El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la secretaría de esta Corporación.

Providencia : Sentencia del 6 de julio de 2018

Radicación No. : 66001-31-05-001-2014-00688-01

Proceso : Ordinario laboral

Demandante : William García Gómez

Demandado : Colombiana Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Juzgado de origen : Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente : Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: CONTRATO DE TRABAJO / DESPIDO SIN JUSTA CAUSA / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD –** Ley 361 de 1997 **/ EMPRESA CONOCÍA ENFERMEDAD / DERECHO A INDEMNIZACIÓN / CULPA PATRONAL POR ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD / NO ACREDITADA / CONFIRMA /**

Se encuentra suficientemente decantado por la jurisprudencia laboral, que la prosperidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales derivados de la responsabilidad patronal dependen de la imperiosa comprobación y concurrencia, en cada caso, de los 3 elementos de la responsabilidad civil, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con la regla general del artículo 167 del Código General del Proceso, según la cual, incumbe a la parte que alega probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, le corresponde al trabajador, o a sus beneficiarios según sea el caso, comprobar la existencia del daño y la culpa del empleador en la ocurrencia del mismo.

(…)

Siguiendo esa línea, conviene aclarar, como primera medida, que aunque son bien conocidas las diferentes interpretaciones jurisprudenciales alrededor del ámbito de aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dicha controversia no incide en modo alguno en la conformación de las premisas jurídicas que servirán a la resolución del presente conflicto laboral, puesto que el demandante en este caso tiene una calificación de pérdida de la capacidad laboral del 25,78%, de origen común y estructurada el 25 de enero de 2011, según dictamen del 13 de abril de 2011, practicado en vigencia del contrato de trabajo, por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de SEGUROS ALFA S.A., por remisión de la AFP PORVENIR a la cual se encuentra afiliado el calificado.

(…)

Tales probanzas son significativas en esta instancia, en la medida que permiten arribar a la misma conclusión de la a-quo, en el sentido de que la empresa no solo era conocedora directa de las enfermedades discapacitantes padecidas por el trabajador y de sus limitaciones funcionales para conducir vehículo y llevar objetos de mucho peso en su brazo de derecho, sino que además dicha situación venía siendo monitoreada por el Departamento de Salud Ocupacional de la Empresa, de modo que no suena lógico que ahora se diga que la situación de salud y el grado de invalidez del trabajador fueron aspectos que tomaron por sorpresa a la empresa con posterioridad al despido.

Corolario de lo anterior, se confirmará la condena al pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, cuyo monto no fue objeto del recurso de apelación impetrado por las partes. Ahora bien, en lo que atañe al pretendido reintegro del trabajador, se advierte que dicha pretensión fue ventilada como subsidiaria, y al haber prosperado la pretensión principal, acumulada por el demandante dentro de las relacionadas con la culpa patronal, como bien lo adujo la a-quo, no hay lugar al analisis de las pretensiones subsidiarias, menos en esta instancia, como quiera que las facultades extra y ultra petita son ajenas al fallador de segunda instancia.

Por último, no queda mucho que agregar a las razones que llevaron a la jueza de primera instancia a absolver a la empresa demandada del pago de la indemnización plena de perjuicios al demandante, pues claro resulta que si el origen del cuadro clínico que aquejan al demandante no es laboral, como en efecto lo indican las juntas calificadores que conocieron su caso, no hay manera de concluir que al empleador le cabe alguna culpa por su aparición.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las ………….de hoy, viernes 6 de julio de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **WILLIAM GARCÍA GÓMEZ** en contra de la sociedad COLOMBIANA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia:

**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…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación impetrado por ambas partes en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 19 de septiembre de 2017, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia le corresponde a la Sala determinar: 1) si en el empleador demandado es culpable de la enfermedad padecida por el demandante y 2) si el trabajador fue despedido mientras se encontraba en estado de incapacidad.

**I – ANTECEDENTES**

Actuando a través de apoderado judicial, el señor **WILLIAM GARCÍA GÓMEZ** pretende que se hagan las siguientes o similares declaraciones:

**1)** que trabajó al servicio de la empresa **COLOMBIANA DE TELECOMUNICACIONES** entre el 5 de agosto de 1994 y el 5 de enero de 2012;

**2)** que en vigencia del referido contrato laboral, el trabajador presentó una enfermedad de origen profesional denominada “síndrome del escribano”;

**3)** que se declare a la empresa demandada responsable de la enfermedad padecida por el trabajador, por falta de medidas de prevención, incumplimiento de las normas de salud ocupacional y no acatamiento de las obligaciones de protección y seguridad al prestador del servicio;

**4)** que se declare igualmente que el despido se produjo en razón de la discapacidad del trabajador, sin que para ello mediara autorización del Ministerio del Trabajo.

Consecuencia de las anteriores declaraciones, pide que la empresa demandada sea condenada a la indemnización total y ordinaria de perjuicios en un monto de 100 SMLMV a título de lucro cesante y daño emergente, la misma cifra por perjuicios morales y 50 SMLMV a título de daño a la vida de relación, lo mismo que al pago de 180 días de salario, por concepto de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1994.

Y de manera subsidiaria, solicita el reintegro del demandante al cargo en el que se desempeñaba al momento del despido y al pago de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y el día en que se haga efectivo el pretendido reintegro.

En lo que interesa a la resolución del recurso de apelación impetrado por ambos contendores procesales, se señala en la demanda, básicamente, que la génesis de la relación laboral entre las partes se remonta al 5 de agosto de 1994, cuando la empresa se denominaba COCELCO S.A., que el 31 de agosto de 2001, la empresa demandada (que había pasado a llamarse BELLSOUTH COLOMBIA S.A, desde finales del año 1999) lo ascendió, y pasó de Director Comercial (encargado) al cargo de Gerente de Área II, devengando como salario la suma de $1.980.000 pesos, más comisiones.

En lo que atañe a la forma de terminación de la relación laboral, se indica en el escrito de la demanda (específicamente en el hecho 46 de la misma) que la empresa empleadora (llamada TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A. desde el año 2005) le notificó al trabajador su decisión de terminar el contrato sin justa causa el 5 de enero de 2012, y el 25 de enero de ese mismo año, procedió a liquidar y pagarle sus prestaciones sociales y la respectiva indemnización por despido injusto.

Valga indicar que los hechos que generan controversia entre las partes y que son los que interesan al fundamento fáctico de las pretensiones, giran en torno a la situación de salud en la que se encontraba el trabajador al momento del despido.

Al respecto se indica en la demanda, que el señor WILLIAN GARCÍA GÓMEZ recibió de la empresa una serie de herramientas tecnológicas y dispositivos móviles, tales como portátiles y demás elementos *“que tenían un peso considerable”* y que debía desplazar y cargar en su hombro de un lugar a otro para el desempeño de sus funciones.

A ello le atribuye la aparición de una serie de limitaciones a la altura de su miembro superior derecho, como dificultad para escribir y tensión muscular, lo cual fue diagnosticado por las especialidades médicas de fisiatría y neurología bajo el nombre médico de *“distonía del escribano”*.

Seguidamente, se indica en el libelo introductor, que desde principios del año 2007, tal como se puede comprobar en la historia clínica aportada al proceso, el trabajador registró varias consultas por problemas en su mano derecha y por dolor lumbar, y que el 23 de noviembre de 2009, la empresa le hizo practicar un examen médico que arrojó resultados normales, pese a que para aquella época ya presentaba diagnostico comprobado de patología lumbar, síndrome de escribano y epicondilitis.

Se indica que ante la persistencia de los síntomas, el 8 de noviembre de 2010 (hecho 67 de la demanda) el trabajador es remitido por su EPS a la especialidad de Medicina Laboral, siendo atendido por el Dr. Mauricio Antonio Gaviria Hincapié, quien deja registro en su historia clínica de *“afección discapacitante no invalidante”*, y que finalmente, ante su insistencia, el 13 de abril de 2011, es evaluado por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, remitido por la AFP PORVENIR, que lo califica con un grado de pérdida de la capacidad laboral del 25,78%. Agrega, finalmente, que las patologías antes reseñadas no las presentaba antes de su ingreso a la empresa, ya que las mismas fueron “adquiridas” en el interregno de la relación laboral y progresaron por culpa de su empleador *“como consecuencia de encontrarse sometido al sostenimiento de la carga pesada de su maletín, lo mismo que a procesos de digitación en jornadas extensas, lo cual agudizó su cuadro médico”.*

En respuesta a la demanda, la empresa **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** **S.A. E.S.P.** se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, argumentando, primero, en relación a la pretendida indemnización plena de perjuicios, que de la historia clínica aportada al proceso por el mismo demandante, así como del dictamen de 13 de abril de 2011, emitido por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., también aportado en el libelo demandatorio, se desprende de manera clara e inequívoca que no hay indicios para definir nexos de causalidad ocupacional de sus enfermedades. Y en lo que tiene que ver con las pretensiones encaminadas a que se declare la ineficacia del despido en aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, también se opuso a su prosperidad, en la medida que, de la narración de hechos de la demanda, de las pruebas aportadas por el actor y las que se allegan con el escrito de contestación a la demanda, fácil se desprende que la supuesta patología invocada por el demandante jamás fue puesta en conocimiento de la empresa en los términos de un diagnóstico médico de disminución permanente que permita incluir al demandante como integrante del contingente de trabajadores que por su grado de limitación o discapacidad resulta beneficiario de la estabilidad reforzada que pregona la Ley 361 de 1997. De igual forma, agrega que el demandante nunca solicitó o puso en conocimiento de la empresa un padecimiento de tal entidad que comprometiera su integridad física o mental y de paso su desempeño laboral, al punto que requiriera reubicación laboral, y que la misma hubiera sido solicitada o inobservada por el empleador, máxime que, la estabilidad laboral reforzada no opera frente a cualquier dolencia que afecte al trabajador. En ese orden, propuso como excepciones las denominadas *“prescripción”, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin causa”, “pago”, “compensación” y “buena fe”.*

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

A partir de un extenso y detallado análisis del estado actual de la jurisprudencia laboral, la jueza advirtió que la activación del principio de estabilidad laboral reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, depende de la comprobación de tres circunstancias fácticas en particular: **1)** que el trabajador se encontraba en estado de discapacidad (moderada o grave) al momento del despido, sin que sea necesaria la calificación previa de tal estado **2)** que dicha situación era conocida por su empleador, **3)** que el despido no obedecía a una justa causa, y que pese a ello el empleador omitió solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para finalizar el contrato del trabajador discapacitado.

Señaló en relación al segundo de los requisitos, que aunque en el presente asunto ninguna prueba apunta a que el empleador conociera el grado de invalidez del trabajador antes de tomar la decisión de despedirlo sin justa causa (o su porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, dicho en otras palabras), lo que sí es claro es que tenía conocimiento de las patologías que lo afectaban, y varios documentos apuntan a ello, así:

**1)** Obra en el folio 329 del expediente concepto médico ocupacional rendido por el médico especialista en salud ocupacional de la empresa del 15 de diciembre de 2010, en el que se hace descripción de las patologías que padecía el demandante y se prescriben una serie de restricciones en su actividad laboral, tales como limitar al máximo la conducción de vehículo y cargar el computador portátil o cualquier otro elemento de pesos siempre soportado sobre el hombro izquierdo;

**2)** También obra en el plenariola constancia de entrega de un maletín de arrastre al demandante el 21 de febrero de 2011 (Fl. 644), por parte de la Vicepresidencia de Gestión de Recursos –Gerencia de Bienestar y Salud-, en la que se lee*: “esta herramienta es complemento para mejorar las condiciones y modificaciones ergonómicas de su puesto de trabajo”*,

**3)** Finalmente,en el folio 314 del expediente, obracopia del acta de seguimiento de salud ocupacional al caso del demandante, en el que se reiteran las restricciones antes resumidas. De este documento destaca la *a-quo* que aparece firmado por la profesional en salud ocupacional, Dra. Juliana Gallarda (empleada de la ARL COLPATRIA) quien dijo en su declaración que desconocía por completo que el demandante hubiese declarado alguna patología que afectara su desempeño laboral, lo cual se contradice por completo con el contenido del citado documento.

Teniendo como base dichas pruebas documentales, la jueza concluyó que el empleador tenía conocimiento directo de la situación de discapacidad que afectaba a su trabajador y pese a ello decidió despedirlo sin justa causa y sin acudir previamente al permiso del Ministerio de Trabajo, de modo que debe operar en este caso la presunción de que dicho despido se produjo en razón de las limitaciones físicas del prestador del servicio, lo cual es sancionable a la luz del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en razón de lo cual le impuso a la demandada el pago de la suma equivalente a 180 días de salario a favor del demandante, lo cual calculó en la suma de $19.267.074.

Señaló igualmente, que dado el origen común de la invalidez parcial del demandante, no es viable acceder a la pretendida indemnización plena de perjuicios, pues la afectación a la salud en este caso no se produjo por causa o con ocasión del trabajo.

De esta manera despachó de manera favorable las pretensiones principales relacionadas con al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y se abstuvo de estudiar las subsidiarias al haber salido avante las principales. Finalmente condenó en costas procesales a la empresa demandada, fijando las agencias en derecho en la suma de $3.468.073.

**III - RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión interponen recurso de apelación ambos contendores procesales. La parte actora, de un lado, empieza por señalar que era claro para el empleador que el trabajador se encontraba en situación de discapacidad casi desde el mismo inicio del contrato de trabajo, a tan solo dos años del inicio de este. Ellos eran conocedores absolutos de dicha situación, agregó, pues en varias oportunidades el trabajador se dirigió al empleador informándole que no podía cargar pesos altos y pese a ello el empleador no adoptó las medidas tendientes a proteger la salud del trabajador, ya que no le suministró los elementos ergonómicos necesarios para evitar el daño indemnizable. Añadió que el dictamen pericial aportado al proceso es prueba suficiente de que el trabajador tiene un limitación física seria y *“no es necesario que venga un testigo técnico al proceso para que lo diga”,* y además es claro que el empleador tenía la carga de demostrar que brindó al trabajador todas las garantías de seguridad, y al no haberlo hecho, lo procedente era imponerle el pago de los perjuicios reclamados, pues omitió sus obligación de seguridad durante más de 16 años y ni siquiera desarrolló un examen de puesto de trabajo, tal como se lo ordena la ley, lo que terminó por agravar la enfermedad del trabajador. Por último indicó que ha debido “retomarse” el análisis de la pretensión subsidiaria encaminada al reintegro del trabajador, la cual no fue considerada por el despacho en primera instancia, pues es consecuencia legal del despido ilegal al que fue sometido el trabajador.

Por su parte la empresa demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, indicando que desconocía la calificación del estado de invalidez del demandante y no había tenido la oportunidad de controvertirla en su momento. Indicó asimismo, que al desconocer la existencia de dicho documento, la empresa no podía suponer el grado de afectación de la patología sufrida por el demandante, pues, primero, el trabajador no tuvo mayores ausencias laborales por motivos de salud, y las pocas incapacidades que tuvo no estaban relacionadas con la enfermedad por la que recibió el mayor porcentaje de deficiencia en su calificación, de modo que no puede presumirse en este caso que el despido se produjo en razón de las limitaciones físicas del trabajador.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. CULPA PATRONAL POR ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR**

Se encuentra suficientemente decantado por la jurisprudencia laboral, que la prosperidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales derivados de la responsabilidad patronal dependen de la imperiosa comprobación y concurrencia, en cada caso, de los 3 elementos de la responsabilidad civil, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con la regla general del artículo 167 del Código General del Proceso, según la cual, incumbe a la parte que alega probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, le corresponde al trabajador, o a sus beneficiarios según sea el caso, comprobar la existencia del daño y la culpa del empleador en la ocurrencia del mismo.

En ese orden, el operador judicial tiene la tarea de verificar en cada caso la comprobación de la existencia del daño que sea alegado por la parte actora, la culpa del empleador en su ocurrencia, y, como acaba de explicarse, la relación necesaria y eficiente entre el hecho u omisión generador del daño y el daño que resulte probado.

**4.2. DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**

Dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que *“(…) en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”* y agrega que *“no obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) 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”.*

Es bien sabido que en virtud de la interpretación constitucional de dicho precepto legal, la Corte Constitucional ha definido que en aquellos eventos en que un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

Siguiendo esa línea, conviene aclarar, como primera medida, que aunque son bien conocidas las diferentes interpretaciones jurisprudenciales alrededor del ámbito de aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dicha controversia no incide en modo alguno en la conformación de las premisas jurídicas que servirán a la resolución del presente conflicto laboral, puesto que el demandante en este caso tiene una calificación de pérdida de la capacidad laboral del 25,78%, de origen común y estructurada el 25 de enero de 2011, según dictamen del 13 de abril de 2011, practicado en vigencia del contrato de trabajo, por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de **Seguros Alfa S.A.,** por remisión de la AFP PORVENIR a la cual se encuentra afiliado el calificado.

Ahora bien, se encuentra igualmente por fuera de toda discusión, que la empleadora no intervino de manera alguna en el trámite de dicha calificación, y ninguna prueba apunta a que el trabajador la haya puesto al tanto del resultado de aquel dictamen, de modo que puede inferirse que el empleador desconocía el grado de pérdida de la capacidad laboral del demandante y el origen de sus patologías.

Pese a lo anterior, ha de recordarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene asentado que el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos eventos, el juez de la causa tiene libertad probatoria para verficar en cada caso la situación de discapacidad del trabajador (ver, entre otras, la sentencia CSJ SL10538-2016 y la SL11411-2017).

No sobra anotar en todo caso, que para el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, solamente pueden estar cobijados por el principio de estabilidad laboral reforzada aquellos trabajadores que acrediten un grado de severidad de la limitación por lo menos leve, en los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, es decir, un grado de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, lo cual en este caso se encuentra acreditado, por cuanto el demandante presenta una pérdida de la capacidad laboral del 25,78% como ya se había indicado. Aunque esta ponente se ha apartado de esa línea jurisprudencial en otros asuntos, para este caso ello resulta irrelevante por el grado de incapacidad del actor.

Es del caso subrayar por último, que en el caso *sub-examine* la terminación del contrato de trabajo se dio por decisión unilateral del empleador, y que la misma no estuvo soportada en causal de despido alguna, tal como se acredita con la respectiva carta de despido. De modo que si las pruebas en este caso dejaren en evidencia que el empleador tenía conocimiento directo de la situación de discapacidad del trabajador, debe operar la presunción de que el despido es discriminatorio, a la luz de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

**V- CASO CONCRETO**

Si el trabajador hubiese presentado prueba de que puso en conocimiento de su empleador la existencia del dictamen pericial al que se viene haciendo referencia, aquí no cabría la menor duda de la ineficacia del despido del trabajador, pues el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como es bien sabido,determina la necesidad de autorización gubernamental para cesar la relación laboral con un trabajador con discapacidad, cuando quiera que el despido NO obedezca a alguna de las 15 causales previstas en el artículo 62 del C.S.T.

Lo anterior no quiere decir, se itera, que la situación de incapacidad no pueda comprobarse por cualquier otro medio de prueba, pero sin duda el dictamen de calificación del estado de invalidez, es la prueba por antonomasia de una situación de discapacidad como la alegada, pues facilita su comprobación, y en el presente asunto, la paradoja es que existiendo la calificación de pérdida de la capacidad laboral y habiendose practicado en vigencia del contrato de trabajo (casi un año antes del despido) todo apunta a que el trabajador, por alguna razón extraña, omitió informarle el resultado de la misma a su empleador, de modo que dicha prueba no sirve en este caso al propósito de demostrar que el empleador era conocedor de la situación de discapacidad del trabajador.

En esas condiciones, es necesario verificar si las demás pruebas que obran dentro del expediente, ponen de presente, como lo concluyó la operadora judicial de primera instancia, que el empleador conocía la situación de discapacidad del trabajador, y que a sabiendas de la misma, lo despidió sin previamente obtener el permiso gubernamental para hacerlo.

Valga indicar que con ese propósito, el demandante aportó una copiosa historia clínica (114 folios), algunos documentos relacionados con la atención que recibió del médico ocupacional de la empresa demandada, el examen médico de ingreso a la empresa, la constancia de la entrega de una maleta de arrastre por parte de su empleador y el testimonio de una excompañera de trabajo, llamada **LILIANA PATRICIA MESA**, y de un amigo, de nombre **SAMUEL GALVIS ZAPATA.**

Pues bien, se infiere de la Historia Clínica del demandante (visible entre los folios 176 y 291 del expediente) la información que pasa a enumerarse:

**1)** Entre el 11 de noviembre de 2005 y la fecha de su despido, el demandante registra en su historia clínica un total de 50 visitas al médico. Pese a ese elevado número de consultas, solo registra un día de incapacidad en noviembre del año 2011 y 3 días en marzo de 2006, bajo el diagnóstico de vértigo periférico por accidente de tránsito y lumbago con ciatica, respectivamente;

**2)** De esas 50 consultas, 16 en total corresponden a visitas al médico general para lectura de exámenes y control de perfil lípido (pues el demandante presenta altos niveles de triglicéridos en la sangre, como se lee a lo largo de su historia clínica); 7 consultas por cefalea (o dolor de cabeza), 2 por cuadro gripal o tos seca, 6 por trastornos del sueño y/o apnea obstructiva del sueño, 2 por ansiedad, somnolencia y desaliento, 2 por molestias estomacales (sangrado rectal), 10 por dolor lumbar o síndrome de espalda dolorosa y solo 5 consultas en las que refiere alguna molestia en su mano derecha, como dolor en el hombro, codo y dificultades para la caligrafía;

**3)** A proposito de esto último,se observa en la mencionada prueba documental, que el 8 de febrero de 2007 (Fl. 181) el trabajador acude al médico refiriendo dolor en la mano derecha, y se deja el siguiente registro en su historia clínica: *“paciente con antecedente de espasmo de escribano mano derecha, dice que en las últimas semanas presenta dolor intenso a nivel del carpo e interfalángicas 2, 3, 4 dedos, dice que siente que no es lo mismo de antes”;*

**4)** La siguiente consulta, por el mismo motivo, se presenta más de dos (2) años después, el 31 de marzo de 2009 (Fl. 211), cuando el trabajador refiere ante su médico tratante, que lleva más o menos un mes y medio (1 y 1/5) con dolor intenso en el codo, que mejora con el reposo. En atención a esos síntomas, el médico ordena la práctica de Rayos X sobre el codo derecho, que arrojan resultados normales según anotación clínica del 4 de abril de 2009. Sin embargo, es remitido a valoración por ortopedia, quien recomienda, el 20 de abril de 2009 (Fl. 214), manejo por fisioterapia y la práctica de nuevos exámenes;

**5)** Dieciocho (18) meses después (el 19 de octubre de 2010, Fl. 262) el paciente acude nuevamente al médico refiriendo que desea *“retomar manejo por distonia del escribano”.* El médico tratante deja consignada en la historia clínica -como puede leerse a folio 262- la siguiente nota *“caligrafía alterada, manifiesta dolor durante la escritura”* y ordena la remisión del caso a la especialidad de medicina laboral.

**6)** En la visita al médico laboral, el mismo demandante solicita valoración por pérdida de la capacidad laboral e indica que se siente con mucho “disconfort” por la limitación funcional.El médico da el visto bueno para la calificación, pues la limitación*“cursa con secuelas definitivas”* y recomienda valoración por el médico especialista en salud ocupacional de su empresa *“para el desarrollo de las actividades de medicina preventiva para disminuir el riesgo ocupacional a su situación de salud*”(Fl. 264).

Y de los documentos relacionados con la atención del médico especialista en salud ocupacional de la empresa al demandante, se desprende lo siguiente:

**1)** La empresa realizó examen médico de ingreso al demandante el 2 de septiembre de 1994, en este se certifica que el trabajador se encontraba en buenas condiciones generales de salud (Fl. 245).

**2)** Se advierte igualmente que la empresa realizaba exámenes de salud periódicos al demandante. El primero se ellos se registró el 6 de junio de 2002 (según puede verse en el folio 239 del expediente) en el que se anota que el trabajador refiere “espasmo del escribano” de hace 5 años, sin determinación del origen.

**3)** El segundo examen ocupacional data del 26 de noviembre de 2004. El trabajador vuelve a referir la misma patología e indica que requirió cambio de dominancia (aprendió a escribir con la mano izquierda).

**4)** En el tercer examen, del 19 de junio de 2007 (Fl. 248), rotulado con el nombre de “acta de seguimiento a casos de salud ocupacional” se hace una evaluación más seria de la patología y se deja consignado en el acta: *“escribano diagnosticado hace 10 años, nunca intervenido por la empresa”.* Asimismo, la encargada de salud ocupacional asume el compromiso de hacer *“seguimiento al caso validando ejecución de tareas y puesto de trabajo y la entrega de indicaciones escritas para seguimiento”* y el trabajador, a su vez, se compromete a llevar control de la sintomatología en MSD (miembro superior derecho) por EPS y a reportar a salud ocupacional cualquier anomalía. Obra prueba igualmente de que la empresa dio orientaciones al trabajador acerca de la necesidad de realizar ejercicios de estiramientos y pausas activas, tal como se ve en el folio 242.

**5)** Dos años despues, especificamente el 23 de noviembre de 2009, la empresa hace otra evaluación medica al demandante, y este no refiere ninguna afectación especial a su salud, pese a que en marzo de ese año había consultado al médico de su EPS por dolor en su codo derecho.

**6)** Según puede verse en el folio 345 del expediente, como se había indicado en precedencia, el 8 de noviembre de 2010, la EPS remite el caso del demandante a Salud Ocupacional de la Empresa.

**7)** En atención a dicha remisión, el 15 de diciembre de 2010, el Doctor JUAN CARLOS ÁNGEL HENAO, médico especialista en Salud Ocupacional, a pedido de la empresa, rinde el siguiente concepto: “el diagnostico corresponde a la patología conocida como calambre del escribano, que es un distonia ocupacional caraterizada por la existencia de contracciones musculares involuntarias, prolongadas y en algunos casos dolorosas que provocan movimiento espasmódicos repetitivos de torsión o posturas anormales (…) en el caso del Sr. García, estamos ante una patología que por su curso clínico se puede considerar como estatica, que desde su aparición en la mano derecha no se ha propagado y es caracteristico de la forma de distonia en el adulto.

Se anota en dicho concepto, que se encuentran alteraciones a nivel de la mano, codo y hombro derecho del trabajador, que en el caso del codo y el hombro pueden estar asociadas al sindrome del escribano y al uso de peso (portátil) en el hombro. Adicionalmente, el médico anota que en la revisión clínica se encuentra un dolor a nivel de la columna lumbar que se irradia a los miembros inferiores, y que está soportado en reportes de Rx de columna lumbrosacra que muestran cambios degenerativos discales de L5-S1, lo cual junto con la clínica refleja un cuadro lumbar a determinar y que es lo más probable con compromiso nervioso. Se indican algunas recomendaciones en cuanto a evitar llevar elementos de mucho peso soportado el hombro derecho, limitar al máximo la conducción de vehiculo, etc. Las recomendaciones se remiten al correo electronico del demandante el 7 de enero de 2011 (Fl. 241), advirtiendole que debe asistir a su EPS para el manejo de las patologías de columna y miembro superior derecho y aportar a salud ocupacional los conceptos médicos frente a las mismas.

**8)** Por último, obra en el plenario copia del acta de seguimiento de salud ocupacional al caso del demandante, del 27 de septiembre de 2011 (Fl. 314), en el que se exhorta al trabajador a entregar al área de salud ocupacional de la empresa el reporte completo y actualizado de los seguimientos por neurología que le han realizado y se insiste en otra serie de recomendaciones.

Para finalizar el analisis de las pruebas y pasar a las conclusiones, no sobra destacar que la representante legal de la empresa demandada, Dra. **NOHORA BEATRIZ TORRES TRIANA**, quien es a su vez Gerente de Asuntos Contenciosos de Movistar (marca de la empresa), señaló que se había tomado la decisión de desvincular al trabajador sin justa causa, aun cuando existian causales objetivas para el despido, en razón de su bajo desempeño y de una mala actitud hacía la empresa, y agregó que el departamento de salud ocupacional de la empresa hace los exámenes médicos periódicos a sus empleados, pero en el caso del demandante no se conoció limitante o patología que mereciera algún tipo de amparo en virtud de la ley.

Con dicha afirmación coinciden **Sandra milena Fandiño Duarte**, empleada de la empresa hace 17 años y profesional de proyectos de Recurso Humanos, **DANIEL CALVO PEREIRA,** Gerente de Compensaciones y de Relaciones Laborales de la empresa y **JUAN FERNANDO MOLINA ZULUAGA,** Gerente Regional de la empresa.

La señora **FANDIÑO DUARTE**, indicó que en el caso del demandante no hubo notificaciones de restricciones especiales por parte de la ARL, y que al trabajador se le hacía, como a los demás empleados, examenes médicos periodicos, pero nunca se había tenido conocimiento de alguna remisión de su caso por parte de la EPS o la ARL a la que se encontraba afiliado, y agregó que el trabajador no tuvo ausencias laborales por motivos de salud.

**DANIEL CALVO PEREIRA**,por su parte, indicó que la empresatiene establecida una mesa laboral para tocar caso especiales de salud relacionados con el personal a su cargo, y que el caso del demandante no había llegado allí, pues no existia ninguna remisión especial de la ARL.

Y finalmente, **JUAN FERNANDO MOLINA ZULUAGA** señaló que por las funciones de su cargo cada mes se reunía con el demandante, quien era profesional de agentes comerciales en Pereira, respondiendo por las ventas del canal comercial en esta zona del pais, teniendo a su cargo más o menos 17 ó 18 asesores comerciales. Indicó que en el caso del demandante la empresa había iniciado un plan de mejoramiento, cuyos resultado no habían sido satisfactorios, dado el pobre desempeño del canal de ventas en Pereira y la mala actitud del demandante hacia la empresa, en razón de lo cual se prefiere optar por el despido inmediato del trabajador y no iniciar un trámite para despedirlo con justa causa.

Se concluye del anterior analisis probatorio, que los testimonios aportados por la empresa no guardan correspondencia con el contenido de la prueba documental reseñada, en la medida que el área de Salud Ocupacional de la Empresa, como bien pudo establecerse, llevaba más de un año haciendo monitoreo a la situación de salud del demandante, y dicho proceso de seguimiento tuvo origen en la remisión del caso por parte del médico laboral de la EPS.

Se concluye igualmente que a parte de la limitación funcional que suponia el sindrome de escribano para el demandante, dicha patología cursaba con un proceso degenerativo de su columna y dicha afectación, invalidante pero no discapacitante, tambien era conocida por el médico especialista en salud ocupacional de la empresa, tal como se indicó en precedencia.

Tales probanzas son significativas en esta instancia, en la medida que permiten arribar a la misma conclusión de la *a-quo*, en el sentido de que la empresa no solo era conocedora directa de las enfermedades discapacitantes padecidas por el trabajador y de sus limitaciones funcionales para conducir vehículo y llevar objetos de mucho peso en su brazo de derecho, sino que además dicha situación venía siendo monitoreada por el Departamento de Salud Ocupacional de la Empresa, de modo que no suena lógico que ahora se diga que la situación de salud y el grado de invalidez del trabajador fueron aspectos que tomaron por sorpresa a la empresa con posterioridad al despido.

Corolario de lo anterior, se confirmará la condena al pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, cuyo monto no fue objeto del recurso de apelación impetrado por las partes. Ahora bien, en lo que atañe al pretendido reintegro del trabajador, se advierte que dicha pretensión fue ventilada como subsidiaria, y al haber prosperado la pretensión principal, acumulada por el demandante dentro de las relacionadas con la culpa patronal, como bien lo adujo la *a-quo*, no hay lugar al analisis de las pretensiones subsidiarias, menos en esta instancia, como quiera que las facultades extra y ultra petita son ajenas al fallador de segunda instancia.

Por último, no queda mucho que agregar a las razones que llevaron a la jueza de primera instancia a absolver a la empresa demandada del pago de la indemnización plena de perjuicios al demandante, pues claro resulta que si el origen del cuadro clínico que aquejan al demandante no es laboral, como en efecto lo indican las juntas calificadores que conocieron su caso, no hay manera de concluir que al empleador le cabe alguna culpa por su aparición. No sobra anotar en este punto, que en relación al origen del denominado “sindrome del escribano”, a petición del juzgado del origen, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez conceptuó (Fl. 762) dentro del proceso lo siguiente: *“acerca del origen de la patología de base como lo es la distonía del escribano y sus consecuencias tales como epicondilitis, dolor en miembro superior afectado, esta Junta está de acuerdo con los conceptos emitidos en enero de 1998 por la médico de Salud Ocupacional en el sentido en que la etiologia o factor de origen de esta distonía es desconocido hasta el momento por la ciencia medica, se trata de contracciones musculares involuntarias y sostenidas que suelen deformar la postura corporal. Puede ser idiopatica (sin causa alguna) o secundaria a trastornos degenerativos o metabólicos del Sistema Nevioso Central, pero la causa especifica es desconocida. Y agrega, quiere decir esto que la distonía del escribano que presenta una persona se “despierta” cuando se dispone a escribir, pero no es el escribir el origen de la distonía”.*

Es por todo lo anterior que se confirmará la decisión de primera instancia, sin que proceda condena en costas procesales en esta instancia, como quiera que el recurso de apelación no prosperó para ninguno de las partes apelantes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral No. 1º del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA), administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

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

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** en sede de apelaciones la sentencia de la referencia.

**SEGUNDO.-** Sincostas procesales de segunda 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**