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 la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

*Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 06 de julio de 2017*

*Radicación No: 66170-31-05-001-2015-00228-01*

*Proceso: Ordinario Laboral*

*Demandante: Oney de Jesús Salazar Ciro*

*Demandado: Cooperativa Multiactiva de Transportes Motoristas de Santa Rosa de Cabal “Mosarcoop”*

*Juzgado de origen: Laboral del Circuito de Dosquebradas*

*Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.*

*Tema a tratar:* ***Contrato de Trabajo. Conductor Transporte Público***. Se regula en el artículo 36 de la ley 336 de 1996, y su antecedente, el artículo 15 de la Ley 15 de 1959. Acorde con tales disposiciones, los choferes son contratados directamente por la empresa, o en el peor de los escenarios ésta sería solidariamente responsable junto con el propietario del equipo de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo **Estabilidad ocupacional 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.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los seis (06) días del mes de Julio de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y treinta de la mañana (7:.30 a .m.), las magistradas y el magistrado Ponente de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, declaran formalmente abierto el acto, con el propósito de desatar el grado jurisdiccional de consulta en pro del demandante, en contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2016 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, dentro del proceso ordinario promovido por Oney de Jesús Salazar Ciro, contra Cooperativa Multiactiva de Transportes Motoristas de Santa Rosa de Cabal “Mosarcoop”.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

*I. INTRODUCCIÓN*

Antes de que los asistentes descorran el traslado para alegar en esta instancia (art. 13 Ley 1149 de 2007), se procede a relatar los pormenores de este litigio: el demandante persigue que tras declararse: *(i)* la existencia del contrato de trabajo celebrado entre él y la persona jurídica accionada, a término indefinido, del 26 de diciembre de 2005 al 7 de mayo de 2013; *(ii)* el despido hallándose, el actor, en las circunstancias descritas por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; *(iii)* la ausencia de permiso para el despido por parte del Ministerio del Ramo, a solicitud tanto de la persona jurídica, como de la natural demandadas; *(iv)* la ineficacia del despido y, *(v)* la solidaridad de Luis Eduardo Gómez Castrillón, en su carácter de dueño del vehículo, respecto de las acreencias laborales e indemnizaciones debidas.

Se condene solidariamente: *(vi)* al reintegro en el mismo cargo o en otro igual o de mayor categoría; *(vii)* a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir; *(viii)* a la indemnización consistente en el pago de 180 días de salario; *(ix)* a las cotizaciones al sistema integral de la seguridad social, con intereses de mora, por el tiempo en que estuvo cesante, y al reconocimiento de las costas procesales.

Las preconcebidas súplicas descansan en los hechos relativos a la prestación personal, por parte del demandante, de su actividad en el servicio público de transporte a la persona jurídica accionada, como conductor de la buseta Mitsubishi Canter, modelo 2006 de placas SJS 820, de propiedad de la persona natural demandada, en la ruta Santa Rosa de Cabal- Pereira- Santa Rosa de Cabal, según una programación quincenal que consistía en dos turnos diarios por uno de descanso, de 5 a 10 a.m. o 11 p.m., a cambio de una remuneración equivalente al salario mínimo legal; que el 1 de mayo de 2012, el actor padeció un accidente casero, resultado del cual hubo de practicársele una intervención quirúrgica, en la mano diestra, de tendones y extensores, siendo incapacitado para laborar por espacio de 360 días, en el último año de la relación, hasta el 9 de abril de 2013, con la orden médica de reintegro para el día siguiente, con restricciones y limitaciones en ese sentido.

Que dado el reintegro, el 11 de abril de 2013, el demandante fue despedido en época en que tenía pendientes unas sesiones de terapias, y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, y en estado de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud, sin que hubiere mediado la autorización del Ministerio de ramo para su despido.

La Cooperativa Multiactiva demandada “Mosarcoop”, se opuso a las pretensiones. Aludió a la certeza de los hechos relativos a la calidad que ostentó el actor como conductor del vehículo de propiedad del otro accionado y afiliado a dicha empresa; replicó no constarle el accidente casero sufrido por el actor, aunque reconoció las incapacidades expedidas al trabajador, sin que aquel hubiese allegado información acerca del tema, pues, mantuvo a Mosarcoop ajena al tratamiento, no se le notificó alguna novedad o restricción para el reintegro, por lo que el conductor se reintegró por haberse terminado la incapacidad, sin limitación de ninguna clase. Llama la atención, igualmente, que acordes con las copias expedidas por Saludcoop, de liquidación de prestaciones económicas, se registra equivocadamente la dirección de Mosarcoop, pues la ubica en el municipio de Chinchiná, siendo de Santa Rosa de Cabal. Propuso como excepciones: cobro de lo no debido, legalidad en el proceso disciplinario, ausencia de los elementos constitutivos de la estabilidad reforzada e inexistencia de la relación laboral (fls. 1775 y ss Cdo. 1 y fol. 245 y ss. cdo. 2).

El codemandado, Luis Eduardo Gómez Castillón, se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos replicó acerca de la certeza del contenido de aquellos soportados con la documental traída. Negó que al momento del reintegro, el demandante tuviese restricciones o limitaciones de salud, y que los demandados no se percataron de que el trabajador contara con las supuestas instrucciones, ni que tuviera terapias pendientes, puesto que no fueron informados. Propuso como excepciones: Justeza del despido, nadie puede alegar en su favor el propio dolo, no estar el trabajador en circunstancias de debilidad manifiesta e inconveniencia del reintegro (fls. 233 y ss Cdo. 2).

 *II. SENTENCIA DEL JUZGADO*

EL Juzgado del conocimiento negó las pretensiones de la demanda, salvo la declaración de la existencia del vínculo laboral a término indefinido, entre el demandante y la persona jurídica accionada, del 16 de diciembre de 2005 al 7 de mayo de 2013, y condenó en costas al actor.

En la motiva, con arreglo en artículo 15 ley 15 de 1959, y con documentos, incluidas las diligencias disciplinarias, expuso que el contrato de trabajo llevado a cabo por el demandante, se sostuvo con la persona jurídica accionada. En lo tocante con la estabilidad ocupacional reforzada, leyó fragmentos de una providencia emitida por esta Corporación y revisó su historial clínico y de incapacidades, detectando múltiples controles, luego de que Salazar Ciro sufriera un percance o accidente en su lugar de residencia, que lo dejara incapacitado por algunos días, reintegrándose el 11 de abril de 2013, sin que hubiese realizado manifestación alguna acerca de las limitaciones para trabajar, o acerca de las recomendaciones de la EPS, lo que refuerza con la declaración de confeso por no haber asistido a la audiencia del artículo 77 del C.P.L.S.S., no desvirtuado en el curso del proceso, por ende, al haberse vencido la última incapacidad el 9 de abril de 2013, y habérsele concluido el contrato de trabajo el 7 de mayo siguiente, no halló los presupuestos para ordenar las medidas establecidas por la ley 361 de 1997, para la protección de la estabilidad ocupacional reforzada.

Adujo que el dictamen médico de la merma laboral, solo vino a producirse en 2016, con fecha de estructuración 1 de marzo de 2012, por lo que entonces, concluyó que la finalización del vínculo laboral no se debió a razones de salud sino como producto de la investigación que se le llevó ante la fiscalía por hechos injuriosos en contra de dos directivos de la empresa accionada, reconocidos por el actor por el hecho de haberse retractado de los mismos.

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:

¿Existe contrato de trabajo entre conductor de transporte de servicio público, con la empresa afiladora y solidariamente con el dueño del vehículo?.

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

Desenvolvimiento de la problemática planteada

Consideraciones:

En orden a dilucidar el primero de los dilemas planteados, esta Sala tuvo en pretérita ocasión de pronunciarse en torno al contrato de trabajo celebrado por conductores de transporte público, al expresar en sentencia de 17 de marzo de 2016 radicación 66001-31-05-003-2013-00703-01:

“*[e]n materia de contrato de trabajo, con choferes de transporte público, se regula en el artículo 36 de la ley 336 de 1996, y su antecedente, el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, siendo de anotar que el decreto 266 de 2000, y por ende, su artículo 150 … que se refiere al mismo tema, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1316 de 2000.*

*“Al compaginar los contenidos de los preceptos 15 y 36 de las Leyes 15 de 1959 y 336 de 1996, respectivamente, al rompe se advierte que obedecen a la misma orientación, consistente en que como se afirma en la primera: “el contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderán celebrados con las empresas respectivas...las empresas y los propietarios de los vehículos, serán solidariamente responsables”. Al paso que el segundo reza: “Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo”.*

Por modo, que no había lugar a que habiéndose declarado la existencia del contrato de trabajo con la empresa transportadora, en los términos indicados en las disposiciones prealudidas, se hubiese negado la solidaridad respecto de Luis Eduardo Gómez Castrillón, motivo por el cual ante la claridad de los citados textos, se modificará la sentencia conocida en grado jurisdiccional de consulta en tal sentido.

Ahora bien, como se puede apreciar del recorrido precedente, las pretensiones de la demanda se inscriben en la órbita de protección de la estabilidad ocupacional reforzada del artículo 26 de la ley 361 de 1997, puesto que, el actor, hallándose en las circunstancias dichas por el citado estatuto, afirma que fue despedido sin autorización del Ministerio del ramo, por lo que pide que se le reintegre al puesto de trabajo como conductor, junto con el reconocimiento de la indemnización dineraria consiste en 180 días de salario.

Consecuente con lo expuesto, el a-quo, fijó el litigio en determinar la ineficacia del despido, la solidaridad alegada entre las accionadas, y la procedencia del reintegro, con el pago de salarios.

Sobre el particular, la acción de reintegro intentada con apoyo en las voces del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, *(i)* estatuto que fulmina con la ineficacia la terminación del contrato de trabajo producido, en instantes en que el trabajador *(i)* se hallare en estado de incapacidad, o sufriere alguna limitación física, mental o sensorial, *(ii)* en la medida en que tales circunstancias debidamente conocidas por la empleadora, fueran las motivadoras del despido, *(iii)* sin que hubiese mediado la autorización del Ministerio del ramo, *(iii)* 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, *(iv)* 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.

Es así como el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, dice la Sentencia SU-049 de 2 de febrero de 2017, es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o les 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.

A juicio de esa Corporación, una vez las personas contraen una enfermedad o presentan una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación. Justamente en frente de esas prácticas, la Constitución prevé medidas de protección, por lo que los empleadores deben contar, con una autorización previa que certifique una justa causa para finalizar el vínculo contractual. De lo contrario, proceden los reconocimientos legales.

En el sub-examine no se abriga duda en torno a que el demandante, a raíz de un accidente casero recibió una lesión en su extremidad superior derecha al nivel de los extensores de los dedos, cuya ruptura producida por el contacto con un vidrio, para lo cual fue suturado e inmovilizado con férula durante 32 días (fl. 83), le generó igualmente, sucesivas incapacidades médicas, reconocidas por su EPS, del 1 de abril de 2012 al 9 de abril de 2013.

Así mismo, es un hecho aceptado por el promotor del litigio, que su reintegro se produjo el 11 del citado mes y año (hecho vigésimo segundo), así lo desconozca en el curso del interrogatorio de parte, al sostener que, en ese instante, a cambio, recibió el pago de 20 días de salario.

Reza, de igual manera, la historia clínica, que el actor fue sometido a sesiones de electroterapia y ejercicios de fortalecimiento de extensor común de los dedos, extensor del pulgar, abductor del pulgar, oponente del pulgar, interóseos, así como estiramiento: flexo extensores de los dedos, que incluyeron sesiones adelantadas con posteridad al reintegro, así: (i)10 de abril, hora: 12:06:15, (ii) 12 de abril, hora:08:57:03, (iii) 15 de abril, hora: 10:40:17, (iv) 17 de abril, hora: 11:13:02, (v) 18 de abril hora: 10:21:38, (vi) 19 de abril, hora: 10:53:02 (fls. 144 s.s. cdo. 1).

Igualmente, los días: 2, 3 y 6 de mayo, en horarios similares a los anteriores, luego, entonces, a su reintegro, la demandada le permitió que el actor continuara con sus sesiones de electroterapia y ejercicios, conforme al tratamiento prescrito.

Con posterioridad al despido, el tratamiento continúo únicamente: los días 8 de mayo, y 6 de junio, toda vez que, en adelante, el motivo de la consulta fue diferente, esto es, para controles de lumbalgia, con electroterapia en región lumbar, con ejercicios en el fortalecimiento de músculos paravertebrales y estiramiento: cadena cinética posterior, celebrada en sesiones del: 7,12,13,19 de junio, y 4 de julio de 2013 (fl. 155 y ss cdo. 1).

Finalmente, la recomendación del 10 de abril de 2013, dice traer concepto actualizado del médico cirujano de mano del 03/04/2013 quien considera que la rigidez y adherencia que no permiten flexión completa ya se toman como secuelas y que puede ya laborar con dicha limitación (fl.160).

Por ello, pasa el caso, como recomendación, a valoración por el médico especialista en salud ocupacional a cargo de la empresa, para que se defina la aptitud laboral con restricciones y recomendaciones con el fin de cuidar la salud del trabajador, procurando su ubicación en un sitio de trabajo acorde con sus condiciones psicofisiológicas, manteniéndose en aptitud productiva y con el mínimo riesgo ocupacional a su situación de salud (fl. 160 cdo. Ib).

Es oportuno advertir, que la información extractada de la historia clínica, y de la que se ha hecho mérito, desvirtúa cualquier presunción que se deduzca en contra del actor, por su inasistencia a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.L.S.S.

Por otra parte, si bien, no milita fehacientemente en el plenario el conocimiento de la empresa en torno a las recomendaciones médicas elaboradas el 10 de abril de 2013, era un hecho cierto para la demandada: que Salazar Ciro, estaba asistiendo al tratamiento de electroterapia y ejercicios de fortalecimiento y estiramiento, inclusive un día antes de que se produjera el despido y un día después, conocimiento que surge de los horarios en que este tratamiento se llevaba a cabo, esto es, en horas laborales de la mañana, lo que significa que para asistir a tales sesiones contaba con la autorización de la empresa, lo que necesariamente ha de conducir que el actor, era digno en el momento de la protección implorada, razón por la cual se accederá a esta, con arreglo en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la modalidad indemnizatoria, consistente en 180 días de salario, conforme al que devengaba en ese momento –el mínimo vigente %589.500-, vale decir: $3.537.000.

No se accede al reintegro, puesto que resultaría desproporcionada, si se tiene en cuenta: *(i)* que al actor solo le faltaban dos sesiones: del 8 de mayo y 6 de junio de 2013, para completar la consulta médica: Tenorrafia extensores de dedos mano derecha, *(ii)* no se puede pasar por alto que aquella al reintegrar al trabajador, lo hizo facilitando que cumpliera con el tratamiento en su fase final, a un problema de salud, calificado el 3 de abril de 2013 como una secuela, compatible con el trabajo, y también con la limitación, *(iii)* el propio demandante reconoció, en el curso de la declaración de parte, que unos días posteriores a su desvinculación, en junio o julio laboró con otros empleadores, sin dificultad de salud alguna, *(iv)* no será aconsejable el reintegro, puesto que si bien, los motivos esbozados para la desvinculación deberían ser estudiados por el Ministerio del ramo, para su debida autorización, si resulta extraño que el demandante, no hubiese aducido en este proceso, argumento alguno en contra de la seriedad de la investigación disciplinaria adelantada por su contradictora, y menos de que el mismo se retractó, posteriormente, de los hechos que se le imputaron, reconociendo con ello su falta.

Con todo, se revocará parcialmente el numeral 2, se corregirá el lapsus incurrido por el a-quo, en el numeral 1 al indicar como hito inicial de la relación el 16 de diciembre de 2005, cuando lo correcto es 26 del mismo mes y año, tal cual lo indicara en la parte motiva, y fuera solicitada en la demanda.

No salen avantes las excepciones propuestas por los demandados

Costas en ambas instancias a cargo de los accionados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira- Risaralda, Sala Laboral, Sala de Decisión No. 3 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. Corrige el numeral 1 en el sentido de que la declaración de la existencia del contrato de trabajo celebrado entre Oney de Jesús Salazar Ciro, y la Cooperativa Multiactiva de Transportes Motoristas de Santa Rosa de Cabal “Mosarcoop”, se extendió del 26 de diciembre de 2005 al 7 de mayo de 2013.

1. Revoca parcialmente el numeral segundo. En su lugar:

2.1. Declara a Luis Eduardo Gómez Castrillón, como deudor solidario respecto de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo de cuya declaración se trató el numeral precedente.

2.2. Condenar solidariamente a la Cooperativa Multiactiva de Transportes Motoristas de Santa Rosa de Cabal “Mosarcoop”, y a Luis Eduardo Gómez Castrillón, por concepto de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por valor de $3.537.000.

2.3. Niega las demás pretensiones.

3. Modifica el numeral tercero. En consecuencia:

No declara probadas las excepciones de mérito propuestas por los sujetos pasivos de la contención.

1. Condena en Costas en ambas instancias a los demandados.

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