

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Tipo de Proceso	ORDINARIO LABORAL
Radicado	13001-31-05-008-2019-00018-01
Demandante	FELIPE PADILLA ESCOBAR
Demandado	TALENT GROUP S.A.S. y INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S.
Magistrado Ponente	CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS

En Cartagena a los veinticuatro (24) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), la Sala Segunda de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, procede a resolver la apelación, dentro del proceso (ordinario), instaurado por: **FELIPE PADILLA ESCOBAR** contra **TALENT GROUP S.A.S. E INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S.**, radicación única **13001-31-05-008-2019-00018-01**, en la modalidad de alternancia, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En armonía con lo anterior, la ley 2213 del 2022 artículo 13, determinó que la decisión de segunda instancia se dictara por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

ALEGATOS: Esta etapa se surtió mediante auto del 25 de octubre de 2021, notificada por estado No 188 del 26 de octubre de 2021, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado.

II. OBJETO

El objeto de esta sentencia es resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia del 19 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró que entre las demandadas INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y TALENT GROUP S.A.S, incumplieron el ordenamiento jurídico en lo previsto en el artículo 77 y siguiente de la ley 50 de 1990; declaró que la empresa INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S, es el verdadero empleador del demandante y que la empresa TALENT GROUP S.A.S, sirvió como simple intermediario y por lo tanto, es solidariamente responsable de las obligaciones adeudadas; declaró que entre el demandante e INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 10 de octubre de 2014 al 16 de julio de 2017, cuando se le dio por terminado sin justa causa dicha relación laboral a la demandada solidaria; declaró ineficaz el despido del que fue objeto el demandante por parte de la demandada INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y en consecuencia ordenó a INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S a reinstalar al demandante a un cargo igual o superior al que venía desempeñando al momento del despido atendiendo a su estado de salud; condenó a INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y solidariamente a TALENT GROUP S.A.S, a pagar a favor del actor los salarios, vacaciones, prestaciones sociales legales y el pago de aportes en seguridad social en pensión, dejados de percibir desde el 6 de julio de 2017 hasta su efectiva reinstalación; condenó INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y solidariamente a TALENT GROUP S.A.S., a pagar la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas; absolvió a

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



MEGATIENDAS SUPERMAYORISTAS S.A.S., de todas las condenas; condeno en costas a INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y solidariamente a TALENT GROUP S.A.S, fija agencias en derecho en la suma de 7% de las condenas.

III.ANTECEDENTES RELEVANTES

Pretensiones

El demandante solicitó en su escrito de demanda se declare y se reconozca que entre el demandante y las empresas Talent Group S.A.S, Invercomer del Caribe S.A.S y Megatiendas Supermayorista, existió un contrato de trabajo a término indefinido en el tiempo comprendido entre el 9 de octubre de 2014 al 6 de julio de 2017; se declare y reconozca que el vínculo laboral finalizó de manera unilateral e injusta; se declare y reconozca que el vínculo laboral amen de finalizar de manera unilateral e injusta también su terminación fue ilegal en razón a que mi representado se encontraba bajo tratamiento médico por lesión en su columna vertebral, vulnerándose la estabilidad laboral reforzada; se condene a las empresas a reintegrar al demandante con todas sus garantías legales y extralegales a un cargo igual o superior categoría, sin que afecte su lesión de columna; se condene al pago de salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta su reintegro; se condene al pago de las cotizaciones al régimen de seguridad social desde el despido hasta el reintegro.

De manera subsidiaria solicito que de no darse el reintegro del actor, se declare que el contrato termino sin justa causa y se pague la correspondiente indemnización por despido injusto, de que trata el artículo 64 del CST; se condene al pago de la sanción de 180 días del artículo 26 de la ley 361 de 1997; se condene al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales del tiempo comprendido entre el 9 de octubre de 2014 al 6 de julio de 2017; como consecuencia del no pago completo de sus prestaciones sociales sin ninguna razón, se condene al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST; se condene en costas y agencias en derecho.

Hechos

Fundó sus pretensiones en dieciséis (16) hechos, siendo los más relevantes que el demandante suscribió con la empresa Talent Group S.A.S., aparentes contratos de trabajo por duración de la obra o labor, los cuales iniciaron el 9 de octubre de 2014; que el demandante fue enviado a las empresas Megatiendas Supermayoristas S.A.S. e Invercomer del Caribe S.A.S., como auxiliar de rotulación, en megatienda del Barrio Olaya Herrera; las funciones o el trabajo desarrollado consistía en hacer los avisos o publicidad de los productos que vende Megatienda; que las funciones enunciadas se realizaban en la jornada de 7 am a 3 pm; que la actividad comercial de la empresa Megatienda Supermayoristas S.A.S e Invercomer del Caribe S.A.S, es entre otras la compra y venta de toda clase de productos alimenticios y no alimenticios de consumo masivo procesado o sin procesar; que al momento de entrar a laborar con la empresa Talent Group S.A.S al demandante se le practico examen médico de ingreso, en el que se conceptuó estar en buenas condiciones y apto sin limitaciones para laborar; que el demandante desde el mes de febrero de 2017, con frecuencia acudía a la EPS COOMEVA por los dolores intensos de Columba vertebral; que en su historia clínica de fecha 6 de junio de 2017, le fue diagnosticada una enfermedad en la columna vertebral, con dolor y limitación a la movilidad, con pérdida de fuerza y dolor que se irradia a las piernas; que terminada la última incapacidad de 5 días (30-06-2017) la empresa decide el 6 de julio de 2017, despedirlo injustamente, aprovecharon el día siguiente de regresar de su incapacidad para despedirlo; que el demandante advirtió a la empresa que se

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



encontraba en tratamiento médico para su lesión en la Columna vertebral; que al demandante le fue ordenado remisión a ortopedia y evaluación para cirugía de columna el día 5 de septiembre de 2017 y 12 de septiembre de 2017; que al demandante se le practico examen médico de retiro, el cual conceptuó que el egreso no fue satisfactorio

Contestación de la demanda

Mediante auto de fecha 28 de febrero de 2019 (folio 1-2 pdf. 4 expediente digital), se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la parte demandada así:

MEGATIENDAS SUPERMAYORISTAS S.A.S.: Visible a folio 1-11 del pdf. 5 expediente digital. Manifestó que no le constan los hechos de la demandada. Se opuso a las pretensiones y no propuso las excepciones.

INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S.: Visible a folio 1-17 del pdf. 7 expediente digital. Manifestó que los hechos 1,2,3,5,7 al 16 no le constan. Que el hecho 4 no es cierto. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de inexistencia de vínculo laboral, inexistencia del derecho reclamado, buena fe y genérica.

TALENT GROUP S.A.S.: Visible a folio 1- del pdf. 8 expediente digital. Manifestó que los hechos 1,6,7 son cierto. Que el hecho 2,9,14 son parcialmente cierto. Que los hechos 5,10,12,15,16 no le consta.

IV.DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, profirió sentencia el 19 de noviembre de 2020, mediante la cual declaró que entre las demandadas INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y TALENT GROUP S.A.S, incumplieron el ordenamiento jurídico en lo previsto en el artículo 77 y siguiente de la ley 50 de 1990; declaró que la empresa INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S, es el verdadero empleador del demandante y que la empresa TALENT GROUP S.A.S, sirvió como simple intermediario y por lo tanto, es solidariamente responsable de las obligaciones adeudadas; declaró que entre el demandante e INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 10 de octubre de 2014 al 16 de julio de 2017, cuando se le dio por terminado sin justa causa dicha relación laboral a la demandada solidaria; declaró ineficaz el despido del que fue objeto el demandante por parte de la demandada INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y en consecuencia ordenó a INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S a reinstalar al demandante a un cargo igual o superior al que venía desempeñando al momento del despido atendiendo a su estado de salud; condenó a INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y solidariamente a TALENT GROUP S.A.S, a pagar a favor del actor los salarios, vacaciones, prestaciones sociales legales y el pago de aportes en seguridad social en pensión, dejados de percibir desde el 6 de julio de 2017 hasta su efectiva reinstalación; condenó INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y solidariamente a TALENT GROUP S.A.S., a pagar la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas; absolvió a MEGATIENDAS SUPERMAYORISTAS S.A.S., de todas las condenas; condeno en costas a INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S y solidariamente a TALENT GROUP S.A.S, fija agencias en derecho en la suma de 7% de las condenas.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: El Aquo indicó que teniendo en cuenta las pretensiones y su contestación los problemas jurídicos se circunscriben en determinar si existió incumplimiento de las normas del trabajo temporal, la

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



existencia del contrato y si fue discriminatorio el despido por encontrarse en estado de debilidad manifiesta.

Sostuvo que al analizar los elementos materiales allegados al proceso, encontró que son hechos ciertos: Que la demandada Talent Group S.A.S., tiene como objeto social la prestación de servicios a terceros, servicios que presta a través de personas naturales; que Invercomer del Comercio S.A.S., tiene como objeto social la compra y venta de productos masivos y a nombre de dicha sociedad tienen afiliados varias megatiendas; que Megatienda tiene como objeto social la compra y venta de productos masivos; que entre Invercomer y Talen Group se suscribió un contrato de suministros de personal; que el 9 de octubre de 2014 el demandante se realizó examen de aptitud laboral, encontrándose apto y sin limitaciones; que entre el demandante y Talen Group, se suscribió un contrato por duración de la obra como trabajador en misión en la empresa usuaria megatienda exprés; que según epicrisis al actor le fue diagnosticada la patología lumbago con ciática y por la cual le fueron prescritas unas incapacidades, orden de cirugía de columna; que el 6 de julio de 2017 Talen Group dio por terminado el contrato por la terminación de la obra en la empresa en misión; que el contrato duro más allá de lo permitido por las normas de trabajador en misión y se dio por terminado al cabo del vencimiento de unas serie de incapacidades.

Conforme a lo anterior, la sentencia fue condenatoria atendiendo que la protección de estabilidad laboral reforzada es para aquellas personas que se encuentran en condición de debilidad sin importar que exista o no un dictamen y al revisar las normas sobre contratación de servicio temporal, las demandadas no cumplieron con dicha normatividad.

En cuanto a la relación laboral que ato a las partes encontró sostuvo que fue un hecho pacifico la existencia de un contrato de obra entre el demandante y Talen Group, para desempeñarse como auxiliar de rotulación en megatienda exprés; que Talen Group tiene como objeto social el envío de personal y que Invercomer del Caribe S.A.S., tiene como objeto social la venta de productos y tiene inscrito unos establecimientos de comercio, entre los cuales se encuentra megatienda exprés donde laboraba el demandante; que megatienda Supertienda S.A.S., solo tiene inscrito el Festival del arroz y Megatienda, no siendo propietaria del establecimiento donde laboraba el demandante, por lo tanto no es responsable de las pretensiones incoadas en esta demandada.

Conforme al contrato allegado encontró que la obra o labor contratada estuviera claramente determinada, y en la realidad lo que ocurría es que cada anualidad se liquidaba el contrato y al año siguiente se contrataba nuevamente para desempeñar el mismo trabajo en el mismo lugar, por lo que en este caso existió un solo contrato a término indefinido, conforme al principio de la primacía de la realidad.

Por otro lado, sostuvo que la empresa usuaria solo podía contratar trabajador en misión conforme las normas y condiciones establecidas en la ley, y cuando ello no ocurre la empresa contratista pasa a ser una intermediaria y la empresa usuaria pasa a ser el verdadero empleador, que fue lo que ocurrió en el presente caso.

En lo que tiene que ver con la discapacidad y el reintegro por ineficacia del despido, sostuvo que la protección establecida es para que el trabajador no pierda su empleo por una decisión arbitraria del empleador, por ello la Corte Suprema ha adocinado que en esos casos, el despido es ineficaz y hay lugar al pago de salarios e indemnización, si no se agotan todos los mecanismos para su recuperación; que la

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



presunción se activa cuando se demuestra su discapacidad y corresponde al empleador demostrar la justa causa alegada, además se debe probar que el empleador conocía de su discapacidad y que esa discapacidad debe ser moderada.

En el caso advirtió que el actor probó padecimiento en su salud a la fecha de terminación de su relación laboral y ello se constata con su epicrisis en la que consta que le fue diagnosticado lumbago con ciática, con unas incapacidades médicas, y además se encontraba pendiente de cita médica con ortopedia, terapias, inclusive según examen de retiro de retiro sigue con dolor lumbago, todo lo anterior lo lleva a concluir que el demandante es una persona que se encontraba en condición de discapacidad y si bien no se encentra el dictamen, advierte que acoge la línea jurisprudencial de la corte Constitucional de que si el empleador conoce de las condiciones de salud del trabajador, debe cancelar la indemnización y las demás prestaciones a que haya lugar. Aunado a lo anterior la demandada dio por terminado el contrato de trabajo por terminación de la obra estando en presencia de un trabajador con discapacidad, y en este caso la parte demandada no dio razones de que la terminación fue por una justa causa, no existe prueba de que se haya solicitado permiso al ministerio por la existencia de una justa causa, en todo caso el al conocer la condición y no tener el permiso, se entiende que fue por su condición de salud.

Por último, aclaro que, si bien no existe dentro del plenario el dictamen de la pérdida de capacidad laboral, la experiencia indica por su patología debe ser igual o superior al 15% y por lo tanto se debía proteger al trabajador.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia los apoderados de la parte demandada interponen y sustenta recurso de apelación así:

INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S

Aduce que el Aquo manifestó que estaban frente a una inseguridad jurídica en la justicia ordinaria, pues inicialmente se fijó el litigio sobre la modalidad contractual, unos extremos y la estabilidad, no se pidió solidaridad.

Considera que no existió un contrato de trabajo pues no se observa la existencia de los tres elementos, solo se observa la prestación del servicio, pero no se ve la remuneración ni la subordinación, y al no existir esos elementos no existe el contrato de trabajo y mucho menos con Invercomer, pues lo que se observa es que el vínculo fue entre el demandante y Talen Group, pues están los contratos con la empresa de servicios temporales, no existiendo elementos necesarios para que se configure el contrato.

Por otro lado, sostiene que el trabajador debe tener una pérdida de capacidad del 15%, pero ni siquiera obra prueba que el trabajador estaba en un proceso de calificación, existen unas incapacidades que no eran frecuentes ni mayor a 30 días solo fueron unas incapacidades y exámenes que fueron particulares. No existe elementos para aplicar la jurisprudencia de la corte constitucional, y sin embargo el Aquo hizo cambio de la línea jurisprudencial sin argumentar y en todo caso Invercomer del caribe, no tenía conocimiento específico de que el trabajador tenía incapacidades discontinuas, no tenía conocimiento eso.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



TALEN GROUP S.A.S.

Manifiesta que la sentencia fue una exposición catedrática de lo que es el contrato de trabajo y eso no era la materia de discusión; que en este caso hipotéticamente hablando lo que debía suceder era una condena por incumplimiento y habría es una condena por despido injusto.

Considera que el fallo carece de legalidad porque faltó la prueba más importante para determinar la minusvalía del trabajador, el juez cometió un error, porque en la audiencia de conciliación decretó dicha prueba y sin embargo el fallo se dio sin que la misma se encontrara dicha prueba, era una persona que está enferma con incapacidades que no superan más de 30 días de forma continua, para que pueda determinarse la patología, si bien existen una serie de incapacidades, de acuerdo con la extra u ultra Petita se exageró, es grave que se dicte sentencia sin un dictamen.

Insiste en que el Aquo si bien conmino a la parte demandante para que se realice la prueba pericial profirió el fallo sin dicho dictamen, no puede fallar sin saber si es enfermedad general, sin saber si era una estabilidad superior al 15%, además el trabajador no tuvo en forma continua un estado de incapacidad, y si se suman no suman más de 16 días, no obra en el expediente por parte del demandante que estuviera en un procedimiento o que estaba próximo a una operación, no se puede abusar del derecho y no se pueda dar más allá de lo que está aportado en el proceso, el demandante nunca notificó al empleador Talen Group que se encontraba en algún procedimiento, no hubo un accidente de trabajo, era un diagnóstico de un enfermedad de tránsito, como cuando uno tiene un dolor de cabeza y le dan analgésico, no era como que se iba hacer una operación, pues allí el empleador no va a ser tonto y despedir, no existe una valoración que indique de una estabilidad laboral.

Bajo esta visión procuran la revocatoria parcial de la sentencia objeto de alzada.

**VII.FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR
LA TESIS DE LA SALA**

- Artículo 26 Ley 361 de 1997
- Artículo 2 Ley 1145 de 2007
- Ley 1618 de 2013
- Convenio 129 OIT
- Artículos 61, 62 y 64 del CST

Subreglas:

- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 -2018 radicación 53394, del 11 de abril de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación No. 48351 del 17 de agosto de 2016. M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 DE 2021. M.P. Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



- **Consonancia:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

VIII.PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se contrae en determinar si el despido del actor es ineficaz, por encontrarse en estado de debilidad manifiesta, ii) tiene derecho al reintegro y pago de la indemnización de 180 días. ii) De ser negativa la respuesta anterior ¿hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, iii) Ddeterminar cuál de las demandadas fungió como verdadero empleador

IX.ARGUMENTOS PARA RESOLVER

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación.

INEFICACIA DEL DESPIDO

El demandante considera que su despido es ineficaz por haber sido despedido cuando se encontraba en un estado de debilidad manifiesta.

Esta situación nos lleva a indicar que en virtud de los artículos 13 y 53 de la C.P. existe un principio de estabilidad laboral para aquellas personas que se encuentren con algún grado de discapacidad. Por supuesto, ello no significa que tal estabilidad sea perenne, o que esta vocación de estabilidad laboral reforzada mute en la imposibilidad del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo que lo ligue con un determinado trabajador. El artículo 13 indica: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*. Por su parte el artículo 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (...)”*.

Al tenor de los artículos 13 y 53 ídem, nos lleva a entender que la estabilidad allí planteada no es inmutabilidad. Ha de entenderse que el principio de estabilidad laboral reforzada para personas con algún grado de discapacidad, se traduce es en la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar el derecho al trabajo que se encuentra en cabeza de estas personas, por cuanto se hallan en una condición de debilidad manifiesta respecto a los demás.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para ser beneficiario de la protección no es necesario tener un dictamen que te identifique como una persona en condición de discapacidad, o que se le identifique de esa manera en un carnet, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997.

Por lo tanto, la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada es tanto para quienes acrediten una discapacidad médicamente calificada por los órganos competentes como a para las personas que se hallen en condición de debilidad

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



manifiesta por una condición de salud, con independencia de si el despido se produce durante el transcurso de una incapacidad por enfermedad general o, si ocurre después, en circunstancias de que las que se puede inferir que la persona no ha recobrado plenamente su estado de salud. En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, y que las pruebas que militen en el proceso permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las condiciones de salud de su trabajador al momento de la terminación contractual. Es decir, no solo se necesita las especiales condiciones de salud o discapacidad, sino que debe probarse el conocimiento que sobre ello tiene el empleador.

En cuanto a la carga de la prueba, recuérdese que, conforme al actual y reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *«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»* - sentencia SL1360-2018.

Revisado en detalle el expediente se advierte que el demandante, tuvo las siguientes incapacidades:

- Incapacidad del 6/02/2017 al 8/02/2017. (lumbago con ciática)
- Incapacidad 20/02/2017 al 24/02/2017. (enfermedad general, código M544, E119 y 110X)
- Incapacidad 25/02/2017 al 27(02/2017. (enfermedad general, código M544, E119 y 110X))
- Incapacidad 19/04/2017 al 21/4/2017. (enfermedad general, código M544, E119 y 110X)
- Incapacidad 22 /5/2017 al 26/5/2017. (enfermedad general, código M544, E119 y 110X)
- Incapacidad 30/06/2017 al 4/07/2017. (enfermedad general, código M544, E119 y 110X)
- Epicrisis de fecha 08/02/2017, cuyo diagnóstico fue M544 lumbago con ciática; E119 diabetes mellitus no insulina dependiente y 110X hipertensión)
- Epicrisis de fecha 22/05/2017, cuyo diagnóstico fue M544 lumbago con ciática; E119 diabetes mellitus, no insulina dependiente y 110X hipertensión).
- Examen de egreso de fecha 10 de julio de 2017: paciente con múltiples consultas por dolor lumbar, pendiente valoración ortopedia y medicina laboral

En el sub lite, se encuentra probado que la empresa demandada TALENT GROUP S.A.S, dio por terminado el contrato de trabajo del actor el día 6 de julio de 2017, por terminación de la obra o labor contratada en la empresa usuaria MEGATIENDA EXPRES.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que para efectos de establecer si un trabajador se encuentra dentro de la protección que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo cual quedó sentando sentencia CSJ SL10538-2016, reiterada en sentencia SL488-2020, estableció que se requiere, entre otros requisitos, una pérdida de capacidad igual o superior al 15%, es decir, en una situación de discapacidad o pérdida de la capacidad laboral en un grado significativo y no con simples afecciones de salud o simples incapacidades médicas.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



1. Que el empleador conozca de dicho estado de salud; y
2. Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y no por una razón objetiva, evento último en que no está obligado a acudir al Ministerio del Trabajo para solicitar el despido en relación con el segundo requisito (SL1360-2018).

Frente al primer requisito la jurisprudencia laboral ha establecido que no puede exigirse una determinada prueba que acredite la discapacidad, es decir, la CSJ admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, cuya acreditación precisó puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual (SL2586 -2020 y SL5700-2021).

Concretamente en la SL572-2021 la CSJ destacó *“el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; **sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible**, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.”* (subrayado y negrilla fuera del texto)

Como viene de verse, del precedente en cita, se desprende que, en materia probatoria de la discapacidad o limitación merecedora de protección, cuando repose en el expediente la calificación respectiva, ésta deberá ser igual o superior al 15%, y a falta de ésta, en todo caso, esta limitación *“se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección.”*

Descendiendo al caso, se encuentra la existencia de unas incapacidades médicas, siendo la última otorgada del 30/06/2017 al 4/7/2017, por 5 días; un diagnóstico de enfermedades con tratamiento médico vigente para la fecha del despido, de acuerdo con las epicrisis aportadas el diagnóstico era lumbago con ciática, diabetes mellitus e hipertensión; examen médico de retiro no satisfactorio, en el que se describe que es un paciente con múltiples consultas por dolor lumbar y pendiente de valoración con ortopedia, fisioterapia y medicina laboral y si bien no estaba incapacitada, ni tenía una calificación de la pérdida de capacidad laboral, sí se encontraba con una deficiencia en su salud.

Todo lo anterior permite a la Sala evidenciar los padecimientos de salud del actor y que la empresa tenía conocimientos de los mismos; activándose entonces la presunción consagrada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, correspondiéndole entonces a la empresa demandada acreditar que la terminación aconteció por una justa causa motivada en una razón objetiva. No es comprensible que la empresa demandada hubiera dado por terminado el contrato

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



de trabajo a pocos días se haber terminado su última incapacidad, cuando tenía pendiente valoración con ortopedia, fisioterapia y medicina laboral.

Aunado a lo anterior, resalta esta Sala que el resultado del examen de egreso no fue satisfactorio, en consideración a que se dejó la anotación de los problemas lumbares que padecía el demandante y en todo caso, las demandadas no lograron probar efectivamente que la obra contratada finalizó el 6 de julio de 2017, pues al plenario no se allegó ninguna prueba que permita llegar a tal conclusión.

Por lo que antecede y habida cuenta que se probó que el actor al momento de la terminación del contrato de trabajo se encontraba con deficiencia en su salud, le correspondía al empleador solicitar la respectiva autorización ante el Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta que se presume el nexo causal entre el estado de debilidad del demandante y su desvinculación laboral, no logrando las demandadas desvirtuar tal situación.

Por otro lado, no le asiste razón al apoderado de Talent Group S.A.S., cuando sostiene que, al no contar con un dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por autoridad competente, debió suspenderse la audiencia y en todo el caso el fallo debió ser absolutorio.

Sobre el particular, es importante advertir que como se dijo en líneas anteriores y de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, que para que se active la protección contenida en la ley 361 de 1997, no es necesario contar un dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra el trabajador, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo. En todo caso, no era la apelación el momento procesal para insistir en la importancia de la prueba, nótese que el a quo ordenó el cierre del debate probatorio sin que existiera observación alguna por parte del apoderado, significando con su aptitud pasiva que consideraba suficiente las pruebas recaudadas.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia en este tópico.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO – VERDADERO EMPLEADOR

El apoderado de Invercomer del Caribe S.A.S, sostiene en primer lugar que en el presente caso no debió declararse la existencia de un contrato de trabajo con su representada, por cuanto se encuentran probado los tres elementos del contrato de trabajo, pues solo se encontró acreditada la prestación del servicio, faltando probarse la subordinación y la remuneración. En segundo lugar, que no debió declararse la solidaridad por cuanto ello no hacía parte de la fijación del litigio y en todo caso la relación laboral se dio entre el demandante y la empresa Talent Group S.A.S.

En el presente asunto, la Sala considera que no es necesario hacer un análisis de si se encuentran configurados los tres elementos del contrato de trabajo, pues de las pruebas documentales aportadas y de la contestación de la demandada Talent Group S.A.S, se tiene la certeza que entre el demandante y Talent Group S.A.S.,

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



existió un contrato de trabajo para ejercer las funciones de auxiliar de rotulación, como trabajador en misión en la empresa usuaria MEGATIENDA EXPRES.

Por otra parte, también se duele el apoderado de Invercomer del Caribe S.A.S, es que su representada haya sido condenada si la relación laboral fue entre el demandante y Talent Group S.A.S.

Al plenario se allegaron las siguientes pruebas:

- Contrato de trabajo por obra o labor contratada, como trabajador en misión en la empresa usuaria MEGATIENDA EXPRES, para desempeñar las funciones de auxiliar de rotulación, del 10/10/2014 al 09/10/2015. (folio 14-16 pdf 9 expediente digital)
- Contrato de trabajo por obra o labor contratada, como trabajador en misión en la empresa usuaria MEGATIENDA EXPRES, para desempeñar las funciones de auxiliar de rotulación, del 10/10/2015 al 09/10/2016. (folio 8-10 pdf 9 expediente digital)
- Contrato de trabajo por obra o labor contratada, como trabajador en misión en la empresa usuaria MEGATIENDA EXPRES, para desempeñar las funciones de auxiliar de rotulación, del 10/10/2016 al 6/7/2017. (folio 2-4 pdf. 9 del expediente digital).
- Certificado de existencia y representación legal de Talent Group S.A.S, que da cuenta que su actividad principal es la ser una agencia de empleo temporal.
- Contrato de suministro de personal en misión, entre Invercomer del Caribe S.A.S y Talent Group S.A.S, de fecha 26 de mayo de 2014. (folio 12-15 pdf. 7 del expediente digital).
- Certificado de existencia y representación legal de Invercomer del Caribe S.A.S, que da cuenta que su actividad principal es comercio al por menor de alimentos, carnes, productos alimenticios; que a su nombre aparecen matriculados los siguientes establecimientos de comercio: Megatienda Express, Megatienda Express Basurto, Súper Merkos, Megatienda Express San Fernando, Megatienda Express el Cabrero, Megatienda Express Turbaco, Megatienda Express Avenida Pedro de Heredia, Megatienda Express Olaya, Megatienda Express socorro, Megatienda Express Crespo, Megatienda Arjona, Megatienda Bocagrande. (folios 3-16 pdf. 6 del expediente digital)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las empresas de servicios temporales no pueden ser utilizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018, estableció lo siguiente: *“ cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador”.*

En general el objeto de estas empresas es el suministro de mano de obra a favor de un tercero natural o jurídica (empresa beneficiaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



Debemos recordar que el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: i) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales; ii) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Muchas empresas usuarias suelen pensar que pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

Las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. Tanto así que el mismo artículo 6. del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «*prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales*», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

En el caso bajo examen, tenemos que el demandante fue contratado por Talent Group S.A.S., desde el 10 de octubre de 2014 hasta 6 de julio de 2017, para ejercer las funciones de auxiliar de rotulación en la empresa usuaria Megatienda Express, de propiedad de Invercomer del Caribe S.A.S.

Lo anterior, evidencia que las demandadas abusaron de la figura de contratación, pues, no lograron acreditar que la contratación del demandante haya obedecido a una de las causas anteriormente indicadas, por lo tanto, no lograron probar que hubiesen actuado conforme a la ley. Por lo tanto, la empresa usuaria INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S, se constituye en el verdadero empleador y la demandada TALENT GROUP S.A.S. actuó como intermediarias, y la hace solidariamente responsable.

Así las cosas, se mantiene en firme la decisión del a quo en lo que respecta también a la existencia de la relación laboral y la solidaridad.

X.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas se fija en la suma de 2 SMLMV. Se autoriza a la secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

XI. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



RESUELVE

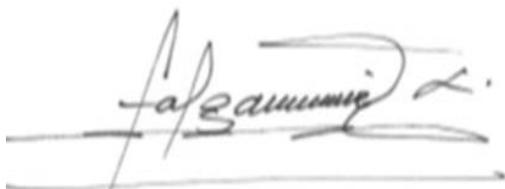
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **FELIPE PADILLA ESCOBAR** contra **TALENT GROUP S.A.S.** y **INVERCOMER DEL CARIBE S.A.S.**, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas se fija en derecho en la suma de 2 SMLMV. Se autoriza a la secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

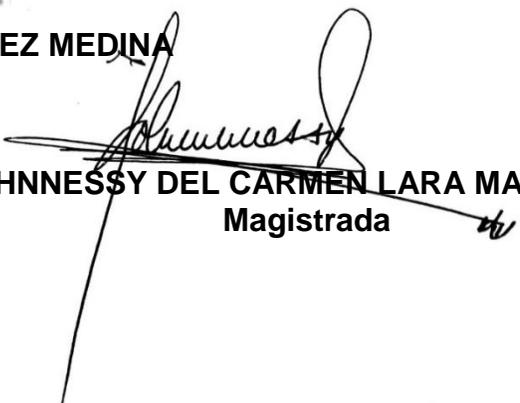
NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE


CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Ponente



FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado


JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada