas rotaban en los puntos de ventas. Aseguró que año a año se presentan picos de producción, por lo que se contratan apoyos de en los puntos de venta, y, como además la plantilla de personal es amplia, se procura cubrir las licencias de maternidad y los periodos de vacaciones, de manera que cubrieran las posiciones libres por esas contingencias

Por su parte **José Manuel Bustos Henao**, coordinador de logística de distribución de Alimentos Cárnicos, dijo conocer al demandante desde hace unos 3 o 4 años debido a que prestó servicios a la empresa en dos ocasiones por medio de dos empresas de servicios temporales, cumpliendo turnos de 8 horas. La última vez, ejerció labores inicialmente en el punto de la Avenida Sexta y luego en La 14 de Limonar, de carnes frescas rica, a principios del año 2017. Agregó que, como coordinador de la empresa se encargaba de supervisar los puntos de ventas y estar pendientes de los coordinadores de cada uno de estos, particularmente en el punto de venta de la 14 Limonar, el coordinador era Heriberto Rodríguez, quien se encargaba del manejo del recurso humano en el cumplimiento de horario y el manejo de los inventarios. La contratación del personal se hacía a través de empresas de servicios temporales para poder conceder las vacaciones, licencias, permisos, descansos e incapacidades médicas, previa activación por parte de recursos humanos, así como la búsqueda de personal con la agencia, y con esa finalidad estuvo el demandante durante diez meses, según se lo informó recursos humanos. El contrato se finaliza debido a que entre octubre y noviembre ya no se adelantaban más vacaciones. Es el personal de la empresa directamente el que presta los servicios en temporada. Sabe que una vez Jiro S.A. se atrasó en los pagos de los trabajadores en misión. Situación que conoció debido a que los trabajadores lo expresaron y eso se comunicó al área de recursos humanos, dependencia que gestionó directamente con Jiro S.A. el cumplimiento de los pagos.

Las funciones que cumplía eran las de asesor de ventas, además realizaba aseo en el punto, pero no deshuesaba productos, pues eso lo hacía directamente la planta de Medellín. Cualquier situación él, -el testigo- la comunicaba a la empresa, que a su vez la ponía en conocimiento de Jiro S.A., esta última tiene en los puntos de venta un ejecutivo de cuenta que se encarga del personal a su cargo, ya que, sobre esas personas, el personal de Alimentos Cárnicos no podía tomar ningún tipo de decisiones, pues, era Jiro S.A. quien entraba directamente a verificar cualquier situación con el trabajador en misión. Las personas que enviaba Jiro S.A. iban cada 8 o 15 días, de acuerdo a lo que la temporal programara según sus necesidades, ya que, incapacidades y permisos se gestionaban con Jiro S.A., empresa que incluso contaba con una persona para gestionar la higiene, seguridad y salud en el trabajo.

De las pruebas aportadas al plenario, lo primero que debe indicar la Sala es que se acreditaron dos relaciones laborales con empresas de servicios temporales, para que actor desempeñara el cargo en misión en la empresa Alimentos Cárnicos S.A.,

así: **i)** por medio de Sero Servicios Ocasionales S.A.S. del 25 de noviembre de 2014 al 25 de noviembre de 2015, como asesor de carnes frescas³¹, y, **ii)** a través de Jiro S.A. del 2 de enero al 30 de octubre de 2017. Bajo este entendido, es erróneo el planteamiento del apelante de que se superó el término legal de contratación.

Nótese que de ningún medio de prueba se extrae una prestación de servicio con posterioridad al 25 de noviembre de 2015 por parte del demandante, por el contrario, se denota su ausencia entre esa data y la nueva vinculación el 2 de enero de 2017. Aunado a ello, en los hechos narrados en la presentación de la demanda, no se enuncia una prestación de servicios sin solución de continuidad³², allí se hace alusión a dos vinculaciones independientes con un interregno de más de 13 meses de diferencia.

En ese sentido, cabe recordar que desde la presentación de la demanda se solicitó únicamente la declaración de la relación laboral de entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017, por lo que en audiencia del 25 de junio de 2017 se determinó que el litigio giraría en torno a: *“la procedencia o no, del derecho que le pueda asistir al actor, a que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Jiro S.A. para prestar sus servicios a favor de la sociedad Alimentos Cárnicos S.A.S. como asesor de carnes, desde el 2 de enero de 2017 hasta el 30 de octubre de 2017, el cual terminó por decisión unilateral sin justa causa por parte de la demandada Jiro S.A.”*³³, sin que se presentara inconformidad alguna por las partes. De igual manera se advierte, que en el plenario no obra reclamación alguna del señor Osorio Giraldo respecto de Alimentos Cárnicos S.A.S. previo a la presentación de la demanda, en el que se indique una vinculación anterior y continua antes del 2 de enero de 2017.

Ahora, en lo atinente a la relación laboral que pudiera existir entre Alimentos Cárnicos S.A. y el actor entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017, no se evidencia que la referida empresa actuara como verdadero empleador, toda vez que, de las testimoniales rendidas, no se colige órdenes o actos de empleador por la usuaria. Nótese como el propio demandante indicó en su interrogatorio la existencia de un coordinador por parte de Jiro S.A. para las actividades en la empresa usuaria. Incluso señaló que fue la empresa de servicios temporales la que adoptó la decisión de despedirlo, acotando que en todo momento fue aquella la que realizó el pago de salarios y prestaciones. Afirmaciones que se acompasan con los dichos de los testigos del extremo demandando, quienes refirieron la existencia de

³¹ 01. ExpedienteDigital Página 162

³² 01. ExpedienteDigital Páginas 8 a 10

³³ 03. CD. Fl. 384 minuto 8:06 a 10:26 y 01. ExpedienteDigital Páginas 397 a 400

un ejecutivo de cuenta de Jiro S.A. encargado de tramitar permisos, incapacidades y demás novedades de los trabajadores en misión.

De igual manera, fueron coincidentes los señores **Lina María Hernández Cuervo** y **José Manuel Bustos Henao**, al expresar que cualquier evento disciplinario presentado por los trabajadores en misión, se comunicaba por medio de recursos humanos a la empresa de servicios temporales, incluso el señor Bustos Henao fue reiterativo al afirmar que los trabajadores de Alimentos Cárnicos S.A.S. no podían tomar ninguna determinación respecto a los trabajadores en misión, por lo que su deber como coordinador era activar el protocolo ante recursos humanos, para que este, a su vez, remitiera las situaciones a Jiro S.A., hecho que resulta coincidente con la manifestación del demandante de que tuvo que acudir a las instalaciones de Jiro S.A. para que se le entregara la carta de terminación de la relación laboral. Sobre este aspecto, es importante acotar que fue declarada la terminación del contrato por parte de Jiro S.A. en la sentencia apelada, sin que se contradijera esa conclusión de la sentencia de primer grado.

Téngase en cuenta entonces, que, en el presente asunto, no se acreditó que Alimentos Cárnicos S.A. fuera el verdadero empleador del demandante, ya fuera por **i)** haber superado el término establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, o **ii)** por haberse demostrado que no fue contratado para ejercer labores de alzas de producción, vacaciones, licencias e incapacidades. Sobre el primer aspecto, es palpable que la vinculación no superó el término máximo de un año. Mientras que en el segundo evento, los testigos **Lina María Hernández Cuervo** y **José Manuel Bustos Henao**, dieron fe de que dicha vinculación se dio con ocasión a la rotación del personal de los puntos de venta vinculado directamente con Alimentos Cárnicos, debido a las licencias de maternidad, incapacidades y vacaciones. Incluso, **el demandante** contó que había poco personal en el punto de venta en el que se encontraba asignado, ya que faltaban dos personas, una por finalización del contrato y otra por vacaciones.

En ese orden es claro que le asiste razón a la falladora de primer grado al determinar la existencia del nexo laboral con Jiro S.A. entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017, como quiera que extremo actor no cumplió con la carga probatoria que le asistía de conformidad con los artículos 164 y 167 del C.G.P.

Bajo los planteamientos atrás esbozados, respecto de la declaración de **solidaridad**, es claro que sobre ese aspecto erró la sentencia de primera instancia,

ya que, una vez se concluyó la existencia del nexo laboral únicamente con la demandada Jiro S.A., no había lugar a declarar la solidaridad de que trata el artículo 34 del CST pues no se trataba de un contratista independiente, por lo que tal argumento basta para modificar la sentencia apelada en dicho sentido, de modo que se revocará parcialmente el numeral cuarto del proveído apelado.

4. ¿Resulta procedente el reintegro del demandante a su puesto de trabajo, por estar amparado por el principio de estabilidad ocupacional reforzada?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Para el caso de marras, no procede la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no comprobarse que, para la fecha de la desvinculación del trabajador, contara con una discapacidad que limitara sustancialmente la actividad laboral para la cual fue contratado.

4.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Estabilidad laboral reforzada por limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales.

En los artículos 13, 47 y 54 de la Carta Política, se garantiza y protege el derecho fundamental al trabajo para las personas que tienen minusvalía física, sensorial o psíquica. En desarrollo de estos preceptos, el Legislador a través de la Ley 361 de 1997, consagró la estabilidad laboral de esta población. Su artículo 26, establece:

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

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado **por razón de su limitación**, 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.”* (La expresión limitación debe entenderse como “discapacidad” o “en situación de discapacidad” según sentencia [C – 458](#) de 2015 de la Corte Constitucional).

La jurisprudencia de las Altas Cortes no ha sido ajena a esta temática. La Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tienen

criterios divergentes en cuanto a la discapacidad que protege la norma, pero pueden complementarse al momento de analizar la aplicación de la estabilidad ocupacional reforzada en cada caso.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que esta protección es para las personas que, conforme a esa normatividad, se consideran como limitadas o en condición de discapacidad. Estas personas son aquellas que tienen un grado de discapacidad superior al 15%.³⁴ Igualmente, en providencia SL1360 del 11 de abril de 2018, sostuvo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

En la citada providencia, la Corte refirió también que: **(i)** la prohibición establecida en dicho precepto se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que es legítima la extinción del vínculo laboral **soportada en una justa causa**; **(ii)** si en un proceso laboral, el **trabajador acredita** su situación de discapacidad y **que esta era conocida por el empleador, el despido se presume discriminatorio**, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario; y **(iii)** la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral ha decantado respecto de las condiciones que se requieren para dar aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que garantiza la estabilidad laboral reforzada por eventos de afectación de la salud. En efecto, la Corte ha dicho, en la providencia **CSJ SL059-2022 de fecha 24 de enero de 2022**, lo que ahora se transcribe:

“En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

³⁴ Sentencias del 25 de marzo de 2009, rad. 35606; 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235; del 3 de noviembre de 2010, rad. 38992, del 7 de septiembre de 2016, rad. 51865, del 25 de enero de 2017, rad. 45314 y más reciente la SL5181 del 27 de noviembre de 2019, Radicación No. 68610.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

*En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet **como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:***

*No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía **no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso.***

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

*Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento **no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%** (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).*

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

*Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque **la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.***

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017 sostiene que dicha norma aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que sea

relevante determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de la misma. En sentencia T – 041 de 2019 se puntualizó que dicha regla debe ser aplicada de encontrarse acreditados los siguientes presupuestos:

*“(i) el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una **afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones**; (ii) el empleador hubiese conocido tal condición **en un momento previo al despido**; (iii) no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y (iv) el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio”.*

Según sentencia T – 420 de 2015, esta presunción tiene su razón de ser: *“en el hecho de que, generalmente, el nexo causal entre este evento y la condición de discapacidad es muy difícil de probar. Por ende, esa carga no le corresponde asumirla a quien tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional porque ello sería negarle su derecho a la estabilidad laboral reforzada”.*

En consecuencia, esta Sala mayoritaria para los casos en que no se presenta una pérdida de la capacidad laboral, o que esta no supere el 15%, acoge el criterio de la Corte Constitucional. Según esto, esta garantía se extiende a personas que padezcan una afectación sustancial en el ejercicio normal y regular de sus funciones.

4.1.2 Caso en concreto

Establecido el nexo laboral con Jiro S.A., se pasa entonces a determinar si era procedente o no el reintegro del extrabajador.

Desde la contestación de la demanda, la posición asumida por Jiro S.A., es que no había lugar a solicitar permiso ante el Ministerio del Trabajo, debido a que el demandante para la fecha de terminación de la relación laboral no tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, ni conoció que tuviera afección alguna, debido a que no se interrumpió la prestación del servicio, aunado a que la finalización del vínculo entre las partes correspondió a la finalización de la obra.

Los medios de prueba practicados en el proceso permiten concluir a esta Sala mayoritaria que no se cumplen con todos los presupuestos para que se proteja el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada del demandante, por lo siguiente:

i) El trabajador no presenta una limitación física, sensorial o psíquica sustancial que dificulta o impide el desarrollo regular de su actividad

laboral, conforme a lo siguiente:

- a) Certificado médico de aptitud laboral de 15 de noviembre de 2014, junto con su certificado médico de preingreso ocupacional en el que se concluyó: “...no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de **ASESOR DE CARNES FRESCAS**”³⁵.
- b) Certificación médica de manipulación de alimentos, del 29 de diciembre de 2016, previo ingreso a “Jiro S.A./Alimentos Cárnicos, en el que se establece que es **“APTO”**”³⁶.
- c) Historia clínica:
 - a. 23 de enero de 2017³⁷, oportunidad en la que se diagnostica: “**M255 DOLOR EN ARTICULACIÓN**” y “**G560 SÍNDROME DE TÚNEL CARPIANO**” y se ordena manejo por fisioterapia.
 - b. 16 de marzo de 2017³⁸, en la que se anota “*paciente quien refiere cuadro de 4 meses de evolución de dolor en mano derecha al inicio episódico, que aumenta en intensidad y frecuencia, refiere parestesia tipo calambre y hormigamiento, corrientazo, refiere que tiene que parar las actividades, se exacerba con las actividades de la mano y al conducir moto, asiste valoración remitido. No estudios sin terapia*”. También se diagnostica, “**G560 SÍNDROME DE TÚNEL CARPIANO, M569 SINOVITIS Y TENOSINOVITIS, NO ESPECIFICADA**”, además ordena consulta de seguimiento por fisioterapia y terapia física integral.
 - c. Programación de citas de fisioterapia³⁹, así:



1. APICENTER

Dirección: Carrera 43a # 5a - 30 - B/ Tequendama - Santiago de Cali
PBX (2) 387 67 80 353 8183

DOS INASISTENCIAS CONTINUAS GENERARÁN PERDIDA DE SU PROGRAMACION. CUALQUIER CANCELACION DEBERA HACERLA CON 48 HORAS DE ANTICIPACION Y LA NUEVA PROGRAMACION ESTARA SUJETA A LA DISPONIBILIDAD DE LA AGENDA.



Nombre Usuario: **OSORIO GIRALDO NELSON ANDRES** Identificación: CC 1130637699

Fecha Nacimiento: 23/12/1987 Edad: 29 A Tipo de Sangre: Genero: MASC

Tipo: COTIZANT Dirección: CRA 761 1 93 31 Teléfono: 4226299/3234157010

Profesional	Hora	Fecha	Estado	Cliente	Costo y Tipo Atención
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:02	09/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:07	11/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:02	16/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:06	18/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:02	23/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:05	25/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:02	30/05/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA
LESLY PATIÑO ESTRADA	16:05	01/06/2017	PENDIENTE	COMPENALCO VALLE EPS EVENTO	CONSULTA EXTE FISIOTERAPIA

³⁵ 01. ExpedienteDigital Páginas 43 y 44

³⁶ 01. ExpedienteDigital Página 45

³⁷ 01. ExpedienteDigital Página 47 y 48

³⁸ 01. ExpedienteDigital Página 46 y 49

³⁹ 01. ExpedienteDigital Página 51

d) Estudio electromiográfico de miembros superiores del 11 de mayo de 2017⁴⁰, cuya conclusión señala: *“Estudio ANORMAL, evidencia electrofisiológica de neuropatía focal de mediano bilateral a nivel de muñecas, compatible con síndrome de túnel del carpo moderado”*.

e) Evolución médica del 20 de junio de 2017, por la terapeuta ocupacional tratante⁴¹:

“Componente Sensorial: En el componente sensorial el dolor está en ambas muñecas en mayor medida derecha, sin irradiación. Los factores que aumentan son posiciones estáticas prolongadas, manejo de peso, repetitividad de movimientos. Los factores que disminuyen respuesta de dolor son temperaturas calientes, refiere sensación de calambre, entumecimiento aumenta en jornada nocturna. Califica 10/10 en mano derecha e izquierda 7/10 en escala visual análoga al dolor (...)

Evolución: Paciente que a la fecha realiza 5/5. Logra mejor actitud postural, menores compensaciones, logra ser adherente con las modificaciones de hábitos de actividades básicas. Logra hacer modificaciones en el contexto del hogar para facilitar realización, a la fecha no se observa mejoría clínica significativa persisten disestesias y niveles incrementados del dolor (...)

f) Evolución clínica del 16 de noviembre de 2017, en el que se inscribe⁴²:

“Diagnóstico: g560 síndrome de túnel del carpo.

Profesional remitente Johan Shareef Ramírez Montenegro por favor autorizar 10ss de fisioterapia (...)

Examen físico

- *Inspección: postura: cabeza levemente adelantada, hombros anteriorizados, trofismo conservado inflamación en región tenar e hipotenar mano derecha.*
- *Palpación: disminución leve de espasmos en trapecio superior, deltoides anterior y flexores del carpo*
- *Sensibilidad continua con parestesias en palma de manos y dedos bilateralmente.*
- *Evaluación de movilidad: rangos de movilidad conservados*
- *Flexibilidad: retracciones en flexores del carpo bilateralmente*
- *Evaluación de la fuerza muscular flex 4-/5 der 4/5 izq ext 4+/5 der 4+/5 izq pinza opositora funcional. Deficiencia en el sistema neuromuscular que limita las actividades de agarres.*

PLAN: CONTINUACIÓN BAJO CRITERIO MÉDICO”

g) Resumen historia clínica en la cual se detallan 10 sesiones de fisioterapia entre el 6 de abril y el 8 de mayo de 2018⁴³.

⁴⁰ 01. ExpedienteDigital Páginas 52 a 54

⁴¹ 01. ExpedienteDigital Páginas 55 y 56

⁴² 01. ExpedienteDigital Página 57

⁴³ 01. ExpedienteDigital Páginas 61 a 64

Se practicó el **interrogatorio al demandante**, quien contó que mientras estaba en terapias, *“retiraron a un compañero”*, por llevarse cosas del punto de venta, además una compañera salió a vacaciones, debido a ello, faltaba personal, de modo que tuvo que suspender la rehabilitación, cuando faltaban tres sesiones, pues, el coordinador Heriberto Rodríguez no le dio más permiso, así que sólo reanudó la rehabilitación al terminar el contrato. Al terminar las terapias le dieron restricciones. Cuando lo despidieron tuvo que acudir a las instalaciones de Jiro S.A., data para la cual no estaba incapacitado.

Por su parte el **representante legal de Jiro S.A.**, aseguró desconocer a la fecha de terminación de la relación laboral la existencia de un tratamiento médico pendiente del extrabajador, pues existen los gestores de servicios que se desplazan a las empresas usuarias a atender a los trabajadores en misión, pero no en todas las empresas existe ese gestor, en tanto, algunas veces se pacta desde el contrato de suministro que sea la empresa usuaria la que informe las novedades a Jiro S.A. Conoce las funciones que realizaba el trabajador, las cuales correspondían a suplir las necesidades de las empresas usuarias.

El testigo **Jhonier Alberto Guerrero**, supo que Nelson Andrés estaba enfermo, debido a que durante dos meses le pidió que cambiaran los turnos para acudir a las terapias cuando estaban en el Limonar, pues tenía problemas en las manos por el movimiento del corte de carne *“creo, no estoy seguro”*, pero lo infiere a partir de las charlas de seguridad y salud en el trabajo en las que se les explicó que los movimientos repetitivos conllevan a sufrir de túnel carpiano, pues aun cuando las carnes frescas se encuentren empacadas, si le piden tajarla, deben hacerlo. *“Cuándo usted lo conoció trabajando con alimentos cárnicos, cuyo nombre usted no recuerda en la 14 cuánto tiempo trabajó usted con él? R. Yo en la catorce dure más o menos 11 meses. ¿Y todo ese tiempo estuvo él allá? R. Sí, señora ¿entonces, en esos 11 meses fue que le empezaron los problemas en las manos por cortar? R. No, en esos 11 meses no”*.

Durante los 6 meses que fueron compañeros en el limonar, Osorio Giraldo, estuvo incapacitado una vez por pocos días, no sabe si tenía recomendaciones médicas, pero le consta que no le dieron permiso para asistir a las terapias médicas, debido a que estaban escasos de personal, pues para esa época una *“muchacha que estaba directamente, estaba en vacaciones y a Nelson le dijeron que no le podían ayudar más con las terapias”*, el supervisor encargado conocía de las terapias.

Lina María Hernández Cuervo, dijo haber visto una vez al demandante, debido a que sin cita previa, a preguntarle los motivos de la terminación de la vinculación, allí le informó, que el pico de producción que conllevó a la contratación, terminó, aunado a que los almacenes la 14 no estaban pasando por un buen momento y no había tráfico de consumidores. Durante esa conversación en ningún momento le manifestó que presentara alguna afección de salud. Aseguró que no conoció de incapacidades ni terapias prescritas al demandante.

José Manuel Bustos Henao, coordinador de logística de distribución de Alimentos Cárnicos, dijo que el demandante era asesor de ventas, además realizaba aseo en el punto, pero no deshuesaba productos, pues eso lo hacía directamente la planta de Medellín. Cualquiera situación él, -el testigo- la comunicaba a la empresa, que a su vez la ponía en conocimiento de Jiro S.A., esta última tiene en los puntos de venta un ejecutivo de cuenta que se encarga del personal a su cargo, ya que, sobre esas personas el personal de Alimentos Cárnicos no podía tomar ningún tipo de decisión, pues, era Jiro S.A. quien entraba directamente a verificar cualquier situación con el trabajador en misión, las personas que enviaba Jiro S.A. iban cada 8 o 15 días, de acuerdo a lo que la temporal programara según sus necesidades, ya que, incapacidades y permisos se gestionaban con Jiro S.A., empresa que incluso contaba con una persona para gestionar la higiene, seguridad y salud en el trabajo.

El coordinador no le dijo que el actor presentaba incapacidades o estaba solicitando permisos para acudir a terapias, tampoco el demandante le manifestó que padeciera túnel carpiano, tan sólo conoció de unos permisos para que el actor fuera a recoger a la esposa en la empresa en la que ella trabajaba

Sobre la valoración probatoria de las documentales adosadas al plenario, se tiene que no es dable tener en cuenta aquellas expedidas con anterioridad a la data de inicio de la relación laboral previamente declarada entre el demandante y la sociedad Jiro S.A., esto es entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017. De igual manera, como quiera que el conflicto a resolver se centra en determinar si para el mes de octubre de 2017, el hoy demandante, era sujeto de especial protección, dicha situación tampoco puede corroborarse con las reseñas médicas expedidas luego de la finalización del nexo entre las partes.

Así, una vez delimitado el marco probatorio, evidencia la Sala que el demandante padecía síndrome del túnel de carpo, enfermedad, por la cual le fueron prescritas

terapias físicas a efecto de rehabilitarlo, empero, ni del dicho del testigo **Jhonier Alberto Guerrero**, ni de lo expresado por el demandante, o alguno de los otros declarantes, se evidencia que el señor **Nelson Andrés Osorio Giraldo**, tenía un impedimento para ejercer sus labores de manera regular.

Nótese que en ninguno de los hechos enlistados en la demanda se narra impedimento para el ejercicio normal de las funciones asignadas a Osorio Giraldo el 2 de enero 2017 por Jiro S.A⁴⁴, ni se hizo inferencia a esas circunstancias por el demandante o los testigos durante la práctica de pruebas, incluso, aun cuando allí no se enlista el corte de carne como una labor a ejecutar, a diferencia de lo expuesto en la audiencia de pruebas, tampoco se realizó una mención acerca de la existencia de una dificultad para ejercer a plenitud ese oficio.

No desconoce esta colegiatura la existencia de la patología, ni del tratamiento, sin embargo, como se explicó dentro del fundamento jurisprudencial de la presente decisión, no es cualquier merma en la salud del trabajador la que conlleva a su inexorable protección, por el contrario, debe tratarse de una disminución tal en su fuerza de trabajo que afecte el desarrollo de la labor para la cual fue contratado, situación no acreditada en el asunto bajo examen, pues aun cuando existe libertad probatoria en el ordenamiento jurídico, no se aportó una prueba fehaciente al tenor del artículo 164 del CGP, que permita dilucidar una afectación significativa en la fuerza de trabajo del demandante.

En ese orden, el extremo actor no cumplió con la carga probatoria que le incumbe – art. 167 CGP-, para demostrar su tesis del caso, pues no obra, a manera de ejemplo, relación de incapacidades, calificación de pérdida de capacidad laboral, recomendaciones medico laborales o algún otro medio de convicción que no deje duda de la dificultad para ejercer su oficio habitualmente. En gracia de discusión, aun cuando resulta reprochable el actuar del empleador al limitar el derecho del trabajador a asistir a las sesiones de terapia física, esa sola circunstancia no da lugar a la reinstalación del demandante.

⁴⁴ “El trabajador al servicio de JIRO S.A. Que ostenta el cargo anteriormente descrito y para el cumplimiento del objetivo trazado tendrá dentro de sus funciones y responsabilidades las siguientes: i) Asesorar y orientar a los clientes en las compras de producto buscando la satisfacción de los clientes. ii) Prestar atención y adecuado servicio a los clientes en los puntos de venta (La 14). iii) Aplicar los conocimientos técnicos, gastronómico y proceso de operación de la carne. iv) Realizar labores de higiene y desinfección en los puntos de venta registrar en el sistema la información para el control y registro de BPM salud integral, metrología y otros. v) Ejecutar las actividades de recepción, inventario y rotación de productos y demás elementos para el adecuado proceso de ventas” 01. ExpedienteDigital Página 172

Lo anterior basta para revocar el fallo de primera instancia. Así, dado que no se acreditó por el demandante ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, por sustracción de materia, se revocarán las condenas impuestas, derivadas de dicha declaración. bajo este entendido, se estudiará la pretensión subsidiaria de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

5. ¿Procede el pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST?

La respuesta al interrogante es **negativa**. Pues en la etapa probatoria no se debatió la ausencia de pago de las acreencias laborales, ni se plantearon en la demanda hechos que fundamentaran dicha pretensión. Tampoco se vislumbra en el material probatorio incumplimiento en ese sentido por parte del empleador.

5.1. Indemnización moratoria artículo 65 C.S.T.

El artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, prevé la sanción que opera cuando el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato.

Dicha sanción viene tarifada en la ley y corresponde a un día de salario por cada día de retardo, durante los 24 meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico. Sin embargo, la modificación legal del año 2002 previó que en tratándose de trabajadores que devenguen más de un salario mínimo legal mensual vigente debería evaluarse si la reclamación se impetró dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral. En caso afirmativo, la indemnización será equivalente al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses, luego de lo cual se tendrá derecho a intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique, los cuales se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero (CSJ SL3936-2018).

Frente a dicho concepto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL3616 del 09 de septiembre de 2021, radicación No. 84226, recalcó que, la indemnización moratoria no opera de manera automática, sino que en cada caso concreto debe valorarse la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su

conducta y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. De tal manera, es deber del juez examinar las pruebas en aras de verificar si se presentaron motivos que verdaderamente resulten suficientes para exculpar la falta de pago. Asimismo, se insistió en que, el eximente de responsabilidad, en estos casos, opera siempre que los fundamentos que aduce el empleador moroso, resulten serios y atendibles, pues no cualquier excusa sirve para absolverlo de esta condena.

Finalmente, conviene recalcar que, la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de: *“otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción”* (CSJ SL9641-2014).

5.2. Caso en concreto.

Solicita el actor de manera subsidiaria el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, empero, en la demanda no se indica qué conceptos dejó de pagar el empleador, que fundamente la pretensión.

Adicionalmente, obra en el expediente como material probatorio:

- a. Certificado laboral del 6 de diciembre de 2017, expedida por Jiro S.A. en la que se anota, una asignación mensual equivalente al salario mínimo⁴⁵.
- b. Liquidación del contrato de trabajo que tuvo o vigencia entre el 2 de enero y el 30 de octubre de 2017, con Jiro S.A.⁴⁶, en la que se incluyen emolumentos tales como recargo nocturno, dominicales o festivos laborados, vacaciones de retiro, prima de servicios, cesantías junto con sus intereses, así como los descuentos correspondientes a los aportes en salud y pensión, para un pago total de \$1.740.327.
- c. Desprendibles de nómina⁴⁷.
- d. Certificado de afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.⁴⁸

⁴⁵ 01. ExpedienteDigital Página 60

⁴⁶ 01. ExpedienteDigital Página 174

⁴⁷ 01. ExpedienteDigital Páginas 186, 192, 199, 207, 214, 222, 229, 236, 243, 251, 259, 266, 274, 282, 289, 290, 295, 296, 302, 303, 310 y317.

⁴⁸ 01. ExpedienteDigital Página 360

e. Certificado de pago de aportes⁴⁹.

De las probanzas señaladas se tiene que el empleador cumplió con las obligaciones a su cargo. Así, como quiera que no se debatió en el presente asunto inconsistencia alguna con los pagos recibidos, no hay lugar a proferir condena alguna por sanción moratoria.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de las dos instancias a la parte demandante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales **UNO** a **CINCO** y **SIETE** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a - Jiro S.A. y Alimentos Cárnicos S.A. de todas las pretensiones a incoadas en su contra por Nelson Andrés Osorio Giraldo.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de las dos instancias a la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para el sistema judicial
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

⁴⁹ 01. ExpedienteDigital Páginas 361 a 363



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

Firma digitalizada por:
Acto Judicial

Caf-Valle

YULI MABEL SÀNCHEZ QUINTERO