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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, lunes 10 diciembre de 2018.

Radicación No: 66170-31-05-001-2017-00133-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Alberto Samuel Rivera Gómez

Demandado: Pasabocas Patty SAS y Tempoeficaz SAS(

Juzgado de origen: Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / CONCEPTO / NUEVO CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / SENTENCIA SL1360-2018.**

En sentencia SL1360, de 11 de abril de 2018, radicación 53394, pregonó que el empleador debe acreditar la ocurrencia de la justa causa, so pena de que el acto se repute ineficaz, como quiera que al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que establece los mecanismos de integración de discapacidad, el órgano de cierre en lo laboral, asentó que esta disposición no prohíbe el despido en situación de discapacidad, puesto que lo que sanciona es que este acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Añadió, que la invocación de una justa causa legal excluye que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del empleado, por lo que para esta alta Magistratura, no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, habida cuenta de que quien alega esta causal enerva la presunción discriminatoria, vale decir, se soporta en una razón objetiva.

Con tal postura jurisprudencial, la Corte Suprema abandonó el criterio determinado en la Sentencia SL-36115 de 2010, reiterado en la sentencia SL-35794 del igual año, según las cuales el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no consagraba una presunción legal o de derecho. Por el contrario, ahora con la nueva postura, enfatizó que el despido en este estado se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada. (…)

Autorización del Ministerio del ramo. Esta autorización se circunscribe en los eventos en que el desarrollo de las actividades laborales sea incompatible e insuperable en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa. En esta hipótesis, podría rescindirse el nexo laboral con el pago de la indemnización legal, en la medida en que el funcionario administrativo, constate que el empleador aplicó todos los ajustes razonables orientados a preservar en el empleo al laborante, lo que implica su rehabilitación funcional y profesional, readaptación a su puesto, reubicación y cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las once y quince de la mañana (11:15 a.m. ), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el magistrado que integra la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia del 23 de marzo de 2018 dictada por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Alberto Samuel Rivera Gómez*** contra ***Pasabocas Patty SAS*** y ***Tempoeficaz SAS***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Pretende el demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo sin solución de continuidad entre él y las sociedades demandadas desde el 5 de febrero de 2015 y hasta la fecha, y se deje sin efecto la terminación que efectuaron sus empleadores el día 31 de marzo de 2016. En consecuencia, pide que se condene a las demandadas a pagar los salarios, el auxilio de cesantías e intereses sobre los mismos, el auxilio de transporte, las vacaciones y los aportes a pensión dejados de cancelar desde la fecha de la terminación del contrato. Así mismo, a pagar la indemnización por no consignación de las cesantías, la indexación de las condenas y las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a sus aspiraciones expone que celebró un contrato de trabajo con la sociedad Tempoeficaz SAS el día 5 de febrero de 2015, para ser enviado como trabajador en misión en la empresa Pasabocas Patty SAS, donde debía surtir los mesones con plátano, pelarlo, amarrar los costales con cascaras, manejar maquinaria, descargar camiones, entre otras actividades. Aduce que el 5 de mayo de 2015 se accidentó en las instalaciones de la empresa usuaria, al sufrir una caída desde su propia altura, al resbalar en el piso mojado, por lo que permaneció varios días hospitalizado y medicado, para finalmente ser intervenido quirúrgicamente; que luego de varias incapacidades se reincorporó a su puesto de trabajo, con recomendaciones prescritas por el médico de salud ocupacional; que posteriormente, el 31 de marzo de 2016, la empresa de servicios temporales Tempoeficaz dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo finalización del oficio o servicio para el cual fue contratado.

Refiere que la ARL Axa Colpatria Seguros de Vida SA le practicó una resonancia de columna lumbar simple, con diagnóstico de “disco protuido L5- S1 que hace contacto con la raíz izquierda y engrosamiento de la misma” y “proceso inflamatorio radicular izquierdo por aracnoiditis”; que por vía de tutela solicitó el reintegro, pero le fue despachada desfavorablemente, con posibilidad de acudir ante el juez ordinario; que las condiciones de salud en las que se encuentra le dificultan encontrar un empleo digno para el sostenimiento de su grupo familiar.

 Admitida la demanda, la empresa de servicios temporales Tempoeficaz SAS aceptó la vinculación del actor como trabajador en misión, el accidente de trabajo que sufrió en las instalaciones de la empresa usuaria, las restricciones médicas que le fueron prescritas, la terminación del contrato de trabajo, entre otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que al demandante se le respetaron todos sus derechos laborales y constitucionales, por cuanto el contrato de trabajo se mantuvo hasta que cesaron las incapacidades y restricciones laborales. En su defensa, propuso como medios exceptivos los de Inexistencia de las obligaciones demandadas, Cobro de lo no debido y Prescripción.

Por su parte, la sociedad Pasabocas Patty S.A. a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda, manifestando que acepta que el actor fue enviado como trabajador en misión para desempeñar funciones propias de operario, que el accidente laboral que sufrió fue atendido directamente por la ARL a la cual se encontraba afiliado por parte del empleador, y que el contrato finalizó el 31 de marzo de 2016. Se opuso igualmente a las pretensiones, arguyendo que al demandante se le garantizó el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, tanto así que el contrato de trabajo se mantuvo por un lapso superior al permitido en la ley, y sólo se dio por finiquitado una vez cesaron las incapacidades y recomendaciones médicas.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

El juzgado de conocimiento, luego de evacuadas las etapas procesales respectivas, emitió sentencia de primer grado en la que declaró la existencia del contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la empresa de servicios temporales Tempoeficaz SAS, entre el 5 de febrero de 2015 y el 1 de abril de 2016. Acto seguido, negó las demás pretensiones y se abstuvo de imponer condena en costas, por contar el pretensor del litigio con el beneficio de amparo de pobreza.

En la motiva, encontró con base en el material probatorio recopilado en la actuación que fue la EST Tempoeficaz SAS y no la sociedad Pasabocas Patty SAS, la empleadora del demandante, por cuanto quedó probado que ambas sociedades acordaron el suministro de personal en misión, y que en tal virtud, el actor fue enviado a las instalaciones de esta última para realizar funciones de operario, prestando sus servicios personales entre el 5 de febrero de 2015 y el 31 de marzo de 2016, término que si bien supera el legal previsto en el artículo 77 de la Ley 50/90, obedece única y exclusivamente a la garantía de los derechos del trabajador, pues debido al accidente laboral que sufrió en el mes de mayo de 2015, estuvo sujeto a incapacidades y restricciones médicas que impedían su desvinculación.

Por consiguiente, descartó que existiese solidaridad alguna de la empresa usuaria en el pago de las acreencias laborales que pudiesen resultar en favor del trabajador.

En torno a la estabilidad laboral deprecada, estimó que pese a que el actor luego de la ocurrencia del siniestro presentó una limitación que le impedía realizar sus labores diarias, circunstancia que ameritó entre otras cosas su reubicación, lo cierto es que para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el trabajador no estaba incapacitado ni presentaba recomendaciones médicas vigentes, aunado a que no existe constancia de que el empleador tuviese conocimiento de las que se generaron con posterioridad. Consideró que ni aun desde la óptica de la presunción de estabilidad laboral reforzada, podría concluirse que el despido del trabajador se debió a un acto discriminatorio del empleador en razón a su estado de salud, puesto que las pruebas apuntan a que el contrato de trabajo se prorrogó más allá del término legal autorizado, no por la necesidad del servicio de la empresa usuaria, sino por las condiciones especiales de salud del trabajador, las cuales fueron protegidas por el empleador, manteniendo vigente el contrato de trabajo hasta la expedición de la última restricción médica, a fin de que estuviera amparado por la seguridad social

***III. CONSULTA***

Teniendo en cuenta el mandato contenido en el artículo 69 del Estatuto Instrumental Laboral y de la Seguridad Social, se dispuso la remisión de las diligencias a esta Sala para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los apoderados de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte actora beneficiada con el grado de consulta. Escuchadas las anteriores intervenciones 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 la instancia, la Sala se plantea el siguiente interrogante:

*¿Cuál de las dos sociedades demandadas fungió como verdadero empleador del demandante?*

*¿Se encontraba el señor Alberto Samuel Rivera Gómez en situación de debilidad manifiesta por salud, que impidiera la terminación de su relación laboral o hiciera presumir que se debió a un acto discriminatorio por parte de su empleador?*

*¿Obedeció su desvinculación a una causa legal y objetiva?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Como es sabido, la Ley 50 de 1990 estableció el marco jurídico de las empresas de servicios temporales, los usuarios y el régimen laboral de los trabajadores vinculados a estas. De acuerdo con los artículos 71 y 72 de esta Ley, las empresas de servicios temporales son personas jurídicas dedicadas a contratar de manera directa trabajadores en misión, con el fin de enviarlos a una empresa usuaria para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades. En ese orden, los trabajadores enviados en misión son considerados empleados de la empresa de servicios temporales, aunque por delegación de esta, el tercero beneficiario es quien ejerce el poder subordinante sobre aquellos.

Ese suministro de mano de obra, sólo está autorizado en Colombia en las específicas hipótesis traídas por el artículo 77 ibídem: (i) para la realización de actividades ocasionales, accidentales o transitorias; (ii) para cubrir periodos de personal en licencia, vacaciones o incapacidad y (iii) para atender el aumento en la producción o ventas de bienes y servicios intrínsecos de su objeto social, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

La infracción del plazo máximo de contratación con una empresa de servicios temporales implica reputar a esta, como un empleador aparente y simple intermediario que oculta su calidad de tal, y a la empresa usuaria como verdadero empleador, siendo la primera responsable solidaria de las obligaciones laborales que surjan en favor del trabajador, en los términos del inciso 3º del articulo 35 CST.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el desbordamiento del término legal implica quebrantar el elemento esencial de la temporalidad que caracteriza este tipo de contratos de suministro de mano de obra, donde la contratación comercial que suscribe la empresa usuaria con la empresa de servicios temporales debe ser realizada para la prestación de un servicio **restringido en el tiempo**, acorde con las hipótesis que consagra la ley, referidas previamente.

De modo que, si una empresa usuaria prorroga o extiende el contrato comercial con una empresa de servicios temporales por un término superior a 12 meses, o celebra de manera continua uno nuevo con la misma o con diferentes empresas de servicios temporales para la prestación de los mismos servicios del trabajador que ha sido enviado en misión, se considera que la contratación es fraudulenta por desvirtuar completamente la temporalidad del mismo, y pone en evidencia la vocación de necesidad y permanencia, circunstancia que es contraria a la lógica y al propósito de esta figura de intermediación para el suministro de personal temporal.

Así lo ha sostenido en múltiples oportunidades el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencia SL 17025 de 2016, reiterada en recientemente sentencia SL3520 de 2018, radicación 69399, en las que indicó que el desbordamiento del límite señalado en la ley, *“socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador”.*

Luego entonces, si una empresa usuaria requiere al trabajador en misión en forma permanente, debe acudir a otra forma de contratación distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales, a fin de no transgredir ley y la jurisprudencia antes citadas.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la estabilidad laboral de este tipo de trabajadores misionales, la Corte Constitucional ha señalado que pese a las condiciones tan específicas de ese tipo de contratos de carácter temporal, sea por obra o labor, dichos trabajadores también gozan de ese mecanismo de protección. Así lo expresó en sentencia T-188 de 2017 cuando indicó: “*Así como la estabilidad laboral reforzada se amplió para las personas con afectaciones de su salud, sin consideración a una previa calificación, igualmente evolucionó en considerar que no solo aplica para los contratos a término indefinido sino también para aquellos de duración específica, incluyendo los contratos de trabajo por obra o labor contratada e igualmente para los contratos de prestación de servicios**”*

De suerte que, la estabilidad laboral reforzada no se restringe a alguna de las diferentes modalidades de contratación laboral y puede ser exigida en cualquiera de los escenarios, en tanto que, lo que busca es proteger la condición del trabajador cuando se encuentra en situaciones de debilidad manifiesta, y de garantizar la estabilidad en el empleo frente a despidos discriminatorios.

En tal dirección, partiendo de la base que el evento en que surge el derecho a la estabilidad laboral reforzada, se materializa en la obligación impuesta al empleador de mantenerlo en su puesto de trabajo, es que la Sala considera que en los casos de tercerización, es la empresa de servicios temporales en quien recae directamente la medida de protección, por tener respecto a los trabajadores en misión, el carácter de verdadero empleador, salvo que se incurra en el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos.

De modo que, en términos generales, si un trabajador en misión llegase a quedar en situación de debilidad manifiesta, por enfermedad u otra circunstancia, entre otras, aunque fuese faltando poco tiempo para la terminación del contrato misional, por vencimiento del término estipulado o por el cumplimiento del objeto, la empresa de servicios temporales está en la obligación de asumir la responsabilidad y de velar por la protección de su trabajador, máxime cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 50/90, es responsable de la salud ocupacional de sus trabajadores.

Tal situación, le impone el deber a la empresa de servicios temporales de proteger al trabajador misional en situación de debilidad manifiesta, sin que sea de recibo que para la terminación, aduzca el vencimiento del término o de la labor contratada con la empresa usuaria, como quiera que remitir al trabajador misional a ejercer distintas actividades temporales a otra empresa usuaria, o en el peor de los casos, hacerlo parte de su planta de personal. Todo en aras de garantizar la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

No obstante, no puede desconocerse que la empresa usuaria que se usufructuó de los servicios del trabajador en misión, es quien ejerce la subordinación inmediata y directa sobre aquel, y que además es quien lo expone a determinados riesgos que rara vez están al alcance de la empresa de servicios temporales, en tanto que, es quien selecciona los riesgos derivados de su actividad económica, y en ese mismo sentido, quien los puede controlar, mitigar o prevenir a través del programa de salud ocupacional. Por ende, se considera que en tratándose de estabilidad laboral reforzada por accidente de trabajo y/o enfermedad profesional de los trabajadores en misión, la empresa usuaria es solidaria responsable de las obligaciones que surjan a cargo de la empresa de servicios temporales, como verdadero empleador.

En el caso sub-examine, el pretensor del litigio solicitó la declaratoria de existencia del contrato de trabajo habido entre él y las sociedades demandas, EST Tempoeficaz SAS y Pasabocas Patty SAS, desde el 5 de febrero de 2015 y que a la fecha se encuentra vigente. Así mismo, que la terminación de la relación laboral a través de comunicación del 1 de abril de 2016, es ineficaz, por estar gozando del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, se persigue el pago de las acreencias laborales dejadas de recibir, el pago de aportes al sistema de pensión, entre otras.

Como se observa, en la demanda no se alegó que el trabajo en misión realizado por el actor a través de la empresa de servicios temporales, hubiere sido utilizado de manera abusiva por la empresa usuaria, para encubrir una relación laboral de carácter permanente, o que se trató de una infracción a la ley reflejada en que los servicios temporales contratados nunca se enmarcaron en las causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50/90.

Tal situación, conduciría, en principio, a que la Sala no pudiese emitir un pronunciamiento de fondo sobre este preciso aspecto, puesto que los argumentos que el actor esbozó fueron ajenos a esa situación y se dirigieron a combatir que su despido fue ilegal, por estar gozando de estabilidad laboral reforzada, y que por ende, hay lugar al reintegro.

No obstante, el pretenderse que la empresa usuaria en calidad de empleadora, respondiera en el mismo nivel que la empresa de servicios temporales, por las acreencias laborales derivadas del reintegro, es una circunstancia que faculta a este Cuerpo Colegiado a resolver la controversia en mención, la cual valga anotar, fue ampliamente debatida y analizada por el operador judicial de primer grado.

De acuerdo con lo anterior, la Sala acometerá el estudio pertinente en torno a cuál de las entidades demandadas fungió como verdadero empleador, previo a determinar si la terminación del contrato de trabajo del demandante fue sin justa causa, y desconoció la estabilidad laboral que aduce el actor gozaba para ese momento.

En ese orden de ideas, conforme a las pruebas documentales que militan en la actuación, se tiene que el contrato de trabajo que celebró el demandante con la empresa de servicios temporales Tempoeficaz SAS, para desempeñarse en la sociedad usuaria Pasabocas Patty SAS, como operario, fue suscrito el 5 de febrero de 2015 y terminado el 1 de abril de 2016 –ver fls.19 y 69-. De lo anterior, se colige que la vinculación del actor, como trabajador en misión en la empresa usuaria accionada desbordó el término legal de un año previsto en el artículo 77 de la Ley 50/90, puesto que se mantuvo durante 1 año, 1 mes y 20 días.

Ahora bien, las sociedades demandadas fundan su defensa, en que la relación laboral del demandante se mantuvo vigente hasta esa calenda, con el único fin de garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada del trabajador, durante el periodo de incapacidad. Sin embargo, no es esa la situación que se desprende de los demás medios de prueba. Veamos:

En primer lugar, la empresa usuaria no acreditó que la contratación del demandante, en calidad de trabajador en misión, hubiere tenido como fundamento alguna de las causales que establece el citado precepto normativo, pues al reparar el contrato de prestación de servicios que suscribió la empresa usuaria con la empresa de servicios temporales, para el de suministro de personal temporal entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2015, no se advierte estipulación alguna en ese sentido.

Y pese a que el representante legal de la empresa de servicios temporales, manifestó en su declaración que la contratación del demandante obedeció al aumento en la producción, manifestación que en igual sentido hizo la declarante Piedad García Toro, empleada del área de recursos humanos de la temporal, lo cierto es que la empresa usuaria ningún soporte probatorio trajo al proceso para confirmar ese suceso, en tanto que, no se preocupó por acreditar cuántos trabajadores temporales requirió para cubrir dicha presunta necesidad en el servicio, o bien, el lapso durante el cual acudió a esta forma de intermediación, o la fecha efectiva en que se dio la terminación de la obra contratada, en aras de poner en evidencia que las labores contratadas ya no subsistían o en otros términos, el objeto del contrato se agotó.

Por el contrario, en el contrato de trabajo suscrito por el actor se consignó expresamente en la cláusula 2ª que el vínculo duraría el término requerido por la usuaria del servicio, y que terminaría por justa causa legal al momento en que la empresa usuaria comunicara al empleador acerca de la finalización del servicio u oficio para el cual fue contratado, circunstancia que únicamente tuvo ocurrencia el 1º de abril de 2016, cuando la empresa de servicios temporales le notificó al trabajador su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por finalización del oficio o servicio para el cual fue contratado y enviado a la empresa usuaria, sin advertir razón o causal justificativa de la extralimitación de la temporalidad prevista en el citado artículo 77, ver fl.69.

Luego entonces, contrario a lo estimado por el sentenciador de primer grado, la Sala concluye que en el caso particular, la empresa usuaria, Pasabocas Patty SAS., debió ser considerada como verdadera empleadora, y la EST Tempoeficaz SAS, como simple intermediaria, con las condignas consecuencias económicas que ello se derivan.

Por ende, se modificará el ordinal 1º de la sentencia, en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo en los términos referidos previamente.

Culminado el primer análisis, la Sala se centrará en determinar si la terminación del contrato de trabajo es o no ineficaz, por haberse producido mientras el trabajador se encontraba en situación de debilidad manifiesta, circunstancia que en caso de ser positivo, daría lugar a su reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

El artículo 53 de la Constitución Política contiene los principios mínimos fundamentales que deben permear el derecho al trabajo en Colombia. Entre los aludidos mandatos de optimización se consagra la estabilidad en el empleo. Sin embargo, tal principio no puede entenderse como uno de carácter inamovible o pétreo, pues ello atentaría gravemente contra la dinámica misma de las relaciones laborales y del mercado, haciendo inalterables las condiciones en que las empresas compitan en el comercio. Lo que busca este mandato es poner ciertos requisitos al empleador para el ejercicio de su poder de disposición, que impidan un actuar libre e incontrolado de tal facultad y que generen certidumbre en los trabajadores de sostener su relación laboral.

Así por ejemplo, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece el desarrollo del principio de estabilidad laboral, en protección de las personas con discapacidad. La norma, en su tenor literal expresa:

*“En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su 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”.*

Como se observa, el principio de la estabilidad laboral no es absoluto, dado que el empleador en uso de su facultad discrecional y, mediante el pago de una indemnización o bajo la anuencia de la autoridad de trabajo, cuando medie una justa causa, en los casos de la estabilidad laboral, puede poner fin a la relación laboral.

Ello se acompasa con el nuevo criterio del órgano de cierre de la especialidad laboral, aunque valga decir que esa anuencia administrativa, no se precisa, cuando el empleador demuestra la justa causa del despido, lógicamente fundada en razones diferentes a la discapacidad del laborante.

Así lo indicó esa Alta Magistratura en sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018, radicación 53394, cuando pregonó que el empleador debe acreditar la ocurrencia de la justa causa, so pena de que el acto se repute ineficaz, puesto que de la interpretación que hizo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sobre los mecanismos de integración de discapacidad, asentó que esta disposición no prohíbe el despido en situación de discapacidad, puesto que lo que sanciona es que el acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Añadió, que la invocación de una justa causa legal excluye que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del empleado, concluyendo entonces que en esos casos no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, habida cuenta que quien alega esta causal enerva la presunción discriminatoria, para soportarla en una razón objetiva.

Con tal postura jurisprudencial, la Corte Suprema abandonó el criterio determinado en la Sentencia SL-36115 de 2010, reiterado en la sentencia SL-35794 del igual año, en las que consideró que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no consagraba una presunción legal o de derecho, con la cual permitiera deducir, que por la discapacidad del trabajador, el despido de éste obedeciera a un móvil sospechoso. Por el contrario, ahora con la nueva postura, enfatizó que el despido en este estado se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

Por otro lado, aunque no desconoció que la terminación del contrato de un trabajador con discapacidad debía contar con la aprobación del Ministerio del ramo (sentencia C-531 de 2000), aclaró que esa autorización se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades laborales sea incompatible e insuperable en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa. En esta hipótesis, podría rescindirse el nexo laboral con el pago de la indemnización legal, en la medida en que el funcionario administrativo, constate que el empleador aplicó todos los ajustes razonables orientados a preservar en el empleo al laborante, lo que implica su rehabilitación funcional y profesional, readaptación a su puesto, reubicación y cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios.

Con todo, recaba el órgano de cierre laboral, que la decisión de despido puede ser controvertida por el trabajador, quien debe demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera, impone al empresario acreditar la justa causa, so pena de que el acto se repute ineficaz, y, en consecuencia, se ordene el reintegro junto con el pago de los salarios y prestaciones, más la sanción de ley.

Ahora bien, en torno a la magnitud de la incapacidad, la jurisprudencia patria ha discutido si suficiente sería la verificación de cualquier incapacidad, como digna de protección a la estabilidad laboral reforzada, al momento de generarse la finalización del vínculo, o si la misma, debe ser de tal entidad o dimensión que necesaria sería que alcanzara un tope mínimo (15%) de pérdida de la capacidad laboral, en orden a fulminarse, en contra de la empleadora, tanto la indemnización equivalente a 180 días de salario, como a la reinstalación de la trabajadora al puesto de trabajo (art. 26 Ley 361 de 1997).

No obstante, a juicio de esta Sala, la desprotección en uno u otro evento, es la misma, puesto que ab-initio, no podría descartarse la primera hipótesis, por cuanto sería un actuar desleal de parte del dador del laborío, frente al laborante, disponer su desvinculación a sabiendas de la incapacidad que le aqueja al momento de producirse aquella, patentizándose el acto discriminatorio.

En este punto, cabe agregar que la clasificación de la discapacidad en los grados de moderada, severa y profunda, desapareció con ocasión de la derogatoria que hizo el artículo 6 del Decreto 1352 de 2013, respecto al 2463 de 2001 a excepción de los incisos 1º y 2º de su artículo 5º, e inciso 2º y parágrafos 2º y 4º de su artículo 6º. Lo anterior para concluir que en ese precepto (art. 26 Ley 361/97), como se dijo precedentemente, no se prohíbe el despido del trabajador en estado de discapacidad, “*lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio*”, el cual valga decir, no admite graduación de ninguna clase.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, al indicar que para que se dispense a un trabajador esa protección especial, reintegrándolo al cargo del cual fue despedido en razón de su discapacidad, sólo es necesaria la existencia de una limitación física, sensorial o sicológica para realizar su trabajo regularmente, sin requerir calificación o discapacidad declarada, certificada y cuantificada de tal estado por las Juntas de Calificación[[1]](#footnote-1), al bastar, que se trate de persona en situación de vulnerabilidad por razones de salud[[2]](#footnote-2).

Con estos elementos, se pasará a verificar si en el sub-lite se cumplen los mismos.

Conforme al material probatorio recopilado en la actuación, se tiene que el demandante sufrió el 4 de mayo de 2015, un accidente de trabajo en las instalaciones de la sociedad Pasabocas Patty SAS, al resbalar desde su propia altura por el piso húmedo y golpearse la cadera, tal cual quedó consignado en el Informe suscrito por la ARL AXA Colpatria, ver fl.47. Que como consecuencia, estuvo varios días hospitalizado en urgencias, debió ser sometido a una intervención quirúrgica de columna con incapacidad hasta el 2 de julio de 2015; que el actor fue reubicado en el cargo de operario de empaque con sustento en las recomendaciones médicas prescritas por la ARL Axa Colpatria, dado que ante el trauma lumbar que sufrió con ocasión al accidente laboral, se consideró inconveniente que continuara desempeñándose en el cargo de operario de producción.

Se observa igualmente, que el 17 de julio de 2015 le fueron autorizadas a través de la ARL, 10 sesiones de terapia física, y que desde su reintegro y hasta el 23 de marzo de 2016 se hicieron recomendaciones médicas para la realización de sus labores; hay constancia que con posterioridad el actor fue valorado por la ARL Colpatria, con recomendaciones laborales del 28 de abril de 2016 al 31 de mayo de ese año. Así mismo, que el 27 de septiembre de 2017 fue calificado en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, determinándose una PCL del 23.10% de origen laboral, estructurada el 5 de mayo de 2015, y que dicho dictamen fue recurrido por la ARL, mismo que se encuentra surtiendo en la Junta Nacional, ver fl.200.

En ese orden, a partir del momento en que el actor fue reubicado de su puesto de trabajo, mientras el medicina laboral, expidiera las recomendaciones tendientes a la rehabilitación del laborante, como en efecto se venían dando antes y después de su desvinculación, indicando a las claras que esta (la desvinculación) se produjo de manera intempestiva, puesto que de esa manera la empresa interrumpió dicho proceso de rehabilitación, el cual debía culminar con el objeto de establecer al final si la situación médica del actor sería compatible o no con el ejercicio del cargo que desempeñaba el operario, seguimiento que se debía realizar a través del inspector del trabajo, quien está facultado legalmente para autorizar la terminación del vínculo del trabajo, tras haberse verificado que la empresa siguió todas las recomendaciones tenientes a la rehabilitación, procedimiento que aquí no se agotó, como era el deber impuesto por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, en su reciente pronunciamiento, con apoyo igualmente, en la sentencia C-531 de 2000 dictada por su homóloga constitucional.

Por ende, la empleadora no desvaneció la presunción de discriminación, puesto que sin demostrar una justa causa de retiro del trabajador, interrumpió el proceso de rehabilitación a que se dirigían las recomendaciones médicas desde el mismo momento en que el empresario aceptó la recomendación de reubicar de puesto de trabajo al laborante, y conocer a ciencia cierta si era posible pregonar o no la compatibilidad de su condición actual con las del trabajo desempeñado, en aras de que entonces, el Inspector del trabajo autorizara el despido, si la respuesta fuere negativa a dicha compatibilidad, previa la verificación de los esfuerzos del empleador en el sentido de procurar la rehabilitación.

Ni las recomendaciones médicas culminaron con el concepto de rehabilitación total del demandante, ni el empleador acudió al inspector de trabajo para que autorizara el despido bajo el supuesto de que la rehabilitación no se lograría, por lo que las condiciones físicas del laborante representaría definitivamente, un serio obstáculo para seguir desempeñando con normalidad las labores atribuidas por la empleadora, tanto en el puesto de trabajo que fungía al momento del accidente como en el reubicado con posterioridad a aquel insuceso.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar que el despido del que fue objeto el actor es ineficaz, y en consecuencia: (i) Ordenar a la empresa Pasabocas Patty SAS que vencido el término de ejecutoria de esta sentencia, reintegre al demandante al mismo cargo que venía desempeñando o a uno similar y en el que se respeten y se atiendan sus condiciones, restricciones y recomendaciones de salud; (ii) Condenar a la sociedad Pasabocas Patty SAS al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social a favor del demandante, dejados de cancelar desde la fecha del despido -*1° de abril de 2016*- y hasta que se haga efectivo el reintegro ordenado, junto con los reajustes legales a que haya lugar y, (iii) Condenar a la EST Tempoeficaz SAS a responder solidariamente por las acreencias laborales surgidas en favor del trabajador.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

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***

**Revocar** la sentencia dictada el 23 de marzo de 2018 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar:

**1. Declarar** que entre el señor Alberto Samuel Rivera Gómez y la sociedad Pasabocas Patty SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de febrero de 2015 y el 1 de abril de 2016, siendo la Empresa de Servicios Temporales Tempoeficaz SAS una simple intermediaria.

 **2. Declarar** que el despido de que fue objeto el señor Alberto Samuel Rivera Gómez por parte de la EST Tempoeficaz SAS y la sociedad Pasabocas Patty S.A. es ineficaz**.**

 **3. Ordenar** el reintegro del señor Alberto Samuel Rivera Gómez a la sociedad Pasabocas Patty SAS a un cargo igual o equivalente al venía desempeñando, en el que se respeten y se atiendan sus condiciones, restricciones y recomendaciones de salud.

 **4. Condenar** a la sociedad Pasabocas Patty SAS al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social a favor del señor Alberto Samuel Rivera Gómez dejados de cancelar desde la fecha de su desvinculación -1° de abril de 2016- hasta que se haga efectivo el reintegro ordenado en esta providencia, con los reajustes legales a que haya lugar.

 **5. Declarar** solidariamente responsable a la EST Tempoeficaz SAS del pago de las obligaciones laborales aquí surgidas en favor del actor.

 **6.** Sin costas en esta instancia por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta. Las de primer grado correrán a cargo de las demandadas y en favor del actor.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

 Ausencia justificada

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-320 de 21-06-2016. M.P. Alberto Rojas Ríos y SU-049 de 02-02-2017. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -141 de 28-03-2016. M.P. Alejandro Cantillo Linares y SU-049 de 02-02-2017 M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-2)