El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 12 de septiembre de 2016

**Radicación No. :** 66170-31-05-004-2014-000484-01

**Proceso :** Ordinario Laboral

**Demandante :** Fabio Daniel Castrillón González

**Demandado :** Promasivo S.A.

**Juzgado :** Juzgado Cuarto Laboral del Circuito

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema Indemnización del art 26 de la ley 361 de 1997:** carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato, de una persona en razón de su situación de discapacidad, 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.

 **SANCIÓN POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS:** la falta de consignación de una anualidad, origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, aun cuando las anualidades posteriores sean debidamente depositadas en el fondo. Si se incumple la consignación de varias anualidades, la indemnización se causa desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar, pero cuando el patrono incumpla por segunda vez con la obligación de hacer el depósito de la respectiva anualidad, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar, y así sucesivamente, hasta cuando se consigne la anualidad o anualidades adeudadas o se le cancele el auxilio de cesantía directamente al trabajador en razón de la terminación del contrato de trabajo.

**Citación jurisprudencial:** Revisada la jurisprudencia en relación con la interpretación dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la hermenéutica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia difiere de la que le ha dado la Corte Constitucional, tanto en ejercicio de la acción de constitucionalidad (mediante las Sentencias C-016 de 1998, C-531-00 y C-824 de 2011) como en múltiples decisiones en sede de tutela.

Esta Corporación, en Sala mayoritaria mediante sentencia del 9 de mayo de 2014, Radicado No. 66001-31-05-004-2012-00910-01 con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, cambió su precedente horizontal y adoptó la posición de la Corte Constitucional.

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Septiembre 12 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 09:00 a.m. de hoy, viernes 12 de septiembre de 2016, la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **FABIO DANIEL CASTRILLÓN GONZALEZ** en contra de **PROMASIVO S.A.**

Para el efecto, se verificar la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: …………Parte demandante… Parte demandada…

 **SENTENCIA:**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por ambas partes contra la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el día 24 de marzo de 2015, dentro del Proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

En este asunto, dado el esquema de la apelación, se debe de verificar si opera la presunción del despido por razón de la situación de incapacidad del trabajador y asimismo deberá precisarse la correcta fórmula de liquidación de la sanción por la falta de consignación de las cesantías anualizadas.

1. **ANTECEDENTES**

En lo que en estricto rigor atañe al recurso de apelación, ha de precisarse que el señor **FABIO DANIEL CASTRILÓN GONZÁLEZ** presentó demanda contra su ex-empleador **PROMASIVO S.A.,** reclamándole, en otras acreencias,el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario, por haber sido supuestamente despedido encontrándose en situación de discapacidad, pendiente de una cirugía correctiva de algunas secuelas físicas derivadas de un accidente de trabajo sufrido en vigencia del contrato de trabajo el 7 de diciembre de 2013.

De otra parte, señala que el 21 de junio de 2014 la empresa demandada, a través de una carta de despido, decidió unilateral e injustificadamente finalizar el contrato de trabajo a término indefinido que los ataba, lo que le permite reclamar, además, el pago de la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Igualmente, reclamó, entre otras sumas, la correspondiente a la indemnización por la falta de consignación de las cesantías, establecida en el artículo 90, numeral 3º de la Ley 50 de 1990, lo mismo que la indemnización moratoria, prevista en el artículo 65 del C.S.T.

La empresa demandada no dio respuesta a la demanda.

1. **Sentencia de primera instancia y recurso de apelación**

Luego de encontrar acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa demandada, la jueza de primera instancia condenó a esta última al pago de la indemnización por despido injusto, al considerar que las razones aducidas en la carta de despido (visible a folio 14 del expediente) no eran configurativas de una causal legal para dar por terminado el contrato de trabajo, pues no existe inmediatez entre la fecha de ocurrencia de las faltas que allí se aducen y la fecha del despido, lo cual contraviene la interpretación jurisprudencial en el sentido de que si se deja transcurrir demasiado tiempo entre la fecha en que ocurre la falta y la fecha en que se impone la sanción, lleva a concluir que la falta ha sido obviada o perdonada por el empleador y en consecuencia no puede ser utilizada como justa causa para un despido. En ese orden ideas, también la condenó a pagar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, haciendo operar la presunción de que despido obedeció a la situación de discapacidad del trabajador, quien no había culminado los tratamientos médicos correctivos de las secuelas temporales de un accidente de trabajo sufrido algunos meses antes de la terminación de su contrato, estando pendiente, incluso, de la realización de una cirugía en su mano derecha, tal como fue probado con la historia clínica aportada al proceso.

Asimismo, condenó al pago de algunos emolumentos laborales cuantificados en esa instancia, frente a los que no hubo reparos por parte de los sujetos involucrados al proceso.

Ahora bien, en lo que atañe al recurso de apelación, la censura se reduce:

**1)** Al cuestionamiento de la condena por la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual en criterio de la empresa demandada solamente procede cuando el trabajador se encuentra calificado con pérdida de la capacidad laboral y en ningún caso es acumulable con la indemnización por despido injusto y;

**2)** En lo correspondiente al recurso impetrado por el trabajador demandante, este se encuentra encaminado a la revisión del monto de la indemnización por la falta de consignación de las cesantías, que en su criterio se encuentra mal liquidado debido a una errada interpretación del artículo el artículo 90, numeral 3º de la Ley 50 de 1990. Cuando se aborde para su resolución este último punto de la apelación, volveremos con mayor profundidad sobre los argumentos expuestos en sede de primera instancia.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **Indemnización del art 26 de la ley 361 de 1997**

 Dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que *“(…) en ningún caso la limitación (discapacidad) 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 (en situación de discapacidad) podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación (discapacidad) salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”* y agrega que *“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación (discapacidad), 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”.* (El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONADO por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458 de 2015, en el entendido de que deberán reemplazarse por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”)

 Revisada la jurisprudencia en relación con la interpretación dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la hermenéutica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia difiere de la que le ha dado la Corte Constitucional, tanto en ejercicio de la acción de constitucionalidad (mediante las Sentencias C-016 de 1998, C-531-00 y C-824 de 2011) como en múltiples decisiones en sede de tutela.

 En efecto, mientras para la Corte Suprema de Justicia la estabilidad laboral reforzada consagrada en la norma procede sólo cuando existe de por medio: *i)* una calificación del estado de invalidez del trabajador por parte del órgano competente, *ii)* que dicha pérdida de capacidad laboral sea igual o superior al grado de moderada, es decir, que sea superior al 15%; y, *iii)* que ese dictamen haya sido debidamente notificado al empleador; para la Corte Constitucional basta la enfermedad del trabajador que haya dado lugar a una incapacidad médica para deducir que el patrono tenía necesariamente conocimiento del estado de salud de su empleado, infiriendo que la sola incapacidad médica expedida por la respectiva EPS pone en conocimiento al patrono del estado de salud del trabajador.

 Esta diferencia en la interpretación de la misma norma tiene repercusiones jurídicas y prácticas frente a la posibilidad de terminar el contrato a término fijo por expiración del plazo. Así: Para la Corte Suprema de Justicia, la mera incapacidad médica del trabajador no es óbice para que el empleador de por terminado el contrato de trabajo a término fijo por expiración del plazo, si para ese momento no se había producido un dictamen de invalidez o habiéndolo no se le había notificado al patrono. En cambio, para la Corte Constitucional, dicha prerrogativa del empleador no produce efecto jurídico alguno, a menos que previamente se haya pedido autorización al Ministerio de la Protección Social, independientemente de que exista o no calificación de invalidez.

 Como quiera que la asunción de una cualquiera de las dos posiciones adoptadas por los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y de la constitucional, indefectiblemente llevan a fallar un mismo asunto de manera diferente, esta Corporación, en Sala mayoritaria mediante sentencia del 9 de mayo de 2014, Radicado No. 66001-31-05-004-2012-00910-01 con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, cambió su precedente horizontal y adoptó la posición de la Corte Constitucional. Por economía procesal nos remitimos a la citada Sentencia respecto a las razones que nos llevaron a ese cambio de precedente.

 En suma, retomando la tesis de la Corte Constitucional, plasmada en la Sentencia C-531 de 2000, que declaró exequible el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato, de una persona en razón de su situación de discapacidad, 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.

 Ahora bien, en el presente caso recuérdese que la finalización del vínculo contractual, no fue por la expiración del término o por alguna otra razón objetiva que permitiera la finalización del contrato por parte del empleador, sino, de acuerdo a lo dicho en la demanda, por y con ocasión de la enfermedad del trabajador, lo cual ha presumirse de acuerdo a lo adoctrinado por la Corte Constitucional.

 Frente a lo anterior, es preciso señalar que para desvirtuar la presunción que existe respecto de la conexidad entre el despido y la condición de salud del trabajador, no es suficiente con que se enuncien una serie de situaciones que sirvieron de fundamento para adoptar la decisión de aplicar una causal objetiva de terminación del contrato, sino que es necesario que se demuestre la configuración de una causal justificativa de despido en el marco de lo dispuesto, en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (sentencia T-420 de 2015)

 De igual manera, quedó en evidencia que la empresa era conocedora del accidente laboral que sufrió su trabajador, ya que ella misma lo reportó a la ARL el 7 de diciembre de 2013, en razón del cual el trabajador y la empresa recibieron las recomendaciones de salud ocupacional enumeradas por el médico tratante de la ARL y que se hacen visibles entre los folios 25 y 28 del expediente, a los que más adelante volveremos a hacer referencia.

 En efecto, en la historia clínica aparece comprobado que el demandante se lesionó la mano derecha, que dicho sea de paso, es un órgano fundamental que hace parte del “complejo biomecánico”[[1]](#footnote-1) que le ha permitido a la especie humana el desarrollo de habilidades y ventajas especiales frente a otras especies, en otras palabras, sirviéndonos de una conocida expresión de Aristóteles “las manos son el instrumento de instrumentos”[[2]](#footnote-2), y, en el especial caso del trabajador, es un segmento anatómico que resulta fundamental para desarrollar sus tareas como técnico de mantenimiento mecánico (Fl. 22), labor que requiere, como es apenas obvio, las fuerza física, la facultad y la destreza de movimientos que requieren precisión y que sólo pueden realizarse con las extremidades superiores.

 La ARL en 2 ocasiones le hizo al trabajador algunas recomendaciones escritas dirigidas a prevenir la exposición a factores de riesgo en su entorno laboral, así:

 La primera, del 1º al 26 de mayo de 2014 (Fl. 28), recomendaciones que iban hasta el 17 de junio de 2014.

 Y la segunda, que se hizo el 10 de junio de 2014, con vigencia hasta el 2º de julio del mismo año (Fl. 25).

 En ambos conceptos de “retorno laboral” (Fl. 25 y 28) el médico de “aptitud laboral” adscrito a la ARL COLMENA, le recomendó al paciente, entre otras cosas, “abstenerse de realizar labores con la mano derecha, (…) evitar realizar labores con exposición frecuente a vibración en mano derecha, etc.” y previno la necesidad de que el trabajador recibiera inducción o re-inducción al puesto de trabajo de acuerdo a los planes establecidos por la empresa, con énfasis en salud ocupacional”

 De modo que, habida cuenta de que el despido se produjo el 21 de junio de 2014, no queda duda de que para esa fecha estaban vigentes las restricciones laborales por las cuales se veía disminuida o limitada la plena capacidad física del trabajador. Además, recordemos que PROMASIVO no contestó la demanda, por lo tanto no desvirtuó que no haya conocido tales recomendaciones.

 En consecuencia, no sobra reiterar que obró en favor del trabajador la presunción de que su despido se hizo con ocasión de su enfermedad, razón por la cual hay lugar a condenar a PROMASIVO S.A. al pago de la indemnización de los 180 días de que habla el artículo 26 de la ley 361/97, tal y como se decidió en primera instancia. Aquí vale la pena aclarar que dicho despido no tuvo efecto alguno y por lo tanto habría lugar al reintegro, pero como tal cosa no se pidió en la demanda, no puede la Sala sino limitarse a la pretensión pecuniaria.

* 1. **FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS**

 La jueza de primer grado arribó a la conclusión de que la empresa demandada no había pagado y mucho menos consignado las cesantías del trabajador correspondientes a la fracción laborada en el año 2011 y la del año completo 2013, de modo que condenó al pago de las mismas, e impuso, aparte de eso, la sanción prevista en el artículo 90, numeral 3º de la Ley 50 de 1990 ante su falta de consignación.

 Al cuantificar dicha condena, la jueza advirtió que respecto a la sanción por la falta de consignación de las cesantías causadas entre el 15 de septiembre de 2011 -fecha del hito inicial del vínculo laboral- y el último día de ese año -31 de diciembre de 2011-, la citada sanción corría entre el 15 de febrero del año 2012 y el mismo día y mes del año siguiente (2013), puesto que en esa fecha el empleador sí había consignado las cesantías correspondientes al año 2012, con lo cual se interrumpió su causación, la cual sin embargo volvió a activarse al año siguiente (2014), puesto el 14 de febrero de 2014 (fecha límite para la consignación de las cesantías anuales), PROMASIVO S.A. no consignó las cesantías correspondientes al año 2013, corriendo la sanción entre dicha fecha y el día de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 21 de junio de ese año. En esa medida, concretó la condena en las siguientes sumas: $6.427.200 por la falta de consignación de las cesantías del año 2011, a razón de un día de salario ($17.853,33 diarios) por cada día de retardo entre el 15 de febrero de 2012 y el mismo día y mes del año siguiente (2013); y por el año 2013, $3.657.107, a razón de $29.024 diarios entre el 15 de febrero de 2014 y la fecha del despido, para un total de $10.084.307,6.

 El apelante acude a la interpretación jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para sostener que la falta de consignación de una anualidad origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, sin que exista solución de continuidad cuando al año siguiente el empleador consigna la anualidad anterior, pero continua insoluta alguna de las anualidades anteriores dejadas de depositar, tal como ocurre en su caso, pues a la fecha no han sido consignadas las cesantías causadas en el año 2011.

 Basta examinar el contenido de la jurisprudencia a la que alude el demandante para concluir, al igual que él, que en sede de primera instancia se incurrió en un error al dar solución de continuidad a la sanción por la falta de consignación de las cesantías del año 2011. A modo ilustrativo, conviene reproducir el fragmento jurisprudencial citado:

*“En ese orden de ideas, la falta de consignación de una anualidad, origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, aun cuando las anualidades posteriores sean debidamente depositadas en el fondo. Si se incumple la consignación de varias anualidades, la indemnización se causa desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar, pero cuando el patrono incumpla por segunda vez con la obligación de hacer el depósito de la respectiva anualidad, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar, y así sucesivamente, hasta cuando se consigne la anualidad o anualidades adeudadas o se le cancele el auxilio de cesantía directamente al trabajador en razón de la terminación del contrato de trabajo”.*

#  Siendo así, es claro que el juzgado interpretó erradamente el ordinal tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al condenar a la empresa a pagar una sanción independiente y concomitante por cada anualidad en la que aquella omitió efectuar la consignación de la cesantía, y dando solución de continuidad al vencimiento de cada anualidad, a pesar de que dicha prestación no había sido saldada (Sentencia 37766 de 06 de mayo 2010 M.P. ****GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA****)

 Como quiera que la correcta interpretación del artículo 90, numeral 3º de la Ley 50 de 1990 es la acabada de exponer que coincide con los planteamientos de la apelación y corresponde a la inveterada jurisprudencia del más alto órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la Sala accede a modificar el monto de la condena impuesta en primera instancia por concepto de la sanción ante la falta de consignación de la cesantías, la cual bajo ese método de liquidación asciende a la suma de **$18.9390.192**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO DE LAS CESANTÍAS CAUSADAS** | **Desde** | **Hasta** | **No. Días en mora** | **Salario diario** | **Total**  |
| 2011 | 15/FEB/2012 | 21/JUN/2014 | 856 | $17.853 | $15.282.168 |
| 2013 | 15/FEB/2014 | 21/JUN/2014 | 126 | $29.024 | $3.657.024 |
|  |  |  |  | Total | **$18.939.192** |

 Las costas en esta instancia correrán por cuenta de la empresa demandada y deberán liquidarse en el juzgado de origen.

 Corolario de lo anterior, la sentencia de primera instancia será modificada en los precisos puntos indicados en precedencia.

 En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

 **PRIMERO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia apelada en el sentido de aumentar el monto de la sanción por la falta de consignación de la cesantías a la suma de **$18.939.192**

 **SEGUNDO: -CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de estudio.

 **TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.** **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Salva parcialmente voto

1. http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/morfolia/article/viewFile/31373/31379 [↑](#footnote-ref-1)
2. INGEMAR DÜRING, Aristóteles, exposición e interpretación de su pensamiento, Universidad Nacional Autónoma, 2005, pag. 837. [↑](#footnote-ref-2)