

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EDWAR SALVADOR MOSQUERA COLINA
Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.
No. Radicación: 13001-31-05-001-2014-00352-01**

Fuente/prov./fecha/procedencia/tema: *Apelación de la sentencia de fecha 2 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, en el tema de reintegro por fuero de salud.*

Corresponde, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, hoy diecinueve (19) días del mes de agosto del año dos mil veinte (2020) emitir sentencia, dentro del marco de la emergencia sanitaria de Covid-19, en la modalidad de trabajo en casa, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones, desde mi dirección electrónica: lavilaca@cendoj.ramajudicial.gov.co, y des05sltsbolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por el señor EDWARD SALVADOR MOSQUERA COLINA en contra de CBI COLOMBIANA S.A., cuya radicación corresponde a 13001-31-05-001-2014-00352-01.

La ponencia es de la Sala Quinta de Decisión Laboral conformada por los magistrados CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS, FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA y LUIS JAVIER AVILA CABALLERO como ponente.

Que conforme a los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 5 y 27 de junio del año que avanza, el Consejo Superior de la Judicatura determinó que la suspensión de términos ordenadas a partir de 16 de marzo de 2020 (ACUERDO PCSJA20-11517) llegaría a su fin el uno (1) de julio del presente año, para la prestación del servicio estableció las reglas sobre condiciones de trabajo en la Rama Judicial, el ingreso y permanencia en las sedes; condiciones de bioseguridad; condiciones de trabajo en casa y medios de seguimiento a la aplicación de dicho Acuerdo.

De acuerdo con lo regulado en el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, la decisión de segunda instancia se dictará por escrito, una

vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso.

1. OBJETO

El objeto de esta audiencia es resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante respecto de la sentencia de fecha 2 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, por medio de la cual absolvió a la sociedad demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

2. ACTUACIÓN PROCESAL DE INSTANCIA RELEVANTE

PRETENSIONES: Por intermedio de apoderado judicial, el señor EDWARD SALVADOR MOSQUERA COLINA demandó a CBI COLOMBIANA, a fin que se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando al momento del despido, pues se encontraba en estado de discapacidad y al no agotarse el procedimiento previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tiene derecho a lo pretendido así como el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de finiquito hasta su reinstalación.

II. **HECHOS:** Como soporte fáctico de las pretensiones, se sostiene que celebró contrato de trabajo por obra o labor contratada con la sociedad demandada, a partir del 02 de octubre de 2012 al 24 de junio de 2014, para desempeñar el cargo de TUBERO A, y que el lugar en que desempeñó dichas labores, fue en la ciudad de Cartagena.

Que en vigencia de dicho contrato sufrió accidente laboral el 31 de enero de 2014, que de acuerdo con el dictamen realizado tiene una disminución de la interlinea articular femoro tibial de rodilla izquierda – anormalidad de la rodilla izquierda- molestia al caminar y doblar la rodilla y que a pesar de esa disminución física fue despedido el día 24 de junio de 2014.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

CBI COLOMBIANA S.A.: Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegó que fue la terminación del contrato de trabajo se debió a la expiración del plazo pactado, porque su vinculación laboral en primer lugar fue por obra o labor determinada pero luego se modificó a contrato a término fijo inferior a un año, y que no existió despido y tampoco se encontraba el actor limitado físicamente o disminuido en su capacidad laboral. Propuso como medios exceptivos, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIONES, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN E IMNOMINADA.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, puso fin a la primera instancia con sentencia 2 de junio de 2016, por medio de la cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Con relación al reintegro negó dicha pretensión, consideró el *A quo* que el demandante no se encontraba cobijado por la protección dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estimó que con la actividad probatoria de la demandada se evidenció que el actor no cumple con las sub reglas establecidas por las tesis de la Corte Suprema de Justicia SCL para ser cobijado por la norma citada.

V. RECURSO DE APELACIÓN:

• Parte demandante

Inconforme con la decisión de instancia, el actor por intermedio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación, como argumentos planteados en el mismo, afirma que el actor se encontraba cobijado por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se encontraba en estado de debilidad manifiesta al momento del despido y por ello, la sociedad demandada antes de proceder a la terminación del contrato debía solicitar permiso en la Oficina del Trabajo y al no contar con dicho permiso, el despido no producía efectos jurídicos, por lo que se deviene el reintegro.

VI. Alegatos de conclusión

De acuerdo con lo descrito en el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, se corrió traslado a los apoderados de las partes para que alegaran de conclusión de manera escrita.

La apoderada de CBI Colombiana S.A. allegó copia del certificado de existencia y representación legal pero no aportó escrito contentivo de traslado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia: esta Sala Laboral es competente para conocer y decidir en alzada el presente asunto, en virtud a lo dispuesto en el artículo 15 del C. P. del T. y de la S.S., modificado por el artículo 10 de la Ley 712 del año 2001, Ley 71 de 1998.

Asuntos a resolver: se plantea *principalmente* de la siguiente forma: ¿es correcta la decisión del *Juez a quo* de absolver a la parte demandada de las pretensiones de la demanda?

Consideraciones jurídicas

Pues bien, la tesis de esta Magistratura es la de confirmar el fallo de primera instancia, por las siguientes razones.

Para determinar la aplicación del derecho a la estabilidad laboral (ocupacional) reforzada (de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta) la Sala estima importante entender (1) su fundamentación, (2) titularidad, (3) contenido y (4) destinatarios, pues, sólo de esta forma puede otorgársele el correcto entendimiento a la alzada.

La fundamentación de este derecho, desde el enfoque constitucional, radica en los artículos 13, 16, 47, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Y, desde lo legal, en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecen los mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad.

En este contexto, la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.

Pues bien, para establecer si el demandante ostenta el derecho a la estabilidad laboral reforzada que alega, es primordial determinar si puede predicarse que él, en el caso concreto, ostenta las características exigidas para ser titular.

Para determinar la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada, se tienen dos posiciones, sostenidas la una por la CSJ y la otra por la Corte Constitucional.

(Titularidad y alcance en la CSJ)

En el primer caso, los derechos consagrados en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, siguiendo la refundida sentencia de la CSJ SL 11411 de 2017, se otorgan si se prueba una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Lo anterior, se funda en que la CSJ entiende que no toda afectación de salud puede ser digna de la protección referida. Y es importante y necesario fijar parámetros igualitarios, claros y objetivos que guíen al juez y permitan establecer el grado de afectación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532), sostuvo:

"Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. || Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación "moderada" es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%. [...] Surge de lo expuesto que 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 minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada".

Esta posición se ha reiterado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, por ejemplo, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 (Radicado 35606), del 3 de noviembre de 2010 (Radicado 38992) y del 28 de agosto de 2012 (Radicado 39207).

Pues bien, en el caso de marras, es claro que esta prueba no se adosó al proceso, y, bajo los parámetros sentados por la CSJ, el actor no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia citada. Y como no cumple los supuestos de titularidad, no puede reclamar el derecho de la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, por otra parte, teniendo en cuenta la emblemática sentencia SL1360 de 2018, de la CSJ, la Sala entiende que el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe redirigirse. En esa sentencia la CSJ parte del análisis de la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, a través de las cuales se establecen reglas, medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes institucionales encaminados a garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Y busca armonizar su doctrina con la sentencia C 531 de 2000 de la Corte Constitucional. Para la CSJ en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.

De forma literal la SL reconduce su doctrina desde la perspectiva que se enervan los derechos del artículo 26 de la ley 361 de 1997 cuando "el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada".

Así las cosas, si eventualmente se aceptara la titularidad del derecho del actor, sus pretensiones no podrían concederse, por cuanto entendemos que la terminación del vínculo se fundó en la expiración del plazo del contrato a término fijo, ya que éste conocía desde el 28 de abril de 2014 que no sería prorrogado y que expiraría el plazo pactado (fl. 202).

Luego, la causa por la cual se creó la disposición legal, que pretendía proteger a los disminuidos físicos de discriminación en el trabajo, no se verifica en el presente asunto.

Adicionalmente la Sala resalta que al momento de la terminación del contrato, no se encontraba incapacitado para laborar, nótese que los documentos allegados con la demanda se advierte que, si bien el actor en efecto fue valorado por evento agudo de trauma de rodilla por la ARL Sura, es decir, se realizó una calificación por secuelas y un dictamen médico laboral por este hecho, para esa fecha 3 de abril de 2014, se concluyó que no existían secuelas y se estructuró como fecha de terminación de tratamiento para ese suceso el ese mismo día (3 de abril de 2014), este documentos, ni los otros, en los que constan registro de asistencia a galenos especialistas que se presentaron entre el mes de enero y posterior a la terminación del contrato, no tienen constancia de recibo o no se puede colegir de estas pruebas que su empleador conociera de estos hechos.

Lo que si se demuestra con el documento analizado es que el actor, le fue dictaminado por su ARL la ausencia de secuelas y determinó que cesaba el tratamiento médico, y esto se presentó desde el 3 de abril de 2014.

Solo a partir del 28 de abril de 2014, el empleador toma la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo del actor, cuando no existía ningún tipo de recomendación ni tratamiento a seguir por alguna enfermedad presentada por su ARL.

Por lo anterior, no puede enrostrársele la ejecución de actuaciones discriminatorias o inferirse que la terminación estuvo motivada en la situación de salud que alega el actor.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión que la voluntad de no prórroga del contrato o la terminación del mismo no puede enrostrársele la ejecución de actuaciones discriminatorias o inferirse que la terminación estuvo motivada en la situación de salud que alega el actor.

(Estabilidad ocupacional reforzada en la CC)

Ahora, por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia T 284 de 2019 adujo que la estabilidad ocupacional reforzada es la concreción de diferentes mandatos contenidos en la Carta, para proteger a aquellas personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y que se concreta en gozar de la posibilidad de permanecer en su empleo, a menos que exista una justificación no relacionada con su condición.

En la sentencia SU 049 de 2017, la Corte unificó tres puntos fundamentales que sobre el tema habían sostenido de forma diversa sus salas de revisión.

En primer lugar, desde una perspectiva conceptual adujo *"el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda"*.

En segundo lugar, en cuanto al alcance del derecho espeto que también era aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios.

Y, en tercer lugar, en cuanto a las sanciones por su afectación, adujo que la violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar (también) a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, en cuanto a los presupuestos de protección, en la sentencia T 284 de 2019 la Corte Constitucional estimó que la protección constitucional dependerá siempre de que (i) se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación

Pues bien, en la doctrina de la Corte Constitucional se exige, en lo concerniente a la titularidad del derecho, que esté probado que la situación de salud "le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares".

Así, los parámetros fijados por la CC resultan más amplios e informales que los de la CSJ, sin embargo, a contra punto, le otorgan al juez un mayor marco de apreciación y de decisión, y a la parte actora, cargas procesales y probatorias más intensas.

Bajo esta óptica la Sala resalta que no cualquier afectación de salud puede dar lugar a la titularidad del derecho, aún en la doctrina de la Corte Constitucional, pues, literalmente y de forma diáfana la Corte Constitucional resalta y cualifica que la situación de salud debe IMPEDIR O DIFICULTAR SUSTANCIALMENTE el desempeño de sus labores. La Corte cuando establece el adverbio "sustancialmente" tiene por finalidad calificar y cualificar el grado de dificultad que le presupone la afectación de salud a quien pretenda asirse al derecho. Entonces, a contrario sensu, libera de la protección las afectaciones de salud que no impidan trascendentalmente el ejercicio de las labores regulares.

Desde esta perspectiva, conforme al artículo 164 del CGP, el actor tenía la carga de probar que la afectación le dificultaba sustancialmente el ejercicio de sus actividades en condiciones regulares.

La Sala estima que esa carga no se cumplió, las afecciones de salud del actor, no fueron verificadas dentro del proceso como una situación de salud que al actor le dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores, como bien se analizó de los documentos allegados por el demandante, que conocía que su contrato no sería prorrogado desde el mes de abril de 2014, y que dejaría de laborar hasta el 24 de junio de ese mismo año, que no existe constancia de que su empleador conociera de incapacidad alguna al momento de la expiración del contrato, pues no tienen constancia de recibo de los documentos allegados con la

demanda y tampoco se demostró que el empleador conociera de proceso de rehabilitación alguno como producto de enfermedad de origen común o laboral que pudiera haber padecido el demandante.

En síntesis, el demandante no tiene derecho a lo reclamado en la demanda, por cuanto: (argumento literal) no se probó que el actor al momento de la desvinculación tuviese una pérdida de la capacidad laboral superior al 15%, o que las afecciones le impidieran sustancialmente el desarrollo de sus actividades; (argumento a contrario sensu) entonces, si no se verifican los supuestos referidos jurisprudencialmente, no es viable que opere el fuero por salud; (reducción al absurdo) si se protegiera cualquier clase de afección de salud, esto conllevaría que los contratos fueren perenes, se afectaría la rotación laboral, la autonomía de la voluntad y la iniciativa privada; (argumento finalista) la teleología del artículo 26 de la ley 361 de 1997, es proteger a las personas de discriminaciones en el ámbito laboral, luego cuando no se verifican tales situaciones discriminatorias dicho fuero no entra a operar; (argumento de exigibilidad) además, sólo cuando el empleador conoce del estado de salud, y obra en ese sentido, es que su conducta es reprochable, entonces, si no conoce el estado de salud, no puede reprochársele su conducta; (argumento consecuencialista) y otorgar la protección reclamada en el presente asunto, traería consecuencias adversas al empleador, pues se le estaría imponiendo una restricción desproporcional que no tiene el deber jurídico de soportar y se limitarían sus facultades de dirección y gestión empresarial.

Por tanto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia y se impondrán costas a cargo del demandante.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

R E S U E L V E,

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 2 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, en el proceso adelantado por EDWARD SALVADOR MOSQUERA contra la sociedad CBI COLOMBIANA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen, para que dispongan lo que en derecho corresponda.

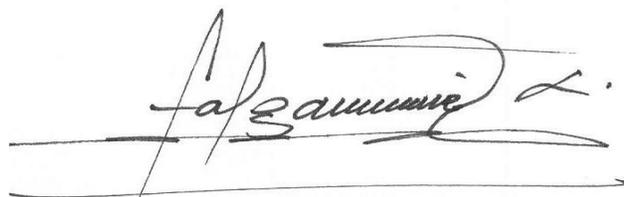
Los Magistrados,



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado ponente



CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Sala Laboral



FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA

Firmado Por:



LUIS JAVIER AVILA CABALLERO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d829d491c8a704ab4e33d29353a2830763c457b3b14407f732d503e142b8cb6f**

Documento generado en 19/08/2020 01:22:56 p.m.