El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 del 2 de marzo de 2018

Radicación No. : 66400-31-89-004-2015-00642-01

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Fernando Duque Santa y otros

Demandado : Busscar de Colombia S.A.S.

Juzgado : Juzgado Cuarto Laboral del Circuito

**Magistrada ponente:** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO / PERSONA INCAPACITADA CON PENSIÓN DE VEJEZ / ACCIDENTE DE TRABAJO / CULPA PATRONAL / DEBEN ESTAR DEMOSTRADAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE OCURRENCIA DEL ACCIDENTE / REVOCA / NIEGA PRETENSIONES.**  Con todo, en este caso es evidente que aparecen comprobadas dos circunstancias que en principio se trasponen: por un lado, que definitivamente el trabajador fue despedido estando incapacitado por enfermedad, lo que de inmediato activa la presunción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que el despido se dio con ocasión de la enfermedad del actor. Por otro lado, el demandante, a la hora del despido tenía el estatus de pensionado, lo que de suyo constituye una justa causa para despedirlo.

Para desatar esta confrontación entre la estabilidad laboral reforzada y la facultad del empleador de despedir al trabajador con estatus de pensionado, le corresponde a la Sala definir en cada caso concreto cuál de las dos razones es la que debe prevalecer a la hora de imponer las consecuencias jurídicas a los hechos debidamente comprobados. Pues bien, como quiera que en este asunto el Ministerio del Trabajo autorizó el despido del actor, ello activó en el empleador la facultad de despedirlo, de conformidad al mismo artículo 26 de la Ley 361 de 1997, amén de que con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez no hay afectación sobre el mínimo vital, de modo que no se requiere una especial protección justificada en la acción afirmativa prevista en la mencionada norma, la cual obviamente busca proteger a las personas con deterioro de su salud de las consecuencias económicas del desempleo, condición que no es predicable cuanto se habla de un pensionado. En estas circunstancias, habrá de revocarse la orden de reubicación del demandante y el pago de la indemnización de 180 días de salario.

(…)

Puede verse entonces, como la jurisprudencia laboral ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 mayo 2006, rad. 26126, entre muchas otras)

(…)

Lo anterior no implica que al trabajador solo le basta plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria adicional, porque, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva, como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y, además, “…que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente…” (Ver, entre otras, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

(…)

El análisis conjunto de las anteriores pruebas lleva a la Sala a concluir que el empleador dispuso todos los elementos de protección a su alcance para disminuir los riesgos al interior de la planta de producción de la empresa y que fue la imprudencia del demandante lo que llevó al accidente

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_\_\_**

**(Marzo 2 de 2018)**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

En la fecha, siendo las…….., la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor **FERNANDO DUQUE SANTA** y su compañera **LILIANA MARÍA GIL MONTOTA**, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, **MARIANA DUQUE GIL.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

 **Alegatos de conclusión**

De conformidad con 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. Por la parte demandante… Por la 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 interpuesto por ambos contendientes procesales contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito Pereira el 12 de abril de 2017.

**PROBLEMA JURIDICO**

El problema esencial de este caso es estrictamente de derecho y, en síntesis, consiste en determinar si la justa causa de despido por reconocimiento de la pensión de vejez debe verse restringida ante la incapacidad sobreviniente del trabajador pensionado, en los eventos en que el trabajador continúa vinculado laboralmente pese a su condición de pensionado. De otra parte, también se impone la necesidad de verificar si el empleador es culpable del accidente de trabajo sufrido por el demandante en vigencia de la relación laboral.

**I - ANTECEDENTES**

El demandante aduce como hechos sobresalientes de la demanda, los siguientes: que empezó a laborar al servicio de **BUSSCAR DE COLOMBIA S.A.S.** el 1º de octubre de 2004 y que se pensionó y fue incluido en nómina de pensionados de COLPENSIONES el 1º de enero de 2012, y aunque el reconocimiento de dicha prestación constituía justa causa para la terminación del contrato de trabajo, la empresa decidió continuar indefinidamente la ejecución del mismo.

Señala que estando en ejecución de sus labores, sufrió un accidente de trabajo el 4 de enero de 2013 (llevaba algo más de un año de pensionado, subraya) el cual ocurrió mientras se encontraba en el área de montaje en las instalaciones de la empresa, revisando las estructuras de la carrocería de un vehículo articulado, y al caminar se tropezó con un riel que sobresale del suelo, cayendo desde su misma altura al piso sobre el hombro derecho y de acuerdo a la historia laboral, a raíz de dicho accidente sufrió luxación en el hombro, que a la postre generó síndrome de abducación dolorosa y síndrome de manguito rotatorio.

Agrega que desde el momento del accidente ha venido incapacitado y sometido a continuos tratamientos médicos, incluso a la fecha de presentación de la demanda, tiene pendientes citas, terapias y otras intervenciones paliativas para disminuir el dolor producido por la lesión y como consecuencia del accidente, sufre actualmente episodios de depresión recurrentes y también se encuentra en constante tratamiento para ello.

Seguidamente anota que desde mediados del año 2014, la empresa estuvo empeñada en terminar el contrato trabajo, insinuándole constantemente que renunciara, llegando incluso a ofrecerle el pago de una suma equivalente a 4 salarios para tal efecto, a lo que se negó por escrito, alegando que se encontraba incapacitado y en tratamiento. Ante tal negativa, agrega, la empresa recurrió al MINISTERIO TRABAJO a efectos de pedir autorización para terminar el contrato de trabajo, invocando como justa causa el reconocimiento de la pensión de vejez.

Mediante Resolución No. 00054 del 16 de febrero de 2015, el inspector de trabajo negó el permiso para despedir, al considerar que el hecho de haber dejado transcurrir cerca de 3 años entre el momento en que se configuró la causal de terminación y el momento en que se decidió hacerla efectiva, desnaturalizó la misma por falta de inmediatez. Posteriormente, el mismo inspector profirió la Resolución No. 00116 del 19 de marzo de 2015, revocando la decisión inicialmente adoptada y en su defecto autorizando el despido del demandante, la cual se hizo efectiva a partir del 3 de mayo de 2015, según comunicación del 17 de abril de 2015.

Volviendo sobre las razones del accidente, señala que el mismo se produjo por las siguientes condiciones peligrosas en el lugar de trabajo, atribuibles a la falta de prevención del empleador: existencia de un riel metálico de aproximadamente 8 centímetros de altura sobre el piso, la inexistencia de señales o avisos preventivos que indiquen riesgo de tropezar, la inexistencia de elementos de protección a los lados de los rieles para evitar tropezones y caídas, la inexistencia de elemento de restricciones de paso de personal entre vehículos que van sobre el riel.

Señala que por las lesiones sufridas ha tenido que abandonar múltiples actividades personales, sociales y familiares, tales como hobbies, reuniones sociales y familiares, prácticas deportivas, ejercicios físicos, actividades de recreación y esparcimiento, labores y trabajos hogareños debido a la necesidad de estar continuamente atendiendo citas médicas, terapias, intervenciones quirúrgicas, controles, etc. y dichas limitaciones, según se aduce en la demanda, también han afectado a los miembros más cercanos de su círculo familiar: su compañera permanente, LILIANA MARÍA GIL MONTOYA, y su hija, MARIANA DUQUE GIL, pues se han visto obligadas a abandonar actividades familiares cotidianas para atender las necesidades de salud del trabajador accidentado.

Indica finalmente, que el 11 de septiembre de 2014, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE RISARALDA calificó en su caso una pérdida de capacidad laboral del 20,02% de pérdida de la capacidad laboral y que su último salario devengado ascendía a la suma $3.853.387.

Bajo dichas circunstancias, pretende que, previa declaración de la existencia del contrato de trabajo: **1)** se invalide la causal invocada para el despido del demandante, por incumplir con los presupuestos de inmediatez y causalidad, **2)** se declare que no produce efecto alguno el permiso concedido por el inspector de trabajo a solicitud de BUSSCAR S.A.S. para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, por haberse obtenido con violación del debido proceso y porque se basó en una justa causa que carecía de validez conforme a lo anotado en la anterior pretensión**, 3)** que se declare que el accidente de trabajo sufrido por el demandante el 4 de enero de 2013, ocurrió por culpa del empleador, y que, por tanto, este se encuentra obligado al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, de conformidad con el artículo 216 del C.S.T., **4)** que se declare que tanto la hija como la compañera permanente del señor DUQUE SANTA sufrieron perjuicios morales con ocasión del accidente sufrido por este.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene el reintegro del demandante al cargo que ocupaba, o a uno de igual o de mejor salario en la empresa demandada, con cumplimiento de las restricciones y recomendaciones laboradas comunicadas por las entidades del sistema de seguridad social, lo mismo que al pago de retroactivo de los salarios, prestaciones legales, beneficios extralegales y aportes a la seguridad social correspondientes al periodo transcurrido entre la fecha de terminación del contrato y la fecha en que sea reintegrado a la empresa, con los aumentos y reajustes del caso; la indemnización de 180 días de salario, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; la indemnización plena de perjuicios, a título de daño moral y daño a la vida de relación, calculados en la suma de 200 SMLMV (100 SMLMV por cada perjuicio) y la suma que corresponda, de acuerdo al dictamen pericial que se practique al interior del proceso, a título de lucro cesante, lo mismo que 100 SMLMV a título de perjuicios materiales para cada uno de los demás demandantes

En respuesta a la demanda, la empresa demandada admite que el demandante estuvo vinculado a la empresa desde el mes de octubre de 2004 mediante contrato de trabajo a término indefinido y estando vigente el contrato le fue reconocida la pensión de vejez, lo cual, conforme al artículo 64 del, literal a), numeral 14) del C.S.T., es justa causa para dar por terminado el contrato, siendo reiterativa la jurisprudencia al determinar que es una causal que se puede alegar en cualquier tiempo con posterioridad a dicho reconocimiento, sin que opere sobre esta el fenómeno de la prescripción.

Admite igualmente que el señor Duque, tiempo después de ostentar la calidad de pensionado por vejez, sufrió un accidente por el cual recibió y continuará recibiendo, de requerirla, toda la atención de la ARL, además ha padecido algunos males de origen común, los cuales han sido atendidos por la EPS a la cual se encuentra afiliado.

Señala finalmente que, amparada en la causal mencionada, la empresa tomó la determinación de cancelar el contrato, una vez este obtuvo la reliquidación de su pensión, sin embargo, ante las manifestaciones de inconformidad del trabajador, y pese a no ser necesaria la autorización del Ministerio de Trabajo, porque la terminación no tenía como causal las condiciones de salud del trabajador sino el reconocimiento de su pensión de vejez, adelantó el trámite de solicitud de permiso para despedir ante el Ministerio de Trabajo, presentando todos los argumentos que hacían no solamente viable sino legal dicha autorización, obteniendo el solicitado permiso.

En relación al accidente de trabajo, indicó que el demandante estaba en el área de montaje, sin autorización para ello, porque dentro de sus funciones no estaba la de revisar las estructuras, su cargo no requiere de su presencia en dicha área y para pasearse por allí requería de orden o autorización de su superior. Además, en la zona demarcada para circular los rieles, estos giran y se ocultan para facilitar el paso de los peatones y evitar accidentes, y el demandante transitaba por fuera de la zona demarcada para tránsito de peatones, en razón de lo cual la caída se presenta por su propio descuido e imprudencia, teniendo en cuenta que la zona de circulación de peatones se encontraba bien demarcada y habían avisos para prevenir caídas al caminar. Consideró importante, finalmente, destacar que el señor Duque, entre otras cosas, padece o padecía obesidad mórbida, enfermedad por la que en diferentes oportunidades fue tratado y a la cual, es más lógico atribuirle la supuesta depresión que afirma padecer de manera recurrente.

En ese orden, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones las de *“cobro de lo no debido”, “culpa exclusiva de la víctima” “mala fe del demandante” “buena fe del empleador” y “prescripción”.* Ante tal respuesta, el demandante adicionó los siguientes hechos a la demanda así: una vez pensionado, el actor presentó verbalmente renuncia y también verbalmente se le informó que la misma no era aceptada, seguramente por los excelentes resultados hasta ese momento arrojaba su labor.

La empresa no cumplió con la obligación de reportar el accidente también a la EPS, tal como lo ordena el artículo 3º de la Resolución 156 de 2005. Según ordena el artículo 7 de la Resolución No. 1401 de 2007, la investigación debió ser realizada por un equipo investigador conformado, como mínimo, por el jefe inmediato o supervisor del trabajador accidentado o del área donde ocurrió el incidente, un representante del comité paritario de salud ocupacional o el vigía ocupacional y el encargado del desarrollo del programa de salud ocupacional, además debió participar un profesional con licencia en salud ocupacional. En el caso del accidente, la investigación fue realizada únicamente por el presidente de la compañía y otra persona. En ejercicio de su cargo de Gerente de Postventa, tenía entre otras funciones la de atender garantías, reparaciones y suministro de repuestos y el día del accidente se encontraba en el área de montaje definiendo materiales para atender la colisión de tres vehículos del Sistema Transmetro de Barranquilla, y a la fecha del accidente los rieles con los que tropezó no se replegaban, y no se encontraban replegados.

En respuesta a la reforma, la empresa señaló que en la investigación del accidente participaron todas las personas que, por ley, debían hacerlo y se reafirma en que el demandante no tenía la necesidad de desplazarse hasta la planta de producción, pues las funciones del Gerente de Post-venta son eminentemente administrativas y aclaró que los rieles de los pasillos siempre han sido abatibles, estos giran y se ocultan para facilitar el paso de los peatones y evitar accidentes, prueba de lo cual la constituye las fotografías que aparecen en la investigación del accidente, recalcando que en todo caso el señor Duque Santa transitaba por fuera de la zona demarcada para el tránsito de peatones.

**II – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sustento en el testimonio del señor **ADRIAN OCTAVIO ESCOBAR TOVAR**, al que se volverá más más adelante, la jueza concluyó que el trabajador fue despedido en razón de sus limitaciones físicas y no por su condición de pensionado, en razón de lo cual hizo operar la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ordenando la reubicación del trabajador, el pago de retroactivo del salarios y las prestaciones causadas desde la fecha del despido y la reubicación, y el pago de la indemnización de 180 días de salarios, conforme a lo previsto en esa ley.

De otra parte, exoneró del pago de la indemnización plena de perjuicios, al considerar que el accidente del demandante se produjo por su propia imprudencia y no por la falta de medidas de seguridad, descartando la culpa del empleador en la ocurrencia del siniestro.

**III – RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión se alzan ambos contendientes procesales. El demandante aduce que no quedó comprobado que el trabajador hubiere recibido capacitación para prevenir los riesgos de transitar por la planta de producción. Además, si el trabajador estaba realizando una función que no le correspondía, como la inspeccionar o validar la producción de un vehículo, era porque siempre iba más allá de lo que se le pedía y si no tenía permiso para ingresar a la planta, lo cierto es que no había ningún obstáculo que lo impidiera, luego no puede hablarse de una concurrencia de culpas, ya que dicha figura no pertenece a la esfera de la definición de culpa patronal.

Por el lado de la demandada, se apela, básicamente, sobre la base de que la justa causa para finalizar el contrato de trabajo existía desde el mismo momento en que le fue reconocida al actor la pensión de vejez, y la incapacidad sobreviniente no puede convertirse en una razón para mantener al pensionado indefinidamente en el trabajo, y en todo caso, la razón del despido del trabajador no fue su estado de salud, sino el reconocimiento de su pensión, decisión que ya se había tomado desde el año 2012, pero que no se había hecho efectiva a la espera de las resultas de las acciones judiciales instauradas por el demandante para mejorar el monto de la mesada que le había sido reconocida.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. causal de despido por reconocimiento de la pensión de vejez**

Es bien sabido que en virtud de lo consagrado en el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la pensión vejez constituye una justa causa para finalizar el contrato de trabajo. Señala la citada norma: *“(s)e considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos (…) para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones”.*

Ahora bien, la jurisprudencia se ha encargado de aclarar que dicha causal no es de forzoso acatamiento, sino una facultad que la ley le brinda al empleador y de la que puede hacer uso en cualquier momento. Así se desprende del contenido mismo del precepto legal, en el que el legislador acudió al verbo “podrá”, lo que denota que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una facultad discrecional e inextinguible del empleador.

En sentencia del 18 de mayo de 1993, Rad. No. 5.683, refiriéndose a la causa justa de despido prevista en el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 (que reformó el artículo 62 del código Sustantivo de Trabajo), relativa a la finalización del contrato de trabajo por reconocimiento de la jubilación, la Corte indicó que el transcurso del tiempo no extingue el derecho del empleador para despedir, y ello es explicable puesto que, como el reconocimiento de la pensión es de carácter vitalicio, la causal sigue dándose sin perder actualidad. Concluyó la Corte en dicha sentencia, que si por voluntad del empleador se produce la desvinculación del asalariado algún tiempo después de habérsele reconocido la pensión, no puede decirse que se le vulneró algún derecho, pues por el contrario se le preservó la estabilidad en el empleo y, además si la empresa le permitió la continuidad del contrato de trabajo durante varios años, con posterioridad a la configuración de la justa causa del despido, ello redundó en beneficio del trabajador ya que le permitió seguir devengando su salario de forma normal, así como las prestaciones sociales a que tenía derecho, pese a no estar legalmente obligada la empresa a ello.

No sobra anotar que a propósito del tema de la terminación del vínculo laboral de un trabajador particular o de un servidor público que cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión, en la sentencia C-1037 de 2003, se analizó una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y la Corte concluyó, entre otras cosas, que 1) la regulación prevista en la norma, era una expresión de la libertad de configuración legislativa que tiene el Congreso de la República y además, 2) que es objetivo y razonable que se prevea la terminación de la vinculación laboral de un trabajador particular o un servidor público que cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión, primero, porque el trabajador no quedará desamparado, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, y segundo,  porque crea la opción de un relevo en el trabajo que requieren todos los ciudadanos. Aclarando en todo caso que el retiro solo podrá hacerse efectivo sólo cuando se le garantice al trabajador el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

**4.2.** **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR PERTURBACIÓN A LA SALUD**

En el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se establece la prohibición de considerar la limitación o discapacidad de una persona para efectos de producir su despido o para dar por terminado su contrato de trabajo, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (inciso 1o.), dando lugar a la posibilidad de reclamar una indemnización cuando ese despido o la terminación del contrato de trabajo se produzca sin reunir el mencionado requisito de la autorización.

En virtud de ese mismo artículo, existe una presunción a favor del trabajador en estado debilidad manifiesta, que supone que el despido se efectúo por causa de su limitación física y que obliga al empleador a desvirtuarla frente al Ministerio de Trabajo.

En múltiples pronunciamientos de esta Sala, se ha señalado que dicho precepto debe entenderse como una acción afirmativa del Estado a favor de las personas discapacitadas (o con limitación definitiva o transitoria de su capacidad física), a través de la cual se garantiza un orden social justo brindando a ese segmento de la población unas prerrogativas que permitan materializar sus derechos de manera más eficiente y compatible con sus dificultades.

Mediante el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, el gobierno nacional quiso introducir una especie de nota aclaratoria al sentido original del precepto legal comentado, en el sentido de que no se requería de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador discapacitado incurriera en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato; sin embargo es de aclarar que dicho artículo fue declarado inexequible mediante la sentencia C-744/2012, en la que se explicó que correspondía al Congreso, y no al Presidente de la República, determinar con atención a las posiciones de los diferentes interesados, la exigencia o no de la venia de la autoridad respectiva, para que se pueda despedir o terminar el contrato de una persona discapacitada, cuando se discuta si concurre o no una justa causa para ello.

Pese a lo anterior, aun habiéndose declarado inexequible el enunciado normativo antes mencionado, lo cierto es que si se trata de terminar el contrato de trabajo por una razón diferente a la limitación de la persona discapacitada, como es el caso de existir justa causa para ello, no es necesario obtener la autorización del Ministerio del Trabajo, ya que la consecuencia de dicha omisión es eminentemente probatoria, en la medida que le abre paso a la presunción de la que se habló algunas líneas atrás, y esta, como cualquier otra presunción, es susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

En resumen, la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad, constituye un derecho constitucional, que comporta la garantía de acceder a un empleo, permanecer en él y gozar de estabilidad, mientras no exista una causal justificativa del despido.

**4.3. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONAS INCAPACITADAS CON POSTERIORIDAD AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN – CASO CONCRETO.**

 En el caso objeto de estudio en esta instancia, el demandante sufrió un accidente de trabajo a partir del cual no pudo reintegrarse a su puesto de trabajo y producto del cual su capacidad laboral se vio disminuida en un 20,02%, según dictamen del 11 de septiembre de 2014. Está por fuera de discusión, que tras obtener el derecho a la pensión (el 1º de enero de 2012), el trabajador continuó vinculado a la empresa y un año después, el 4 de enero de 2013, sufrió el mentado accidente.

 Obra igualmente prueba en el expediente, de que inicialmente **COLPENSIONES** (a través de la Resolución No. 3108 del 1º de enero de 2012) le reconoció una mesada pensional de un salario mínimo, y que en virtud de una sentencia judicial, su mesada fue incrementada a la suma de **$3.749.200**, mediante Resolución GNR-248961 del 8 de julio de 2014, ingresada en nómina a partir del mes de agosto del mismo año (Fl. 214).

 Se tiene igualmente, que el 11 de diciembre de 2014 (Fl. 30), la empresa demandada elevó al MINISTERIO DEL TRABAJO solicitud de autorización para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, invocando el reconocimiento de la pensión al demandante, y que mediante Resolución No. 000116 del 19 de marzo de 2015 (Fl. 36) obtuvo el respectivo permiso, el cual hizo efectivo el 3 de mayo del mismo año. Por último, también obra prueba en el expediente, de que el último salario percibido por el demandante ascendía a la suma de $3.853.387, de acuerdo a lo informado por la empresa en la certificación visible en el folio 26 del expediente.

 La empresa demandada sostiene que aplazó la decisión de finalizar el contrato del trabajador pensionado, hasta el momento en que este obtuviera la reliquidación de su mesada, cuyo monto inicial fue de tan solo un salario mínimo legal vigente. Al respecto, el representante legal y presidente de la empresa, ROBERTO GALVIS MONTEALEGRA, en diligencia de interrogatorio de parte, dijo que había adquirido el interés de terminar el contrato de trabajo en el momento en que al señor Duque le reconocieron la pensión, pero no se tomó la decisión de terminarlo allí, porque el mismo trabajador solicitó la oportunidad de continuar vinculado hasta que se surtiera un recurso judicial contra el monto de pensión. Agregó, que una vez que fueron informados de que el monto ya lo habían elevado, se había tomado la decisión de finalizar el contrato. Enfatizó además, que el estado de salud del demandante no había influido en la decisión de terminar el contrato de trabajo, pues el demandante, además de ser su amigo desde la época de estudiantes de bachillerato, era un excelente trabajador.

 De otro lado, el señor **ADRIAN OCTAVIO ESCOBAR TOVAR**, jefe de recursos humanos de la empresa, indicó que, inconforme con el monto de su pensión, el demandante le había pedido el favor al Dr. Roberto, presidente de la compañía, que le permitiera continuar trabajando hasta tanto se surtiera el trámite de una demanda contra el monto de la mesada pensional, porque *“con esa plata no podía comer”*. Señaló también, que la empresa en algunos casos ha decidido continuar el contrato con trabajadores pensionados, mencionado dos casos en especial, el jefe del seguridad y la encargada de nómina, quienes a pesar de estar pensionados, continuaron en la empresa por su excelente desempeño, y dijo que así como ellos, el ingeniero FERNANDO DUQUE (demandante) también había sido un buen trabajador.

Ante tal afirmación, el apoderado judicial de la parte actora le pidió que le explicara por qué en el caso del señor DUQUE sí tomaron la decisión de dar por terminado el contrato, si era un “excelente trabajador”, a lo que respondió, in extenso: *“(…) nosotros tenemos internamente un plan de sucesión. Para los cargos críticos siempre entrenamos a alguien en el caso de que esa persona se ausente por X o Y razón. Cuando uno contrata un trabajador, uno obtiene a cambio una prestación personal de un servicio. La gerencia de post-venta es un cargo crítico, no es como cuando yo tengo 10 operarios y la labor de ellos la puedo hacer con 9. Yo no tengo 3 gerentes de pos-ventas, solamente tengo 1, y el ingeniero de post-venta, el ingeniero Fernando, estaba en un proceso o un tiempo de incapacidad, y pues la empresa también tiene que suplir la necesidad, la necesidad estaba latente, y entonces ahí ya se hicieron unos cambios, ya que se requería alguien ahí, independiente si el ingeniero no estaba en la empresa por la razón que sea, alguien tenía que hacer la función”*.

 Las afirmaciones del señor ESCOBAR TOVAR difieren notablemente de las razones aducidas por el representante legal de la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo al señor DUQUE SANTA, como bien se adujo en primera instancia, pues hace evidente que la empresa tenía la urgencia de nombrar definitivamente en el cargo de post-venta a un nuevo Gerente, puesto que el demandante llevaba más de dos años incapacitado. Ahora bien, no puede desconocerse que para tomar esa decisión, la empresa tuvo la paciencia de esperar hasta que el pensionado obtuviera una mejor mesada.

 Con todo, en este caso es evidente que aparecen comprobadas dos circunstancias que en principio se trasponen: por un lado, que definitivamente el trabajador fue despedido estando incapacitado por enfermedad, lo que de inmediato activa la presunción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que el despido se dio con ocasión de la enfermedad del actor. Por otro lado, el demandante, a la hora del despido tenía el estatus de pensionado, lo que de suyo constituye una justa causa para despedirlo.

Para desatar esta confrontación entre la estabilidad laboral reforzada y la facultad del empleador de despedir al trabajador con estatus de pensionado, le corresponde a la Sala definir en cada caso concreto cuál de las dos razones es la que debe prevalecer a la hora de imponer las consecuencias jurídicas a los hechos debidamente comprobados. Pues bien, como quiera que en este asunto el Ministerio del Trabajo autorizó el despido del actor, ello activó en el empleador la facultad de despedirlo, de conformidad al mismo artículo 26 de la Ley 361 de 1997, amén de que con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez no hay afectación sobre el mínimo vital, de modo que no se requiere una especial protección justificada en la acción afirmativa prevista en la mencionada norma, la cual obviamente busca proteger a las personas con deterioro de su salud de las consecuencias económicas del desempleo, condición que no es predicable cuanto se habla de un pensionado. En estas circunstancias, habrá de revocarse la orden de reubicación del demandante y el pago de la indemnización de 180 días de salario.

**4.4. CULPA PATRONAL**

Como punto de partida, valga señalar que está suficientemente decantado por la jurisprudencia que la prosperidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales derivados de la responsabilidad patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo depende de la imperiosa comprobación y concurrencia, en cada caso, de los 3 elementos de la responsabilidad civil. Estos son, como es bien sabido: el daño, la culpa y el nexo causal entre el daño y la modalidad de culpa.

Ello así, tal obligación es exigible siempre que el demandante compruebe que su empleador es culpable de la ocurrencia de la enfermedad o el accidente de trabajo. Dicha exigencia se registra expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 216 del C.S.T., que señala*: “****cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia****del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”.*

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con la regla general prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), le corresponde al trabajador, o a sus causahabientes según sea el caso, comprobar la existencia del daño y la culpa del empleador en la ocurrencia del mismo. No obstante, frente a la última de dichas exigencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que: *“(…) en la indemnización total y ordinaria de perjuicios corresponde al demandante demostrar el incumplimiento por parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, evento en el cual traslada a aquel la carga de demostrar que actuó con diligencia y cuidado para que pueda exonerarse de la responsabilidad”.* (SL 13653 del 07 de octubre de 2015), tal como lo indica el apelante.

Puede verse entonces, como la jurisprudencia laboral ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 mayo 2006, rad. 26126, entre muchas otras)

A propósito de lo anterior, conviene anotar quelos deberes de protección y seguridad son aquellos señalados expresamente en los artículos 56 y 57- numeral 2º- del Código Sustantivo del Trabajo, y son de medio, no de resultado, pues es imposible eliminar totalmente, en la práctica, los infortunios del trabajo. Sin embargo, en virtud de tales normativas, al empleador le incumbe la obligación de protección y seguridad para con sus trabajadores, a quienes debe procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud. Esto nos lleva a entender, que si el empleador es conocedor de un determinado peligro al que está expuesto su colaborador en el desempeño de sus labores, es su deber adoptar todas las medidas a su alcance, tendientes a evitarlo o corregir tales situaciones riesgosas, porque de no ser así - es decir, que pudiendo prevenir un daño, no lo hace-, debe responder por dicha omisión.

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a *«suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»* y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de *«proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad»* (art. 2º R. 2400/1979).

Lo anterior no implica que al trabajador solo le basta plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria adicional, porque, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva, como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y, además, *“…que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente…”* (Ver, entre otras, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

Luego entonces, como conclusión, antes de pasar a la evaluación de los medios de convicción arrimados al proceso, conviene subrayar que cuando se trata de culpa patronal por abstención, debe quedar acreditado que la falta de elementos de protección “genéricos o especiales” favoreció o agravó la situación del trabajador que, expuesto al riesgo, resultó accidentado.

En ese orden de ideas, se tiene como prueba de la ocurrencia del accidente, el informe de la investigación desarrollada por el **Comité Paritario de Salud Ocupacional (COPASO)**, conformado por el analista de salud ocupacional y tres integrantes más: el presidente del COPASO, el operario líder y el supervisor de línea (Fl. 257); el interrogatorio de parte al representante legal y presidente de la compañía demandada, **ROBERTO GALVIS MONTEALEGRE** y los testimonios de los señores **JUAN GABRIEL OCAMPO AGUIRRE** y **ADRIAN OCTAVIO ESCOBAR TOVAR**, el primero, miembro del COPASO y jefe de producción de la empresa, y el segundo, como atrás ya se había presentado, jefe de recursos humanos. De igual manera obra entre los folios 417 y 419 del expediente, el informe de la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos el 8 de agosto de 2016.

El análisis conjunto de las anteriores pruebas lleva a la Sala a concluir que el empleador dispuso todos los elementos de protección a su alcance para disminuir los riesgos al interior de la planta de producción de la empresa y que fue la imprudencia del demandante lo que llevó al accidente, como pasa a explicar:

1) Lo primero, al margen de la discusión acerca de si el gerente de post-venta podía o no ingresar sin permiso a la línea de producción de las carrocerías, lo cierto es todas las pruebas confluyen en un mismo punto: el trabajador se cayó mientras circulaba por fuera del área azul o camino demarcado para los peatones.

2) por fuera del área azul de peatones, tal como fue descrito por los diferentes testigos y por la juez en la inspección judicial, hay unos rieles sobre el nivel del piso por los que se mueven una especie de vagones, sobre los que se transporta de una línea de producción a otra las carrocerías, autopartes y vehículos producidos por la empresa.

3) cuando la línea de rieles atraviesa el camino demarcado en azul, los rieles se hacen abatibles, eliminando así la posibilidad de tropezar contra ellos. Se itera, el demandante estaba por fuera de la zona demarcada, motivo por el cual tropezó con el riel en la zona en que estos no eran abatibles.

4) según el dicho de los testigos, principalmente **ADRIAN OCTAVIO ESCOBAR TOVAR**, aparte del accidente del ingeniero DUQUE SANTA, en la empresa jamás se había presentado un accidente por caída.

5) obra en el folio 253 del expediente, la fotografía de un aviso dispuesto a la entrada de la planta de la empresa, en el que se lee, en lo que interesa al proceso, lo siguiente: *“durante su visita a nuestras instalaciones tenga en cuenta las siguientes recomendaciones”*, y en el punto 7) del aviso, se dice, textualmente: *“transite dentro de la planta únicamente por las zonas demarcada en azul”*.

Todo lo anterior pone de relieve que el trabajador hizo caso omiso a las reglas de circulación previstas por la empresa y se cayó mientras transitaba por fuera de la zona demarcada en azul, tropezándose con un riel con el que no se hubiera topado de haber transitado por la zona claramente demarcada, según se ve en las numerosas fotografías aportadas al proceso y según la descripción del lugar de los hechos realizada por la a-quo en diligencia de inspección judicial. No existe prueba de que el aviso no estaba al momento del accidente, prueba que le correspondía al demandante.

Se impone el pago de costas del proceso a la parte actora, tanto las de primera como las de segunda instancia, al haber prosperado el recurso de apelación propuesto por la empresa demandada.

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,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión de primera y en su defecto absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO: CONDENAR** al pago de las costas del proceso (de primera y segunda instancia) a la parte actora, liquídense en sede de primera instancia.

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

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**