



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05360-31-05-001-2019-0150-01
Demandante:	Cesar David Ramírez Restrepo
Demandado:	Andes Cast Metals Foundry Ltda
Asunto:	Apelación Sentencia
Procedencia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	FUERO DE SALUD.

Medellín, abril veinte (20) de dos mil veintiuno (2021)

En fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, CARLOS JORGE RUIZ BOTERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada ponente, procede, de conformidad con el artículo 15 del decreto 806 de 2020, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la señora apoderado de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, el 19 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor CÉSAR DAVID RAMÍREZ RESTREPO en contra de ANDES CAST METALS FOUNDRY LTDA. Radicado 05001-31-05-001-2019-00150-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor CÉSAR DAVID RAMÍREZ RESTREPO instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la sociedad ANDES CAST METALS FOUNDRY LTDA, pretendiendo se declare que fue despedido sin autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar de tener estabilidad laboral reforzada; que en consecuencia se determine que la orden dada por el juez de tutela de reintegrarlo a un cargo de iguales o mejores condiciones a las que tenía al momento del despido, acorde con su estado actual de salud y lo prescrito por el médico tratante, tiene efectos definitivos y se condene a la sociedad llamada a juicio a pagar al demandante los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social desde la fecha del despido hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro; así mismo se condene a la accionada al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Como fundamento fáctico de su demanda, expuso, en resumen, que se vinculó a la accionada desde el año 2005 hasta el 16 de noviembre de 2018, mediante contrato de trabajo a término indefinido, su último cargo fue de vaciador y su salario de \$1.513.617, que desde el año 2016 empezó a sentir molestias en sus hombros y en el año 2017, cuando el dolor se agudizó, empezó a consultar al médico, que el 14 de junio de 2017, le dieron las recomendaciones de *“reposo, evitar movimientos que generen dolor, no levantar ni mover objetos pesados”*, el 04 de agosto de 2017, se indicó que padecía *“tendinosis distal y anterior del tendón supraespinoso e irregularidad y mala definición del labrum superior y anterior”*; que en ecografía del 06 de septiembre de 2017, se le diagnosticó *“tendinitis del infraespinoso”* y el 20 de septiembre de 2017, se le diagnosticó síndrome del manguito rotador; impartiendo recomendaciones por 12 semanas; que el 23 de enero de 2018 se le diagnosticó también Cervicalgia, fue remitido a ortopedia y se le dieron

nuevamente recomendaciones por 12 semanas, el 09 de noviembre de 2018, el ortopedista consideró que debía ser evaluado por especialista de hombro y se le dictaminó dolor crónico, autorizando consulta en medicina del dolor, que en varias ocasiones estuvo incapacitado, situación que fue conocida por la empresa, que las incapacidades eran recibidas por su jefe inmediato Juan Vasco, a quien se le solicitaban los permisos para citas médicas y a quien se le entregaban las recomendaciones, que solicitó reubicación y se le ofreció laborar en la sede de Sabaneta, lo cual no aceptó porque esa sede iba a ser cerrada, que el 16 de noviembre de 2016 (sic) el empleador comunicó la terminación unilateral y sin justa causa del contrato y en el examen de egreso del 17 de noviembre de 2018, se le recomendó seguir el tratamiento con el ortopedista de la EPS y hábitos saludables.

Expresa que el 29 de enero de 2019, presentó acción de tutela en contra del empleador y en sentencia del 11 de febrero de 2019 el Juzgado Quince Municipal de Oralidad de Medellín, denegó el amparo, luego el 14 de marzo de 2019, el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Medellín, revocó la sentencia y se ordenó en forma transitoria su reintegro; que el 29 de marzo de 2019 fue reintegrado al cargo de operario de vaciado. Agrega que antes del despido inició proceso de calificación y el 30 de abril de 2019, la ARL determinó que el demandante presenta síndrome de manguito rotador en ambos hombros, patología de origen laboral, desde el 14 de junio de 2016 en hombro derecho y el 21 de enero de 2018 en hombro izquierdo.

1.2.- CONTESTACIÓN

ANDES CAST METALS FOUNDRY LTDA una vez notificada de la demanda replica la misma, se opone a las pretensiones, manifestando que es cierto el vínculo laboral el cual tiene como extremo inicial el 26 de diciembre de 2006 y no el 2005, que el vínculo terminó el 16 de noviembre de 2018 y el demandante fue reintegrado por una orden de tutela el 29 de marzo de 2019, que es cierto el cargo

y el salario;; aduce que no le constan los detalles de la historia clínica del demandante, la cual tiene reserva legal y la accionada no tiene como conocerla, que no conoció las recomendaciones del 14 de junio de 2017, que las recomendaciones del 20 de septiembre de 2017, no reposan en la hoja de vida del demandante, pero se entienden cumplidas por el término de 12 semanas; que las recomendaciones del 23 de enero de 2018, fueron recibidas por la empresa y cumplidas en el cargo que desempeñaba el demandante, dado que las mismas no requerían de reubicación, posteriormente no se presentó prórroga, que el demandante solo presentó una incapacidad por el diagnóstico por el cual pretende la protección y lo fue de dos días, del 20 al 21 de octubre de 2017, sin presentar prórrogas o incapacidades posteriores relacionadas con el citado diagnóstico, que el demandante nunca solicitó reubicación. Agrega que el demandante fue despedido de manera unilateral y sin que mediara justa causa, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 64 del C.S.T. por reducción de la mano de obra y no por razones de salud, siendo despedidos en la misma fecha, otros trabajadores.

Finalmente expone, que ha pagado los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el 29 de marzo de 2019, fecha del reintegro y que no es cierto que el demandante tuviera iniciado un proceso de calificación, pues se trata del estudio de origen del síndrome de manguito rotador, que data del 14 de marzo de 2019, cuatro meses después del despido y el informe del 30 de abril de 2019, solo evalúa el origen profesional, confesando el demandante que no ha sido calificado con ninguna pérdida de capacidad laboral y que para el momento de la terminación del contrato no se conocía ningún dictamen sobre el estado de salud del demandante.

Formula las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas; pago; inexistencia de la obligación de reintegrar al no tratarse de un sujeto que goce de estabilidad laboral reforzada; prescripción; pago y compensación.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, decide el litigio mediante fallo proferido el 19 de febrero de 2021, en el cual ABSOLVIÓ a la sociedad ANDES CAST METALS FOUNDRY LTDA, de todas las pretensiones invocadas en su contra por el señor CESAR DAVID RAMÍREZ RESTREPO, y condenó en costas al demandante.

1.4. RECURSO DE APELACION

Dentro de la oportunidad procesal la señora apoderada del accionante interpone el recurso de apelación, argumentando que conforme a la sentencia SL 2186 de 2020- para que opere la estabilidad reforzada no es necesario que el trabajador este reconocido en esa calidad o que se le identifique de esta manera con un carné lo importante es que padezca una discapacidad en grado significativo, como es el caso del demandante donde evidentemente el porcentaje para el año 2020 fue del 20.2 % y se estableció que para esa fecha presentaba una mejoría. Aduce que la empresa demandada si conocía la situación de salud, porque en el examen médico ocupacional de 2017, folios 139, ya presentaba dolor, en la historia clínica y medios de prueba que reposan en el expediente hay constancia que para el año 2017, hay problemas en los hombros y en los brazos derecho e izquierdo del demandante.

Destaca que en el tratamiento de rehabilitación que hace Sura, fechado el 21 de noviembre de 2017, se evidencia ángulos de movilidad limitados para subir el brazo a más de 90 grados, que tenía incompatibilidad para desarrollar la función, dado que como se establece con la declaración del señor Cesar Londoño y el interrogatorio el demandante si requería subir el brazo a mas de 90 grados, a pesar de las tecnologías implementadas, precisamente porque varios trabajadores habían reportado enfermedades de este tipo y era más que evidente que existía un problema con esta área de basado.

Asegura que era predecible para la empresa que se podían presentar problemas de salud, por lo que es más que probable que la empresa conociera esta situación y se evidencian citas médicas, tratamientos durante todos los meses del 2018 y en horarios laborales y extralaborales, era imposible que la empresa no conociera y en el tratamiento de rehabilitación se le hace una evaluación de ángulos de movilidad, en la cita 4 de 8 sesiones, se evidencia que los ángulos de movilidad en limitación en extensión estaban limitados 30% y a folios 80, también en consulta médica se evalúan los ángulos de movilidad, no comparte la conclusión del Despacho, en relación con que no se podía evidenciar las limitaciones físicas al momento del despido y el demandante informó que tenía que utilizar a un compañero para ayudarse en sus labores y el superior lo sabía.

Expone que no era necesario una calificación porque había medios de prueba documental que el Despacho no valoró como lo es como el tratamiento de rehabilitación y la consulta de folios 80, con los que se puede establecer que sus grados de movilidad no son normales, que están alterados, que no puede llegar a ciertos grados de movilidad porque presenta dolores agudos, que si bien no hay incapacidades si hay muchas terapias y rehabilitación para tratar de prevenir o tratar el dolor para que no sea tan constante e intolerable, dándole contexto a la norma es cierto que un trabajador que se incapacite constantemente no va a ser un trabajador bueno para la empresa por ende el demandante buscaba evitar a toda costa una incapacidad, pese a esto no se le esa garantizando el derecho a seguir gozando de su empleo, no se le está garantizando el derecho a que se solicitará el permiso al Ministerio..

Finalmente anota que el perito en la aclaración al dictamen si bien afirma que los ángulos de movilidad eran determinantes para establecer la pérdida de capacidad laboral, le faltó precisión para establecer cuando había perdido el 15 %, pero si dijo que en estas enfermedades osteomusculares la tendencia es la mejoría, para el 2019, hace la calificación y dice que está mejorando y para el 2018, cuando estaba en terapias, tenemos prueba de que hay ángulos de movilidad limitada y si hay una limitación, por lo tanto se debe aplicar el fuero de salud por estabilidad laboral

reforzada, para que revise el expediente completo y las pruebas que específicamente menciona y revoque la decisión.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad procesal ninguna de las partes emitió pronunciamiento.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que, en virtud del principio de consonancia, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el art 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

2.2. PROBLEMAS JURIDICOS

Deberá la Sala Determinar:

¿Si la demandante para la fecha de su despido, 16 de noviembre de 2018, se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y si como consecuencia de ello, el empleador debía solicitar el permiso del Ministerio de Trabajo para proceder a la terminación del vínculo laboral?

¿Si debe revocarse la sentencia de instancia para otorgar efectos definitivos al reintegro del demandante ordenado mediante fallo de tutela por el Juez Veintidós Civil del Circuito de Medellín, con el respectivo pago de los salarios, prestaciones

sociales y los aportes al sistema integral, así como a la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997?

2.3. TESIS

Los problemas jurídicos que se resuelve bajo la tesis según la cual (i) el demandante no se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud al momento del despido (ii), la terminación del contrato de trabajo deviene eficaz y, en consecuencia, es procedente confirmar la sentencia apelada, como se explica:

2.4. HECHOS NO CONTROVERTIDOS EN LA INSTANCIA

Encuentra la Sala que no son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos, los cuales se hallan acreditados:

- Que entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 26 de diciembre del año 2006 (folios 219 a 219, del documento 01.Expediente físico digitalizado).
- Que el contrato fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 16 de noviembre de 2018. (folios 221 del documento 01. Expediente físico digitalizado).
- Que el demandante fue reintegrado al cargo, el 29 de marzo de 2019, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Medellín. (folios 224 a 226 Expediente físico digitalizado).

2.5. PREMISAS NORMATIVAS

Fuero de Estabilidad Reforzada por discapacidad o salud

La Ley 361 de 1997, en su artículo 26 establece:

“Artículo 26°.- *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 Corte Constitucional en Sentencia C- 531 de 2000, estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, declarando la constitucionalidad condicionada de la norma, en los siguientes términos:

*“Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.*

A partir de allí, se crea el denominado ***fuero de estabilidad reforzada por discapacidad o de salud***, ratificado en cientos de fallos de tutela y en la sentencia SU 049 de 2017.

De acuerdo con el precedente constitucional, los requisitos para la configuración de este fuero de estabilidad reforzada, pueden sintetizarse en:

1. *Que el trabajador presente una limitación física sensorial o psíquica sustancial que dificulte o impida el desarrollo regular de su actividad laboral*
2. *Que el despido se realice sin autorización del Ministerio de Trabajo.*
3. *Que el empleador tenga conocimiento de la situación de limitación física, sensorial o psíquica sustancial o de debilidad manifiesta*
4. *Que el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio*

Los requisitos para la aplicación del fuero de estabilidad ocupacional reforzada, fueron recordados por Corte Constitucional en la sentencia T434 del 08 de octubre de 2020, así:

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

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

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

Sobre el primer requisito que *el trabajador presente una limitación física sensorial o psíquica sustancial que dificulte o impida el desarrollo regular de su actividad laboral*, la Corte Constitucional construye el concepto de debilidad manifiesta, que no exige la calificación de pérdida de capacidad laboral, mientras la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el trabajador debe estar calificado y presentar una limitación moderada (pérdida de capacidad laboral entre el 15% y el 25%), severa, (pérdida de capacidad laboral mayor al 25% pero inferior al 50% de la

pérdida de la capacidad laboral) o profunda (pérdida de capacidad laboral que supera el 50%), conforme al artículo 1 de la ley 361 de 1997 y el artículo 7 del decreto 2364 de 2001.

Línea de pensamiento expuesta entre otras, en las sentencias SL41845 del 18 de septiembre de 2012, SL 13657 del 07 de octubre de 2015, (56315), SL14134-2015 (53083) 14 de octubre de 2015, SL 1360 del 11 de abril de 2018 y más recientemente en la sentencia SL2797 del 29 de julio de 2020.

No obstante, debe considerarse que la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C824 de 2011, declara la exequibilidad de la expresión “severas y profundas” contenida en el artículo 1 de la ley 361 de 1997, determinando que:

“La referencia específica que hace el artículo 1º de la Ley 361 de 1997, a las personas con limitaciones “severas y profundas” no puede tomarse como expresiones excluyentes para todos los artículos que conforman la citada ley. En punto a este tema, es de aclarar que la clasificación del grado de severidad de una limitación (art. 7º, Ley 361 de 1997) no implica la negación y vulneración de un derecho, sino la aplicación de medidas especiales establecidas por la misma ley para personas con discapacidad en cierto grado de severidad (vgr. los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 361 de 1997). Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que, por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada.

En igual sentido, en la sentencia SU049 de 2017, Sala Plena de la Corte Constitucional, unifica y ratifica su criterio conforme al cual para la protección del fuero de estabilidad reforzada por discapacidad o salud “no se requiere de la calificación de pérdida de capacidad laboral, en los siguientes términos:

“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. “

Se suma a ello, que el decreto 1352 de 2013, derogó el artículo 7 del decreto 2364 de 2001, que definía los porcentajes de las limitaciones moderada, severa y profunda, en el cual se sustenta la tesis de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no existiendo hoy en el ordenamiento jurídico una disposición que reproduzca y delimite los porcentajes de tal clasificación.

Por ello, a juicio de la Sala, se debe concluir que el fuero de estabilidad reforzada por discapacidad, no requiere la calificación previa, bastando establecer que el trabajador presentaba una afectación sustancial a su estado de salud que le impide desempeñarse en condiciones regulares, precisando que, obviamente, ello no conduce a considerar que cualquier enfermedad, tratamiento o incapacidad puede generar la especial protección constitucional y legal.

2.6. CASO CONCRETO

Situación de Discapacidad o Debilidad manifiesta de la demandante

Frente al primero de los requisitos “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”, la Corte Constitucional en la referida sentencia T434 del 2020, señaló:

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

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

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

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

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

Para el 16 de noviembre de 2018, fecha de terminación del contrato del señor Cesar David Ramírez, el mismo no se encontraba incapacitado, ni se acreditó documentalmente la existencia de incapacidades previas, tampoco se demuestra la existencia de restricciones laborales ni recomendaciones vigentes para tal data.

Del estudio de las piezas de la historia clínica aportadas al proceso, consulta IPS Humanistas, se establece que el demandante tiene el diagnóstico de la enfermedad del “síndrome del manguito rotador en hombro derecho”, el cual data del 20 de septiembre de 2017, folios 23 *“con signos clínicos y paraclínicos de SMR, sin ruptura, se envía terapia ocupacional, plan casero e infiltraciones”*, basado en ecografía previa del 08 de julio de 2017, que muestra tendinitis del infraespinoso, con recomendaciones generales para contractura muscular, siendo atendido en consulta por fisioterapia por primera vez el 25 de septiembre de 2017, practicándose tres sesiones de terapia, con recomendaciones por una semana de *“no levantar más de 3 kilos con miembro superior afectado o 10 kg con ambas extremidades por una semana.*

El 04 de diciembre de 2017, se practica resonancia de hombro izquierdo simple, que confirma la presencia de *“tendinitis distal y anterior del supraespinoso”* y *“una irregularidad y mala definición del labrum superior y anterior”* (folios 36), última respecto a la cual el perito de la Facultad de Salud Pública indicó es una *“Alteración anatómica congénita del hombro que predispone al Síndrome del Manguito Rotador”*

El 23 de enero de 2018, se emiten recomendaciones por 12 semanas de *“-realizar movimientos de elevación de brazo por encima de los 90 grados. -levantar, empujar o halar pesos superiores a 5 kg con el miembro afectado o de 10 kg de manera bimanual.- cargar pesos con la*

extremidad afectada. -evitar movimientos repetitivos o postura forzadas.- dormir sobre el brazo afectado” y se ordena resonancia de hombro (folios 43).

Igualmente el demandante recibió tratamiento de rehabilitación, (folios 55 a 63 pdf), con terapia física en miembro superior en el Centro de Rehabilitación de SURA, correspondiente a 8 sesiones los días 13, 16, 21, 22, 27, 28 de marzo y 04 y 05 de abril de 2018, folios 32 y en la fecha de finalización, se indica *“presenta poca mejoría, persiste dolor, no presenta limitación funcional, AMA conservado sin alteración en la fuerza, se considera puede continuar con plan manejo casero y consultar con médico centinela para manejo de dolor, por lo cual se da de alta por fisioterapia”*

Es de anotar que el demandante presentó terapia ocupacional de columna, los días el 19, 20, 22, 27 y 29 de diciembre de 2017 y terapias de miembro inferior, el 08, 12, 15, 19 y 23 de enero de 2018, tratamiento que no guarda relación con el síndrome del manguito rotador y respecto a la cual no se aportan consultas médicas o diagnósticos.

El el 27 de marzo de 2018, se reporta consulta por ortopedia en la cual se refiere *“examen físico: movilidad completa, abducción dolorosa”*, folios 43, ordenándose resonancia de hombro izquierdo, la cual no se observa en la historia, asimismo se reporta control de ortopedia el 09 de julio de 2018 y el 26 de octubre de 2018, en el último por especialista en hombro, quien expide orden de nueva consulta de ortopedia especialista en hombro y consulta de dolor, bajo la siguiente indicación *“dolor crónico hombro izquierdo sin aparente lesión estructural”* y *“síndrome del manguito rotador, dolor crónico hombre izquierdo, RM sin documentación lesiones claras”*, (folio 49), indicando en el consultas que no habían sido autorizadas para el momento del despido.

Ahora bien, no se acredita la vigencia del tratamiento médico para la fecha de extinción del vínculo, pues si bien existían dos consultas pendientes, una de medicina del dolor y otra ortopedia de hombro, ordenadas en la revisión de

ortopedia antes citada, el demandante ya había sido dado de alta por fisioterapia y se descartó, para la fecha del despido, alguna lesión estructural.

Ahora, revisada la consulta por medicina del dolor que se cumplió con posterioridad al despido el 15 de febrero de 2019, folios 144, siendo el dolor el síntoma preponderante referido por el actor, indicando que el paciente *“escala del dolor 3/10 ...Arcos de movimiento disminuidos, dolor leve a la movilización, difícil realizar maniobras clínicas por dolor”*, sin que se acredite la continuidad de manejo por esa especialidad.

Asimismo, en la consulta con ortopedia especialista en hombros, cumplida el 17 de febrero de 2019, folios 145, el doctor Martín Fernando Mesa Cárdenas, señala como conducta de la consulta *“alta por mejoría”*.

De otra parte, no pudo ser acreditado en el subjuice, que en el escenario laboral el promotor del proceso se encontraba en una situación que le dificultara sustancialmente el desarrollo regular de sus funciones, que define el estado de debilidad manifiesta, teniendo en cuenta que el único testigo que declaró en este proceso, señor CESAR AUGUSTO LONDOÑO, afirmó que trabajaba en la planta de Sabaneta y que luego fue trasladado a la Estrella, donde laboraba el demandante, pero no como vaciador sino como Matachero, donde afirma iba solo iba dos días y al ser preguntado por las dificultades para trabajar del accionante al momento del despido expresó *“no sabría decir que tuviera una dificultad, el me decía que le dolía el hombro en el 2018, luego indica “yo veía que si se dificultaba, yo a veces lo veía y él decía me duele esto y yo le decía pida la cita y se va para el seguro”* más adelante reconoce que *“yo a él no lo veía porque el matacho quedaba muy abajo, pero el pasaba por la sección donde yo estaba y el me decía que se sentía mal que le dolía el hombro.”*

Sumado a ello, está acreditado que fenecido el contrato, el demandante se vinculó con la empresa de servicios temporales “Labor Temporal”, el 03 de diciembre de 2018, esto es 16 días después del despido, sin que se acredite limitación alguna que haya impedido tal contratación, además realizó la misma actividad como trabajador en misión, en el cargo de coterero o ayudante de vaciado en la sociedad Mecánicos Unidos, en la cual, según informó el propio demandante, en el trámite de calificación del origen de su patología, véase folios 138, todo el vaciado era manual, “se vaciaba hierro para piezas de utensilios de cocina, el coco lleno pesaba entre 90 y 100 kilos”.

Ahora bien, el dictamen de la Facultad de Salud Pública que fue decretado como prueba en el proceso, al parecer bajo el amparo de normas derogadas del anterior Código de Procedimiento Civil, determinó una pérdida de capacidad laboral de 20.2 %, derivada de una deficiencia del 7.7%, consiste en dolor crónico y disminución de los arcos de movimiento, un roll ocupacional del 11.0% y otras áreas ocupacionales del 1.5%, indica como fecha de estructuración el 11 de diciembre de 2019, esto es trece meses después del despido, resaltando que el perito JUAN DIEGO ZAPATA SERNA, médico especialista en salud ocupaciones y abogado, en la audiencia de trámite en la cual rindió aclaración del dictamen, indicó que no es posible determinar qué grado de pérdida presentaba el demandante para la fecha del despido, en tanto en las distintas evaluaciones realizadas por médico ortopedista y fisiatra no fueron evaluados los ángulos de movimiento AMA. Conceptuando que la tendencia en esta enfermedad es al mejoramiento con la terapia, destacando la Sala, que las mismas ya se habían cumplido para el momento del despido.

Llama la atención de este Juez plural, que el perito alude en su declaración a que se desconoce cómo estaba el trabajador antes de la cirugía, toda vez que de la historia clínica aportada en el proceso y la que se enuncia en el mismo dictamen, es claro que el demandante no presentó ruptura y no le fue indicada cirugía, pues

el diagnóstico que da origen al Síndrome del Manguito Rotatorio es tendinitis o inflamación del supraespinoso distal y anterior inicialmente en el hombro derecho y posteriormente en el hombro izquierdo (resonancia del 04 de diciembre de 2017 y del 08 de agosto de 2018, última relacionada en la consulta con especialista del dolor)

De otra parte, el dictamen de origen de la patología que fue practicado con posterioridad a la extinción del vínculo, por la Comisión laboral de Sura, el 30 de abril de 2019, concluye que la patología que presenta el demandante, es de origen laboral, tomando como referente la historia clínica hasta la última consulta por ortopedia del 26 de octubre de 2018 y de igual forma, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, aportado como prueba sobreviviente emitido el 24 de enero de 2020, folio 591, confirma tal valoración, empero no se realiza examen físico al paciente, ni se determina pérdida de capacidad laboral tampoco da cuenta del estado de salud para la fecha de la terminación del contrato, siendo claro que no es un requisito el origen laboral de la enfermedad, para configurar la estabilidad laboral reforzada, sino la situación de salud grave que presente el trabajador, resaltando que no se discute en este proceso la responsabilidad del empleador respecto a la enfermedad profesional del trabajador.

En suma, si bien es claro que el demandante presentaba un diagnóstico de síndrome del manguito rotador, desde 2017, sin lesiones estructurales cuyo síntoma principal era el dolor crónico a la movilidad, no tenía incapacidades, ni recomendaciones o restricciones laborales, no tenía un tratamiento vigente y no se prueba que estuviera en una condición que le impidiera sustancialmente la ejecución de la labor o se encontrara en un estado de debilidad manifiesta significativo o grave.

Considerando la Sala que no basta la existencia de un diagnóstico y órdenes médicas de control para concluir que el colaborador estaba amparado por la estabilidad reforzada, porque raramente podría alcanzarse una ausencia total de

enfermedad en el trabajador y por lo tanto la medida excepcional de protección foral, se convertiría en la regla general.

En este sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3488 del 16 de septiembre de 2020, precisó que aunque no sea exigible una calificación de pérdida de capacidad laboral, la afección debe ser relevante

“Para resolver, es del caso recordar que esta Corporación ha pregonado libertad probatoria para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral que da lugar a la protección bajo estudio (CSJ SL10538-2016). Sin embargo, también ha insistido en que «lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo» (CSJ SL5181-2019). En esa misma línea, ha precisado que «no cualquier quebranto de salud del trabajador o el simple hecho de encontrarse en incapacidad médica lo hace merecedor de la garantía a la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997» (CSJ SL2797-2020). Lo esencial, entonces, es que exista «una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad laboral» (ibídem). Y al referirse al alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, explicó que: [...] no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que han sido objeto de discriminación. (CSJ SL17945-2017, las sentencias CSJ SL, 28 de ago. 2012, rad. 39207, SL14134-2015, SL10538-2016 y CSJ SL5163-2017). En desarrollo de dicha doctrina, la Corte concluyó recientemente que: [...] la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad

relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. (CSJ SL2841-2020).

(...)

Conforme a lo anterior, el Tribunal se equivocó al considerar, en forma por demás ambigua, que era suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud para conceder la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Lo anterior, por cuanto en criterio de la Corte, una intelección de ese talante «rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida» (CSJ SL2841-2020).

Es menester también anotar, que un si se considerara que el demandante se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, como lo aduce la recurrente, y lo estimó el juez de tutela, no confluyen la totalidad de los elementos que configuran el fuero de estabilidad laboral reforzada, pues si bien es resulta palmario que el despido se realiza sin autorización del Ministerio de Trabajo y sin justa causa legal, lo que hace presumir el despido discriminatorio, no se acreditó el tercer requisito, cual es que el empleador tenía conocimiento de la situación de limitación física, sensorial o psíquica sustancial o de debilidad manifiesta del trabajador. Precizando que, en este caso, no hay duda para la Sala que el empleador conoció del dolor de hombro derecho, que fue reportado en el examen ocupacional del 18 de agosto de 2017, al que alude la apoderada en el recurso, el cual no fue aportado al expediente, pero está relacionado en el dictamen de calificación de origen de la Comisión Laboral de Sura, folios 139, y asimismo, se presume conoció de las terapias (no todas por la misma patología) y citas médicas a las cuales debió asistir el demandante, en horarios laborales, las cuales fueron recurrentes entre el 20 de septiembre de 2017 y abril 05 de 2018, pero en los últimos siete meses por esta patología solo se reportaron dos

consultas de control por ortopedia el 09 de junio de 2018 y 27 de octubre de 2018 y además, no se acreditó que el empleador haya conocido el estado de salud del demandante al momento del despido, 16 de noviembre de 2018, en tanto no se demostró que tuviera acceso a la historia clínica del trabajador o que éste haya reportado a la empresa las ordenes pendientes o las hubiese comunicado al supervisor, como se afirma en la demanda, pues el testigo Cesar Augusto Londoño, refirió que veía conversando al demandante con el supervisor, pero no tiene evidencia sobre que tema, no existiendo medio de prueba que dé certeza del conocimiento del empleador, en tanto, como se anotó, el demandante no presentó ni una sola incapacidad médica durante el año 2018, que acreditara su imposibilidad física sustancial de ejecutar la labor, confesando el empleador la existencia de una incapacidad de dos días, del 20 al 21 de octubre de 2017, esto es más de año atrás, y para el 16 de noviembre de 2018, se reitera, no tenía tratamientos pendientes, ni restricciones o recomendaciones ocupacionales, estando en proceso de autorización las consultas de medicina del dolor y ortopedista modulo hombro, que aun en la hipótesis acogida de que tales ordenes implican un tratamiento vigente, no hay prueba que fueron comunicadas al empleador.

Finalmente, en cuanto la existencia de una razón no relacionada con el estado de salud del demandante para la terminación del contrato, a efectos de desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, debe señalarse que el propio demandante en su interrogatorio, aceptó que el empleador despidió en la misma fecha a otros trabajadores, aunque indica que también por razones de salud, afirma que posteriormente muchos otros trabajadores fueron despedidos al haber disminuido la producción, de otra parte, la demandada aportó a folios 222 y 223 las cartas de terminación unilateral fechadas igualmente el 16 de noviembre de 2018, de los contratos de trabajo de los señores Orlando de J. Rivera y Luis Ernesto Marín Robledo y así lo declaró igualmente el testigo Cesar Augusto Londoño, cuando explicó que el demandante fue despedido con otros trabajadores, asegurando que los demás no presentaban problemas de salud, siendo el demandante la persona con quien más hablaba, afirmó además que *“salieron muchas personas, era evidente la*

falta de trabajo, el trabajo se mermó mucho”; lo cual ratifica lo afirmado por el representante legal de la demandada en el sentido de que el trabajo se redujo de manera sustancial por el cierre de varias líneas de venta, al punto que la planta de la Estrella tuvo que ser cerrada y que entre las dos sedes, fueron despedidas 38 o 39 personas en los últimos dos años o dos años y medio, que equivalen más o menos la mitad de todos los trabajadores de la empresa.

En este contexto probatorio, no hay elementos suficientes, para concluir que se configura la protección foral, por consiguiente, debe confirmarse la decisión absolutoria de primer grado.

3. DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

1. Se **CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, en audiencia celebrada el día 19 de febrero de 2020, en el proceso ordinario instaurado por el señor CÉSAR DAVID RAMÍREZ RESTREPO en contra de ANDES CAST METALS FOUNDRY LTDA. Radicado 05001-31-05-001-2019-00150-01.

2. **COSTAS** en esta instancia, a cargo del demandante se fijan como agencias en derecho la suma de \$908.526,

3. Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen.

El fallo anterior queda notificados a las partes por ESTADOS, de conformidad con el artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente providencia fue notificada por estado No. **66** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 21 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS
Secretario