El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia 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 Sala.

*ORALIDAD*

*Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 09 de febrero de 2017*

*Proceso: Ordinario Laboral – Modifica sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones y ordena el reintegro al cargo*

*Radicación No: 66001-31-05-003-2013-00541-01*

*Demandante: Marleny de Jesús Ballesteros Cano*

*Demandado: Atesa de Occidentes S.A. ESP, Empleos y Servicios Temporales S.A.S. y Tecnipersonal CTA*

*Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira*

*Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.*

*Tema a tratar:* ***CONTRATO DE TRABAJO: INTERMEDIARIOS, PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS****.* Concebidos en el artículo 23 del C.S.T, los elementos esenciales del contrato de trabajo: prestación del servicio personal, subordinación y salario, la susodicha codificación, brinda, además, en aras de enarbolar, la efectiva protección del trabajador, valiosos medios o instrumentos a su alcance, como: *(i)* la presunción legal, de asumirse el contrato laboral por el hecho de comprobarse la prestación personal del servicio artículo -24 ibidem-. *(ii)* el ejercicio del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por las partes, con el fin de descorrer el velo de la apariencia, en aras de que se imponga la realidad del contrato de trabajo, y (iii) descubrir las variadas intermediaciones que se ofrecen en el mercado laboral, (contratistas independientes, intermediarios y simples intermediaros, tercerización, empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, etc.), en orden a que no se distorsione allí la calidad de los verdaderos empleadores y terceros. **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR RAZONES DE SALUD**. El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, fulmina con la ineficacia la terminación del contrato de trabajo producido, en instantes en que el trabajador (a) se hallare en estado de incapacidad, o sufriere alguna limitación física, mental o sensorial, y en la medida en que tales circunstancias debidamente conocidas por la empleadora, fueran las motivadoras del despido, sin que hubiese mediado la autorización del Ministerio del ramo. Tal beneficio no alcanzaría las dimensiones Constitucionales y Legales que la norma persigue, si no se presumiera, como en el evento de la protección a la mujer en estado de embarazada, que una desvinculación en esas condiciones y, a sabiendas del empleador, se afianza en la convicción de que tuvo por causa eficiente la discapacidad o limitación física, mental o sensorial.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los nueve (09) días del mes de febrero de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10.30 a .m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Marleny de Jesús Ballesteros Cano* contra *Atesa de Occidente S.A. ESP, Empleos y Servicios Temporales S.A.S. y Tecnipersonal CTA.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

*I. INTRODUCCIÓN*

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se persigue la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que ató a la demandante con Atesa de Occidente S.A. entre el 05 de marzo de 2005 y el 18 de septiembre de 2010; empero, además pide en el escrito de reforma de la demanda, que en ese período, se declare la existencia de los siguientes contratos de trabajo celebrados entre la demandante, con cada uno de los otros accionados así: (i) con Cooperativa de Trabajo Asociado Tecnipersonal S.A., entre el 22 de marzo y el 14 de diciembre de 2007; (ii) con la empresa de Empleos y servicios especiales S.A.S., entre el 15 de diciembre de 2007 y el 18 de septiembre de 2010.

 Que el aviso de terminación del contrato de trabajo, dado a la trabajadora, por la primera y la última sociedad carece de validez, en razón de que la demandante se encontraba incapacitada; en consecuencia, solicita, en contra de las citadas sociedades, la reinstalación de aquella al puesto de trabajo o a uno similar, con la cancelación de todos los emolumentos legales, desde el momento del retiro al de su reincorporación; en subsidio, se imponga la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como sustento fáctico se relata que la demandante fue contratada, de manera verbal, a partir del 05 de marzo de 2005 por la empresa Atesa para desempeñarse en el oficio de barrido de las calles o ayudante de recolección, bajo su dependencia; que el salario devengado fue el mínimo vigente; que el 22 de marzo de 2007 su empleador pasó a ser la CTA Tecnipersonal S.A., mediante un contrato de obra o labor contratada, que se extendió hasta el 14 de diciembre de 2007; que a partir del 15 de diciembre de 2007 el empleador fue Empleos S.A., quien modificó el tipo de vinculación a una fijo a inferior a un año; que dicho contrato se prorrogó hasta el 18 de diciembre de 2009, que la demandante siempre continuó desempeñando la misma actividad; que el 19 de diciembre de 2009 la empresa Empleos y Servicios Especiales S.A. suscribió un nuevo contrato con la accionante, que tal vinculo se extendió hasta el 18 de septiembre de 2010, que en esa fecha se terminó el contrato sin preaviso alguno; que el 14 de octubre de 2008 la demandante sufrió un accidente laboral, a causa del diagnóstico consistente en esguinces y torceduras de otras partes y de la no especificadas de la cintura escapular; que el 14 de julio de 2009, la IPS determinó el síndrome del manguito rotatorio y síndrome de abducción dolora del hombro, remitiéndose a interconsultas de medicina laboral, salud ocupacional; que el 6 de agosto de 2009, un centro de especialistas le reiteró el trastorno articular; que el 14 de abril de 2010 el centro de especialistas le amplió el diagnóstico por: sinovitis, tenosinovitis y epicondilitis lateral; y que el 31 de agosto de 2010 se emitieron recomendaciones para el desempeño de labores, indicándose que debía reubicársele y restringirle el levantamiento de cargas.

La demanda fue admitida y se dispuso el traslado del caso a las entidades demandadas, las cuales allegaron contestación, en los siguientes términos:

Atesa de Occidente S.A. ESP trajo respuesta por medio de profesional del derecho, en la que hace un pronunciamiento sobre los hechos de la demanda, manifestando que no son ciertos o no le constan. Se opone totalmente a las pretensiones de la demanda y propone como excepciones de fondo las que denominó “Falta de legitimación en la causa por pasiva” y “Buena fe” (fl. 47 y ss).

La CTA Tecnipersonales S.A. fue vinculada por medio de curadora ad-litem, la que allegó respuesta indicando que los hechos no le constaban, no se opuso a las pretensiones de la demanda y no interpuso medio exceptivo alguno.

Finalmente, la empresa Empleos y Servicios S.A.S., por medio de profesional del derecho allegó contestación, aceptando los hechos relacionados a la relación laboral que sostuvo con la actora, indicando que la misma se inició a partir del 15 de diciembre de 2007 mediante un contrato a término fijo inferior a un año, que el mismo culminó el 14 de septiembre de 2008, que nuevamente el 19 de diciembre de 2009 sostuvo un vínculo laboral con la actora el cual se extendió hasta el 18 de septiembre de 2010. Frente a los restantes hechos, indica que no son ciertos o no le constan. Se opone a la totalidad de las pretensiones demandadas y formula como excepciones de fondo las de “Prescripción”, “Terminación de los contratos en forma legal”, “Inexistencia de obligaciones”, “Cobro de lo no debido”, “Pago total de las obligaciones correspondientes a los contratos laborales a cargo de mi representada y a favor de la demandante”, “Compensación” y “Buena fe”.

 *II. SENTENCIA DEL JUZGADO*

EL Juzgado del conocimiento negó el reintegro de la trabajadora, tampoco, efectuó condena acerca de la pretensión subsidiaria, o indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 362 de 1997, en cambio, declaró la existencia de tres vínculos laborales: el primero entre la actora, en su carácter de trabajadora y Tecnipersonales S.A., EST, como empleador directo, por duración de la obra o labor contratada desde el 22 de marzo, con vigencia máxima de 6 meses, que se extendió hasta el 21 de septiembre de 2007, mediando como usuaria Atesa de Occidente S.A.; el segundo, entre la demandante y Empleos y Servicios Temporales, por contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, del 15 de diciembre de 2007, prorrogado dos veces, por un plazo igual, fenecido el 14 de septiembre de 2008, y finalmente, entre estas, del 19 de diciembre de 2009, por un plazo de 3 meses, prorrogado por dos períodos iguales hasta el 18 de septiembre de 2010. Declaró próspera la excepción de prescripción en pro de Atesa de Occidente S.A. ESP, así como avantes las formuladas por Empleos y Servicios Especiales, entre ellas: la terminación de los contratos en forma legal. No condenó en costas.

En la motiva, expuso que el contrato de trabajo fue válidamente concluido, toda vez que el empleador preavisó a la trabajadora oportunamente. Se duele que la demandante no cumplió con la carga de demostrar que para esa calenda estuviera incapacitada, habida cuenta de que la historia clínica, no se refiere a tal situación. Frente a las recomendación del médico del 31 de agosto de 2010, sobre reubicación laboral, aduce que no afectó la validez de la terminación del contrato, pues, se emitió con posterioridad a la comunicación del finiquito contractual y, no se tiene constancia de que las mismas hubieren sido puestas en conocimiento del empleador.

Frente a los restantes períodos alegados en la demanda, echó de menos prueba de la prestación personal del servicio, dado que la parte actora no trajo testimonios u otro medio de convicción, que permita colegir que en los períodos aludidos se cumplió la labor enunciada en la demanda.

III. APELACIÓN

La parte actora, inconforme con la decisión enfiló el recurso de apelación, arguyendo que los lapsos desestimados en la sentencia, se obtienen por medio de la prueba indicaría, la que sustenta en que Atesa de Occidente operó todo el sistema de aseo en la ciudad, por lo que colige, también, que con arreglo en las afirmaciones de la demanda, la actora prestó el servicio a la entidad desde la época allí enunciada. Destaca que de conformidad con el interrogatorio de parte absuelto por el representante de Atesa de Occidente, la empresa ostentaba en su planta de personal, trabajadores encargados de cumplir igual función a la desempeñada por la demandante, razón por la cual no le estaba permitido contratar terceros. Finalmente, en cuanto a la situación de la discapacidad en que se encontraba la demandante al finiquito laboral, estima que la historia clínica da fe de la situación que venía presentando la demandante por su trabajo como "escobita", situación que se extendió por más de dos años.

IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Escuchadas las intervenciones, si las hubo, que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Del problema jurídico.

Para resolver el recurso de apelación, la Corporación plantea el siguiente interrogante jurídico:

¿Se encontraba, la demandante, en estado de discapacidad al momento de finalización del contrato de trabajo?

Desenvolvimiento de la problemática planteada

I- Concebidos, en el artículo 23 de la obra sustantiva de la materia, los elementos esenciales o estructurantes del contrato de trabajo: prestación del servicio personal, subordinación y salario, la susodicha codificación, brinda, además, en aras de enarbolar, la efectiva protección del trabajador, valiosos medios o instrumentos a su alcance, como la presunción legal, de asumirse el contrato laboral por el hecho de comprobarse la prestación personal del servicio, en los términos del artículo 24 de la obra sustantiva laboral.

Igualmente, el ejercicio del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por las partes, con arreglo en el artículo 53 superior, en orden a descorrer el velo que encubre genuinas relaciones laborales disfrazadas en otras apariencias, con el fin de poner en evidencia, la verdad que subyace en estas, y en aras de que se imponga la realidad del contrato de trabajo.

Y, en tercer lugar, desentrañar las variadas intermediaciones que se ofrecen en el mercado laboral, (contratistas independientes, intermediarios y simples intermediaros, tercerización, empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, etc.), en orden a que no se distorsione allí la calidad de los verdaderos empleadores y terceros.

II- Justamente, esta última situación es la que se ofrece en el Sub-lite, cuando establecido está que, la demandada Atesa de Occidente S.A., acudió a la intermediación de las otras entidades, en orden a la prestación del servicio de aseo en vías públicas, actividad a la que estuvo vinculada, la demandante, a través de estas últimas. Así lo reconoció en su contestación, al admitir que contrató con empresas afines a su objeto social, los servicios de barrido de calles, parques y avenidas, así como la colaboración en labores de la estación de transferencia y disposición final, con la firma de empleos y servicios especiales S.A.S. Agregó, que en ocasiones por necesidades del servicio, contrató personal en misión a través de Tecnipersonal S.A. E.S.P. (fl. 52).

En orden a respaldar lo anterior allegó el convenio privado de cooperación comercial, en el que claramente se expresa, que lo convenido entre Atesa de Occidente y Empleos y Servicios Especiales S.A., es una alianza estratégica, de naturaleza simplemente comercial y Mercantil, y que tiene por objeto "*la colaboración administrativa que comprende las áreas contables, financieras y de administración del recurso humano, técnica, logística y comercial; bajo un esquema de independencia económica empresarial...sujeta a la distribución racional y controlada de algunos costoso y actividades*..." (fl. 62).

III- Obviamente, que de ello no se desprende que Empleos y Servicios Especiales S.A.S., tenga por actividad principal la de fungir como empresa de servicios temporales, únicas autorizadas por la Ley 50 de 1990, para enviar en misión, personal a otras empresas, como aconteció con la actora en el sub-lite, de ahí que Atesa de Occidente S.A.S., al contravenir ese estatuto, artículos 71 y siguientes, se convierte en la genuina empleadora, al paso que la otra, en una simple intermediaria, asumiendo una responsabilidad solidaria por no haber comunicado a la trabajadora tal calidad, art. 35-3 C.S.T., tal cual lo ha decantado reiteradamente el órgano de cierre de la especialidad laboral (entre otras muchas, sentencia SL-665 de 25 de septiembre de 2013).

IV- Esclarecido lo anterior, y en vista de: *(i)* la confusa redacción de las pretensiones de la demanda, donde indistintamente se involucran al mismo tiempo, como empleadores tanto a Atesa de Occidente, como a Empleos y Servicios Especiales, siendo ésta última la que fue erigida, como tal, en el numeral tercero del fallo impugnado, sin reparo de la apelante, *(ii)* la claridad que ofrece los medios probatorios traídos a esta contienda, en torno a quién debe ser estimada como empleadora y quién como intermediaria y, *(iii)* que es consubstancial a la acción de reintegro, la definición acerca de cuál de las dos entidades, accionadas, está obliga a cumplir la orden de reintegro, en el evento de su prosperidad, es por lo que, por consiguiente, para la efectividad de la misma es menester, modificar el numeral tercero de la decisión de primer grado.

Igual, modificación habrá de hacerse al numeral primero, para efectos de la efectividad de la acción de reintegro invocada en forma principal, a diferencia de que en el citado numeral, no se hará declaración en torno al obligado solidario, en la medida en que, la sociedad Tecnitemporales S.A., a la que se refiere la falladora en el citado numeral primero, no fue demandada en este asunto, así como tampoco la E.S.T., Tecnipersonal S.A., mencionada en la contestación de la demanda de Atesa de Occidente S.A. (fl. 56); por ende, se declara simplemente que esta última fungió como empleadora, en el lapso: 22 de marzo al 21 de septiembre de 2007, sin perjuicio de los que se disponga al revisar la apelación propuesta por la actora.

Lo dicho, sin lugar a examinar la excepción de prescripción propuesta por Atesa de Occidente S.A.: *(i)* por cuanto únicamente se propuso como excepción previa, y no de mérito (fl. 53), *(ii)* la primera, se agotó en la etapa correspondiente, al declararse no probada, *(iii)* la simple declaración de los hitos cronológicos de la relación laboral, no son susceptibles de tal medio exceptivo, en la medida en que ningún contenido económico conllevó, puesto que no se solicitó el reconocimiento de derecho alguno, causados en esos períodos que supuestamente cubrieran la prescripción, dado que la demanda se contrajo, exclusivamente, al reclamo de la acción de reintegro, o en subsidio, la indemnización de que trata el artículo 26 de la L. 361 de 1997.

 V- Ahora bien, la primera inconformidad de la recurrente, recae en que se extienda el período laborado desde el 5 de marzo de 2005 al 21 de marzo de 2007; fundada en que Atesa, es un operadora del servicio de aseo en la ciudad, y en que en su escrito de demanda había indicado los mojones de la mencionada relación, siendo que en materia probatoria, no es de acogida que la parte se beneficie de su propio dicho, pero además, se tiene lo siguiente.

Militan sendas certificaciones traídas a esta segunda instancia, por la EPS, la cual da cuenta del estado de afiliación al régimen de la seguridad social en salud, que en principio, puede constituir un grave indicio de la prestación del servicio subordinado, puesto que allí se reserva una columna para enunciar los empleadores, quienes al tenor de la Ley 100 de 1993, son los principales obligados a cumplir, para con sus empleados, los deberes de la seguridad social, así:

1- Cooperativa de trabajo Asociado, sin otra denominación: *(i)* de enero a diciembre, salvo septiembre de 2004, *(ii)* de enero a septiembre de 2005, *(iii)* abril a diciembre de 2006 y *(iv)* enero a abril de 2007.

2- Tecnipersonal S.A.S: abril a diciembre de 2007.

3- Empleos y servicios especiales S.A.S: *(i)* enero a octubre de 2008, *(ii)* enero a octubre de 2010.

4- Asear Pluriservicios S.A.S.: enero a diciembre de 2009.

De tal devenir, se observa que la empresa Atesa de Occidente, fungió como operador del servicio de aseo en esta ciudad, sustento del recurso para que se amplíe el espectro de la duración laboral, a través de intermediarios del mercado laboral, acorde con las precisiones que se harán seguidamente.

VI- En el sub-lite, se acreditaron como tales intermediarios: E.S.T. Tecnipersonal S.A. y Empleos y Servicios Especiales S.A., según documentos que obran a folios 56 y 62 y ss. La primera es una persona jurídica muy diferente, a la acá demandada como Cooperativa de Trabajo Asociado, seguida con esa denominación, lo cual es un contrasentido que sea, a un mismo tiempo, una cooperativa y una sociedad anónima, por cuanto la Cooperativa carece de ánimo de lucro, que caracteriza la última. Tampoco, Atesa, reconoció la intermediación a través de una cooperativa de trabajo asociado, ni con otra entidad denominada Asear Pluriservicios.

Las precedentes razones dan al traste con la aspiración de que se amplíe la declaración en torno a los hitos cronológicos de la relación laboral, más cuando con la respuesta de la EPS, la Cooperativa de trabajo asociado qué allí se alude es distinta a la que confusamente se identificó en la demanda, puesto que de haber existido tal identidad, se hubiese impetrado la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo desde enero de 2004, y no desde marzo de 2005, como se plasmó en los escritos de demanda y se reitera en el recurso.

Finalmente, es de estimar que no habría lugar a la relación única que se pide en el recurso desde el 5 de marzo de 2005, puesto que también militan, interrupciones de septiembre de 2005 a abril de 2006, sin perjuicio del cubierto por Asear Pluriservicios S.A.S., de enero a diciembre de 2009.

Sin embargo, y en el entendido de que Atesa de Occidente, prestó el servicio de Aseo, a través de Técnipersonal S.A.S., es menester entonces, ampliar el período que inicialmente reconoció la a-quo, desde el 22 de marzo hasta el 14 de diciembre de 2007, tal cual se infiere de la certificación de la EPS.

En tal sentido se hará la segunda modificación al numeral primero de la sentencia impugnada.

VII- En cuanto a la acción de reintegro intentada con apoyo en las voces del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estatuto que fulmina con la ineficacia la terminación del contrato de trabajo producido, en instantes en que el trabajador (a) se hallare en estado de incapacidad, o sufriere alguna limitación física, mental o sensorial, y en la medida en que tales circunstancias debidamente conocidas por la empleadora, fueran las motivadoras del despido, sin que hubiese mediado la autorización del Ministerio del ramo, puesto que tal beneficio no alcanzaría las dimensiones Constitucionales y Legales que la norma persigue, si no se presumiera, como en el evento de la protección a la mujer en estado de embarazo, que una desvinculación en esas condiciones y plenamente conocida por el empleador, se afianza en la convicción de que tuvo por causa eficiente la discapacidad o limitación física, mental o sensorial.

En esta línea de pensamiento es que se ha venido moviendo la jurisprudencia de las altas Cortes, en guarda de la protección de este segmento sensible de la población trabajadora.

VIII- Revisados los documento adosado con la demanda de folios 19 a 22, y el informe suministrado a esta Sala por la compañía Seguros Bolívar (fl. 25 Cdo seg.inst.), se tiene que, aluden al episodio tratado como accidente de trabajo, ocurrido el 15 de abril de 2008, como con mayor exactitud lo refiere el informe de la compañía de seguros, y no el 14 de octubre del mismo año como se señala en la demanda y su reforma.

Anota el informe de la ARL, que su diagnóstico fue un lumbago agudo, que calificó de lesión leve, el cual no generó secuela alguna, ni pendientes por calificar; añade que a la paciente se le brindó la atención de urgencias, la valoración por el especialista en ortopedia, la medicación y los exámenes, así como la cancelación de la prestación económica.

Asegura, también, que la señora Marleny Ballesteros, no ha solicitado ninguna tipo de atención derivada de este evento, desde el mes de julio de 2008, sin embargo, en los documentos adosados con la demanda y los que luego, arrimó la EPS, por requerimiento oficioso de esta Sala, se observan atenciones médicas, por un lado los días: 14 de julio y 6 de agosto de 2009; 14 de abril de 2010, y por otro lado: 26 de marzo, 11 de junio, 12 de agosto, 8 y 26 de septiembre de 2008; 10, 14 y 31 de agosto de 2010.

De tal probanza se infiere, que recurrentemente, la demandante acudió a revisión médica, a propósito de las dolencias o desórdenes osteomusculares: en la región escapular, hombro y codo derecho, al parecer originado en un intento de verter residuos sólidos en una caneca, hecho ocurrido el 15 de abril de 2008, cuyas repercusiones las ha venido denunciando a su médico, especialmente, en las atenciones de 2010, en las cuales: el 11 de junio, se le incluyó en actividades epidemiológicas para prevención de lesiones osteomusculares del programa de salud ocupacional, aunque con una mejoría, importante, en el codo; el 10 de agosto se le ordena un plan terapéutico; el 14 se le atiende por fibromialgia, y además, refiere al médico que la empresa requería la información en cuanto, al peso de objetos que podía soportar para seguir laborando; y el 31 siguiente, se recuerda que la paciente fue valorada en junio, con remisión al programa de salud ocupacional, que el nivel promedio de peso para levantar, transportar, etc, para las mujeres es de 25 kg, y q la competencia era del médico de salud ocupacional.

De tal suerte que la demandante había sido remitida, desde junio de 2010, a actividades epidemiológicas para prevención de lesiones osteomusculares del programa de salud ocupacional de la empresa, no obstante la mejoría de su codo, seguimiento para el cual era necesario que la actora se ciñera al peso máximo que podía maniobrar en sus ordinarias labores, esto es, 25 kg., tal como la empresa tuvo, la oportunidad de conocer, solicitando la información a través de la trabajadora, cuando era de dominio del mismo programa de salud ocupacional a cargo de Atesa de Occidente.

Por consiguiente, el despido producido bajo estas circunstancias, denota que se hizo aprovechando la discapacidad física por la que atravesaba, la demandante, puesto que desde el mes de junio de 2010, se le había remitido al programa de salud ocupacional de la empresa, propósito que no era otro, que el de que se le adecuaran las condiciones del trabajo: ubicación, merma de peso de las cosas a cargar y transportar a los límites permitidos, acorde con las dolencias que padecía desde 2008, a causa de un sobresfuerzo en sus tareas.

No es excusa, por lo tanto, que el dictamen del 31 de Agosto, del especialista, se hubiera producido con posterioridad al preaviso de no renovación del contrato de trabajo (29 de agosto); dictamen, en el que se recomendaba a la empresa, la necesidad de que se cumpliera con la actora, el programa de salud ocupacional, para que se ubicara en aptitud productiva, y mínimo riesgo a la salud, en labores básicas, y con restricción para levantar, cargar o transportar peso superior a 25 kg., (fl. 23).

Y, tal preaviso no puede ser óbice para que se dejara de cumplir, la recomendación del galeno, por cuanto, por lo demás, el preaviso, se efectuó intempestivamente, por cuanto no se realizó, dentro del tiempo hábil que tenía el empleador, en los términos del artículo 46-1 C.S.T., habida cuenta que si el contrato de trabajo tenía como termino de vencimiento el 18 de septiembre de 2010 (fl. 183), su preaviso apenas se hizo el 19 de agosto del anotado año (fl. 209), esto es, sin que hubiera transcurrido no menos de treinta días.

Con todo, se declarará la ineficacia del despido, con la consecuencial reinserción de la trabajadora a un cargo igual o de superior categoría, al que venía desempeñando al momento del despido, con el reconocimiento de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, causados desde la desvinculación hasta su reinserción efectiva.

No salen avantes las excepciones propuestas contra la pretensión de reintegro, más cuando la de prescripción no alcanzó a consumarse en el trienio regulado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L.S.S., habida cuenta que el despido se produjo el 18 de septiembre de 2010 y la demanda ordinaria fue incoada el 23 de agosto de 2013.

Costas en ambas instancias a cargo de Atesa de Occidente y Empleos y Servicios Temporales

En mérito de lo expuesto, el *H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. Modifica los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia conocida en sede de apelación. En su lugar:

1.1. Declara la existencia del contrato de trabajo entre Marleny de Jesús Ballesteros Cano y la sociedad Atesa de Occidente S.A. E.S.P., en los siguientes períodos: *(i)* 22 de marzo a 14 de diciembre de 2007, *(ii)* 15 de diciembre de 2007 al 14 de septiembre de 2008 y *(iii)* 19 de diciembre de 2009 al 18 de septiembre de 2010.

1.2. Declara que en los dos últimos períodos la Empresa de Empleos y Servicios Especiales S.A.S., fungió como simple intermediaria, sin comunicar esa condición a Marleny de Jesús Ballesteros Cano (art. 35-3 C.S.T.), por ende, solidaria de las condenas que se impondrán a la empleadora Atesa de Occidente S.A. E.S.P.

2. Revocar los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo. En consecuencia:

2.1. Declara ineficaz el despido de Marleny de Jesús Ballesteros Cano, ocurrido el 18 de septiembre de 2010, por ende, se ordena su reinserción a un cargo igual o de superior categoría, al que venía desempeñando al momento del despido, con el reconocimiento de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, causados desde la desvinculación hasta su reinserción efectiva.

2.2. Declara no probada las excepciones de mérito.

2.3. Condena en Costas de ambas instancias, a favor de Marleny de Jesús Ballesteros Cano, y en contra de Atesa de Occidente S.A. E.S.P. y Empresa de Empleos y Servicios Especiales S.A.S., por partes iguales.

Notificación en estrados.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

 Magistrada Magistrada

 ALONSO GAVIRIA OCAMPO

 Secretario