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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / REQUISITOS / ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL / CONTRADICCIÓN Y VALOR PROBATORIO DE DICTAMEN PERICIAL DECRETADO DE OFICIO / CONOCIMIENTO DEL EMPLEADOR DE LA SITUACIÓN DE SALUD DEL EMPLEADO.**

En cuanto a la práctica y contradicción del dictamen pericial decretado de oficio, al no existir norma en el CPT y de la SS que determine la forma en la que debe efectuarse, necesario resulta aplicar las normas dispuestas para ello en el CGP, tal y como lo establece el artículo 145 del estatuto procesal laboral. (…)

… el inciso final del artículo 231 del CGP determina que cuando se decrete de oficio la práctica de un dictamen pericial, para los efectos de su contradicción, el perito siempre deberá asistir a la audiencia; siendo del caso advertir que el hecho de que éste no comparezca, genera como consecuencia que el dictamen no tenga ningún valor probatorio, tal y como lo dispone el artículo 228 ibídem…

Establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL1360 de 11 de abril de 2018, cambió el criterio frente a la estabilidad laboral reforzada, clarificando que la norma en comento no prohíbe el despido de un trabajador en situación de discapacidad, sino que, lo que sanciona es el trato discriminatorio que por dicha limitación se le dé trabajador.

Explicó la Corporación que la autorización que ha de obtenerse del Ministerio del Trabajo, resulta necesaria, siempre que la limitación o deficiencia del trabajo se torne insuperable o incompatible con al cargo desempeñado o con los demás que existan en la empresa y por ello se requiera la ruptura del vínculo laboral, mientras que si dicha terminación surge por una razón objetiva prevista en la Ley, no se requiere la mencionada autorización, salvo la contenida en el numeral 12 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. (…)

Concordante con la línea jurisprudencial previamente citada, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL3772 de 5 de septiembre de 2018, concluyó que la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no opera de manera automática en todos los casos, por cuanto “esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos…”

Nótese pues, que las pruebas allegadas al proceso demuestran que los padecimientos físicos que tenía diagnosticados el señor Juan Pablo Holguín López no generaban en él una disminución en su productividad laboral, pues como él mismo lo confiesa, para el 24 de mayo de 2014 se encontraba prestando sus servicios de ayudante de cocina con normalidad, razones por las que le era imposible al Hotel de Pereira S.A. considerar que su trabajador padecía problemas de salud que le impedían su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones frente a los demás auxiliares de cocina de la empresa; lo que demuestra que el finiquito contractual no obedeció a un acto discriminatorio, y en razón de ello él no se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 361 de la Ley 361 de 1997.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTORA ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

… el artículo 231 del C.G.P. no impone como condición para que el dictamen decretado de oficio tenga valor, que el perito inexorablemente deba acudir a la audiencia de trámite aún cuando ninguna de las partes lo haya solicitado. Lo que quiere decir esta norma es que, cuando el dictamen es decretado de oficio, el juez obligatoriamente debe acceder a ordenar la comparecencia del perito si una o ambas partes así lo soliciten; asunto que, en tratándose del dictamen aportado por una de las partes, está sujeto a su discrecionalidad, atendiendo un criterio de necesidad. (…)

… en el sui generis trámite impartido a la práctica del dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, ambas partes se abstuvieron de ejercer el derecho de contradicción, mostrando conformidad con la prueba y que además, al no interponer recursos frente a la decisión adoptada en audiencia, también quedaron de acuerdo con prescindir de la comparecencia del perito que días atrás, motu proprio había dispuesto la directora del proceso. (…)

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en su jurisprudencia, han desarrollado de manera disímil las reglas relacionadas con la efectividad de la garantía de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Interesando a la presente causa, si bien mi posición en la materia se sintoniza mejor con la primera de dichas cortes, cumple señalar que a pesar de las diferencias existentes, ambas Corporaciones coinciden en mencionar que la activación de la garantía de estabilidad laboral reforzada exige que el empleador conozca las afecciones de salud del trabajador…

En conclusión, a pesar de considerar errado no conceder valor probatorio al dictamen de la Junta de Regional de Calificación de Risaralda, visto que el actor no probó que el Hotel de Pereira S.A. conocía su estado de salud y que de acuerdo con su historia clínica y los testimonios tampoco emerge que la afectación de la misma fuere notoria, se arriba a la conclusión de que no se reúnen los requisitos necesarios para activar la protección foral y así, quedan destinadas al fracaso la totalidad de las pretensiones de la demanda, como se determinó en la sentencia.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL N° 3**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, 23 de septiembre de dos mil veinte

Acta de Sala de Discusión No 135 de 21 de septiembre de 2020

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada HOTEL DE PEREIRA S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 22 de mayo de 2019, dentro del proceso que le promueve el señor JUAN PABLO HOLGUÍN LÓPEZ cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-005-2017-00069-01.

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Juan Pablo Holguín López que la justicia laboral declare que entre él y la sociedad Hotel de Pereira S.A. existió un contrato de trabajo que se prolongó entre el 25 de mayo de 2010 y el 24 de mayo de 2014, el cual fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador, estando en ese momento en estado de debilidad manifiesta.

Con base en ello y después de que se declare la ineficacia del despido, aspira que se le ordene a la entidad accionada a cancelarle la indemnización prevista en la ley 361 de 1997, salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir, así como los aportes a los sistemas generales de salud y pensión, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Refiere que fue vinculado al Hotel de Pereira S.A. el 25 de mayo de 2010 a través de un contrato de trabajo a término fijo por tres meses, el cual tuvo sus tres prórrogas por el periodo inicialmente pactado y finalizada la última de ellas se renovó automáticamente por periodos sucesivos de un año, hasta que el 20 de abril de 2014 se le comunicó que el contrato de trabajo no sería renovado y por lo tanto se finiquitaba por expiración del plazo el 24 de mayo de 2014; las tareas que ejecutó durante la relación contractual fue las de ayudante de cocina, correspondiéndole principalmente picar frutas y verduras para dejarlas listas en porciones, servicio de cocina fría, apoyo en eventos, preparación de platos fuertes, servir en los samovares; tareas que debía realizar primordialmente con sus miembros superiores, tal y como quedó consignado en el análisis de puesto de trabajo efectuada por la ARL Suramericana S.A. el 9 de julio de 2014.

En cuanto a su condición de salud, expuso que el 14 de julio de 2011 se reportó estudio anormal compatible con radiopatía cervical, síndrome miofascial y túnel carpiano moderado bilateral; después de una serie de procedimientos debidamente narrados, indica que el 7 de febrero de 2013 le realizaron descompresión del túnel del carpo con neurolisis, quedando pendiente la cirugía de la mano derecha; a pesar de su condición médica, la entidad empleadora decidió terminar el vínculo laboral en la forma descrita anteriormente; el 5 de septiembre de 2014 la Nueva EPS S.A. calificó que su patología de síndrome de túnel del carpo moderado bilateral era de origen laboral; el 21 de octubre de 2014 la ARL le remitió las restricciones definitivas que arrojó la evaluación funcional de su patología; actualmente continúa con tratamientos y problemas de salud en los miembros superiores.

Al dar respuesta a la demanda -fls. 104 a 118- el Hotel de Pereira S.A. manifestó que el contrato de trabajo que lo unió con el señor Juan Pablo Holguín López no fue terminado sin justa causa, sino por vencimiento del plazo pactado, agregando que para ese momento no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, por lo que tampoco era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada. Se opuso a las pretensiones condenatorias y formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de condición de debilidad manifiesta del demandante y por ende inexistencia de estabilidad laboral reforzada”, “Terminación legal del contrato de trabajo”, “Pago completo de salarios y prestaciones sociales”, “Confesión mediante apoderado de la terminación del contrato por preaviso”, “Buena fe de la demandada” y “Prescripción”.

En sentencia de 22 de mayo de 2019, la funcionaria de primer grado estableció que el señor Juan Pablo Holguín López se encontraba en estado de debilidad manifiesta en razón de su salud para el 24 de mayo de 2014, fecha en que se dio por finalizado el contrato de trabajo con el Hotel de Pereira S.A., ya que del estudio de la historia clínica del accionante se evidencia que desde el año 2011 le fue diagnosticada radiopatía cervical, síndrome miofascial y túnel carpiano moderado bilateral, que produjo que le realizaran una cirugía en el año 2013 que lo tuvo separado de su cargo por incapacidad de treinta días, quedando pendiente la intervención de la mano derecha, lo cual fue corroborado con la prueba pericial decretada de oficio por el despacho, consistente en la definición del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del señor Holguín López, el cual fue fijado en el 21.56% de origen laboral estructurada el 14 de febrero de 2013; aspectos éstos que la llevaron a concluir también, que dado el cese de actividades derivado de esa intervención, la entidad empleadora era conocedora del estado de salud de su trabajador, generándose a su favor la presunción de que el finiquito del contrato obedeció a un acto discriminatorio por parte del empleador, correspondiéndole a éste demostrar en el proceso que la razón de la extinción del vínculo laboral se presentó por razones objetivas.

En ese sentido, determinó que si bien el contrato de trabajo fue finalizado con apego a una de las formalidades establecidas en la Ley, expiración del plazo con el respectivo preaviso, lo cierto es que al haber quedado demostrado que después del 24 de mayo de 2014 fue contratada otra persona para ejecutar las funciones de ayudante de cocina que desempeñaba el actor, lo que demuestra que la verdadera motivación que tuvo el empleador para finiquitar el vínculo laboral estaba relacionada directamente con la condición de salud del actor.

Por tales motivos, luego de declarar la existencia del contrato de trabajo y de señalar que fue terminado de manera ilegal, condenó a la sociedad empleadora a reconocer y pagar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en cuantía de $4.312.062 y posteriormente, con base en las facultades extra y ultra petita, al reconocer que el despido fue ilegal y por tanto se había prorrogado por un año más, condenó al Hotel de Pereira S.A. a cancelar por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de $8.624.124.

Condenó en costas procesales en un 40% a la sociedad demandada y la absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del Hotel de Pereira S.A. interpuso recurso de apelación argumentando en primera medida que el dictamen ordenado de oficio por el juzgado de conocimiento no cumplió con las exigencias del artículo 228 del CGP, para ser tenido en cuenta en el trámite procesal, por cuanto no se controvirtió debidamente al no haber comparecido el perito en los términos allí establecidos, por lo que, al no poderse valorar esa prueba, no quedó demostrado que el trabajador tuviera una discapacidad por lo menos moderada como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral.

Tampoco es cierto que con las demás pruebas se pueda establecer que el señor Holguín López se encontraba discapacitado para el 24 de mayo de 2014, ya que la incapacidad de 30 días producto de la cirugía de la mano izquierda se presentó a principios del año 2013 y con posterioridad no existieron más incapacidades. No es verdad que la entidad demandada supiera cuáles eran las condiciones de salud establecidas en la historia clínica, ya que ese es un documento con reserva al cual no tiene acceso el empleador.

El contrato de trabajo no fue terminado ilegalmente, pues como quedó demostrado en el proceso el vínculo laboral finalizó por la expiración del plazo pactado, efectuando el respectivo preaviso en la forma establecida en la Ley, resultando equivocado condenar a la entidad a cancelar una indemnización por despido sin justa causa.

Finalmente considera que la tasación de las costas procesales resulta excesiva, y por lo tanto, de confirmarse la decisión de primera instancia, las mismas deben de ser menores.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, el apoderado judicial de la entidad accionada hizo uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término; mientras que la parte actora dejó transcurrir el plazo otorgado para ese fin en silencio.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 279 del CGP consistente en que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente”*, baste decir que los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión por la sociedad demandada coinciden plenamente con los fundamentos de hecho y de derecho emitidos en la sustentación del recurso de apelación.

Atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

**PROBLEMAS JURÍDICOS**

**¿Siguió el dictamen pericial emitido por la Junta Regional de Calificación de Risaralda el trámite establecido en la Ley para constituirse válidamente como una prueba a valorar dentro del presente proceso?**

**¿Quedó demostrado en el proceso que el contrato de trabajo suscrito entre el señor Juan Pablo Holguín López y el Hotel de Pereira S.A. fue terminado estando el trabajador amparado por la Ley 361 de 1997?**

**De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿Hay lugar a absolver a la entidad accionada de las pretensiones de la demanda?**

Antes de resolver la instancia, se considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

**CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO.**

El artículo 54 del CPT y de la SS faculta al juez para que, además de las pruebas pedidas por las partes, ordene la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.

En cuanto a la práctica y contradicción del dictamen pericial decretado de oficio, al no existir norma en el CPT y de la SS que determine la forma en la que debe efectuarse, necesario resulta aplicar las normas dispuestas para ello en el CGP, tal y como lo establece el artículo 145 del estatuto procesal laboral.

En ese aspecto, el inciso segundo del artículo 170 del CGP establece que *“Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”*.

Concordante con ese mandato, el inciso final del artículo 231 del CGP determina que cuando se decrete de oficio la práctica de un dictamen pericial, para los efectos de su contradicción, **el perito siempre deberá asistir a la audiencia**; siendo del caso advertir que el hecho de que éste no comparezca, genera como consecuencia que el dictamen no tenga ningún valor probatorio, tal y como lo dispone el artículo 228 ibídem, a menos que antes de su intervención en la audiencia, se excuse ante un evento de fuerza de mayor o caso fortuito, lo cual llevará a que el juez recaude las demás pruebas y posteriormente suspenda la diligencia para continuarla en nueva fecha en la que se controvertirá la prueba, dejando expresa anotación que el perito solo podrá excusarse por una sola vez. A renglón seguido señala la norma, que, en caso de presentarse excusa por las mismas causales dentro de los tres días siguientes a la audiencia**, solo autorizará la práctica del interrogatorio en segunda instancia en caso de que ya se haya proferido sentencia**.

**EL DESPIDO COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA ESTUDIAR LA VIABILIDAD DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.**

Establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL1360 de 11 de abril de 2018, cambió el criterio frente a la estabilidad laboral reforzada, clarificando que la norma en comento no prohíbe el despido de un trabajador en situación de discapacidad, sino que, lo que sanciona es el trato discriminatorio que por dicha limitación se le dé trabajador.

Explicó la Corporación que la autorización que ha de obtenerse del Ministerio del Trabajo, resulta necesaria, siempre que la limitación o deficiencia del trabajo se torne insuperable o incompatible con al cargo desempeñado o con los demás que existan en la empresa y por ello se requiera la ruptura del vínculo laboral, **mientras que si dicha terminación surge por una razón objetiva prevista en la Ley**, no se requiere la mencionada autorización, salvo la contenida en el numeral 12 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

De allí entonces que, al trabajador le bastará en el proceso judicial acreditar su estado de discapacidad para que se presuma el trato discriminatorio por parte de su empleador, quien en consecuencia deberá acreditar los hechos que configuran la causa objetiva que conllevó a dar por finalizado el vínculo laboral, so pena que, si no lo hace, se declare la ineficacia del mismo con las consecuencias que ello acarrea.

Puntualmente, dijo la Corte:

*“(…) la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.*

*(L)a prohibición de despido motivada en la discapacidad sigue incólume y, en tal sentido, solo es válida la alegación de razones objetivas, bien sea soportadas en una justa causa legal o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio. Aquí vale subrayar que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro.*

Y concluye esa misma Corporación:

*“(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*

*(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*

*(c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas”.*

**PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INEFICACIA SEGÚN LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

Concordante con la línea jurisprudencial previamente citada, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL3772 de 5 de septiembre de 2018, concluyó que la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no opera de manera automática en todos los casos, por cuanto *“esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo”.*

**CUÁL ES EL CONCEPTO ACTUAL DE DISCAPACIDAD**

No obstante lo anterior, en sentencia SL2586 de 7 de julio de 2020, la Sala de Casación dejó entrever que a partir de la entrada en vigencia de la ley 1618 de 2013, la existencia de discapacidad se debe determinar con base en la concepción que de ella trae la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, refiere la sentencia:

*“Antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, frente a litigios fundamentados en hechos anteriores a su entrada en vigor, que el resguardo frente al despido discriminatorio consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba en favor de las personas en situación de discapacidad moderada, severa y profunda, en los términos y porcentajes definidos en el artículo 7.º del Decreto 2436 de 2001 (CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532, SL 25 mar. 2009, rad. 35606, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017).*

*En este caso, obra a folios 424 a 428, dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, decretado en el trámite de la primera instancia, con el que se acredita que Lucero Vargas Ortiz tiene una PCL del 35.10%, estructurada el 27 de octubre de 2006. Luego al 30 de agosto de 2007, fecha de terminación del contrato de trabajo, la demandante era una trabajadora con discapacidad.*

*Vale insistir que desde el punto de vista de lo que se entiende por discapacidad, no es dable juzgarlo a la luz de los nuevos abordajes y conceptos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Ley 1618 de 2013, porque los hechos examinados ocurrieron antes de su entrada en vigencia. De allí que para efectos de establecer si la demandante posee una discapacidad, la Corte acuda al criterio construido sobre los grados y porcentajes del artículo 7.º del Decreto 2436 de 2001.”*

Se debe acotar que la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, fue aprobada por Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, de acuerdo con el artículo 45 de ese instrumento. La Ley Estatutaria 1618 de 2013, se sancionó el 27 de febrero de 2013.

Ahora bien, el artículo 1° de la última ley mencionada determina que:

*“****Artículo 2°. Definiciones.*** *Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:*

***1. Personas con y/o en situación de discapacidad:*** *Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

**EL CASO CONCRETO**

No se encuentra en discusión en el proceso que el señor Juan Pablo Holguín López prestó sus servicios a favor de la sociedad Hotel de Pereira S.A. a través de un contrato de trabajo a término fijo que se extendió entre el 25 de mayo de 2010 y el 24 de mayo de 2014.

Lo que corresponde dilucidar es si en este caso se dan los presupuestos referidos previamente para considerar que el finiquito laboral entre las partes se presentó por un acto discriminatorio por parte del empleador frente a un presunto o supuesto estado de discapacidad en el que se encontraba su trabajador Juan Pablo Holguín López.

Para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, la funcionaria de primer grado en la audiencia de trámite y juzgamiento decidió, de oficio, decretar la práctica de dictamen pericial a la Junta Regional de Calificación de Risaralda con el objeto de determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que padece el señor Juan Pablo Holguín López.

Atendiendo lo ordenado por el despacho, la referenciada Junta de Calificación de Invalidez remite dictamen Nº 18503402-224 de 6 de marzo de 2019 -fls. 201 a 204- en el que indica que el actor tiene una PCL del 30.01% de origen laboral estructurada el 16 de julio de 2018.

No obstante lo anterior, el juzgado por medio de auto de 22 de marzo de 2019 -fl. 210-, después de manifestar que el dictamen remitido no cumplía con las exigencias del despacho al haberse considerado el estado actual de salud del demandante, le ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez adelantar nuevamente el estudio del caso, pero excluyendo de él las patologías que se hayan generado con posterioridad al 24 de mayo de 2014 -fecha en que se terminó la relación laboral con el Hotel de Pereira S.A.-.

En ese nuevo dictamen -fls. 222 a 225- la Junta determinó que el accionante tenía una PCL del 21.56% de origen laboral estructurada el 14 de febrero de 2013.

Con el objeto de que se controvirtiera la prueba, el juzgado por medio de auto de 15 de mayo de 2019 -fl. 229- ordena citar al Dr. César Augusto Morales Chacón, médico ponente del dictamen pericial, para que asista a la continuación de la audiencia de trámite y juzgamiento programada para el 22 de mayo de 2019 a las 8:00 am, información que fue recepcionada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 21 de mayo de 2019 -fl. 230-.

Antes de dar apertura a la audiencia, el Secretario Técnico de la Junta allegó respuesta a la comunicación remitida por el juzgado el día anterior, explicando que la misma fue recibida a las 3:00 pm (debiendo asistir al día siguiente a las 8:00 am) por lo que teniendo en cuenta que la agenda médica del Dr. Morales Chacón, quien debía atender pacientes que fueron citados para ese mismo día y fecha, imposible resultaba la cancelación de las citas de éstos y en consecuencia no podía comparecer a esa diligencia.

Después de dar apertura a la diligencia y de poner en conocimiento de las partes la excusa remitida por la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, la funcionaria de primer grado manifestó textualmente que *“el despacho no considera necesario pues, requerirlo, ni aplazar la audiencia, ni dilatar más el proceso, por lo tanto se dará continuidad a las diligencias en el estado en el que se encuentran y con las pruebas que se encuentran ya incorporadas. Esta decisión queda notificada en estrados”*, decisión que no fue recurrida por las partes.

Bajo esos presupuestos, al ser imperativo legal la presencia del perito a la audiencia de trámite para controvertir el dictamen pericial decretado de oficio por la juzgadora de primera instancia para garantizar el legítimo derecho de defensa de las partes, y al no haberse efectuado bajo el marco de la Ley, no queda otro camino que dar aplicación a lo dispuesto en ese sentido en el artículo 228 del CGP, razón por la que al dictamen emitido el 10 de abril de 2019 -fls. 222 a 225- no se le puede dar ningún valor probatorio.

Es que si la intención de las partes era que ese dictamen pericial fuera valorado dentro del proceso, les correspondía recurrir la decisión adoptada por la *a quo* quien con esa determinación negó la práctica de una prueba al no permitir su contradicción.

Resuelto el primer problema jurídico planteado en esta instancia, corresponde entonces definir si existen pruebas válidamente incorporadas al proceso que permitan concluir que para el 24 de mayo de 2014, fecha en que finalizó el vínculo laboral entre las partes, el señor Juan Pablo Holguín López era una persona a la que sus condiciones de salud (deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) le impedían su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones, no solamente en la ejecución de sus actividades laborales, sino ante la sociedad.

Para efectuar ese análisis, necesario resulta recordar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que el dictamen emitido por las entidades de la seguridad social no es la prueba “calificada y exclusiva” para determinar la disminución de la capacidad laboral, el origen de la calificación y la fecha de estructuración de la misma, pues dicha prueba realmente es un experticio que la ley estableció que fuera practicado por unos determinados entes, sin que constituya en si una prueba solemne; postura que fue reiterada en sentencia SL11411 de 2 de agosto de 2017 en un caso en el que se pretendía precisamente el reconocimiento de la garantía dispuesta en la Ley 361 de 1997, en donde concluyó: *“De los criterios anteriores se extrae: i) tanto el carné de que trata el artículo 5 de la Ley 361, como el dictamen pericial de las JCI, son algunos de los medios de prueba, no solemnes, con los cuales se puede acreditar el grado de la limitación física, psíquica y sensorial; ii) habrá casos, según la patología, en los que el Juez sólo podrá verificar tal supuesto de hecho con los dictámenes de las JCI y iii) en otros eventos, el Juzgador tiene libertad probatoria”.*

No obstante lo anterior, al analizar las pruebas válidamente incorporadas al plenario no se evidencia que para el 24 de mayo de 2014, fecha en que terminó el contrato de trabajo entre las partes, el actor mostrara condiciones de salud que le impidieran su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones en la ejecución de sus actividades laborales, que le permitieran al empleador determinar que el señor Juan Pablo Holguín López era una persona en situación de discapacidad; tal y como pasa a explicarse.

Según la historia clínica del accionante -fls. 25 a 36- al actor se le diagnostica el 14 de julio de 2011 síndrome de túnel carpiano bilateral, el cual lleva a que el 7 de febrero de 2013 se le practique cirugía donde se libera nervio mediano del túnel del carpo de la mano izquierda, la cual se ejecuta de manera exitosa, llevando a una recuperación del 90% -fl.32-, quedando pendiente la intervención de la mano derecha.

Esa intervención quirúrgica efectuada el 7 de febrero de 2013 generó que el médico tratante prescribiera una incapacidad de 30 días -fl. 30-.

El 10 de julio de 2014, esto es, algo más de un mes después de finalizado el vínculo laboral con la sociedad Hotel Pereira S.A., el actor visita nuevamente al cirujano plástico tratante, quien en los antecedentes consigna que hace 18 meses se liberó el síndrome de túnel del carpo de la mano izquierda, recordando que se encuentra pendiente la liberación de la mano derecha, y en el examen físico consignó que el actor refería parestesias (entumecimiento y hormigueo) y dolor irradiado al hombro en horas de la noche.

Estableciéndose dicho diagnóstico tan cercano a la fecha en que se presentó el finiquito laboral y teniendo en cuenta que desde el 14 de julio de 2011 se había definido que el trabajador padecía el síndrome en ambas manos, es muy probable que para el 24 de mayo de 2014 el señor Juan Pablo Holguín López sintiera esas molestias físicas que generaran en él una disminución en su capacidad laboral, sin embargo, para que ello fuera evidente a la vista del empleador, necesario resultaba que se allegaran pruebas concluyentes que acreditaran las dificultades que esa patología le representaba a la hora de prestar sus servicios como auxiliar de cocina en el Hotel de Pereira S.A.

Con ese fin, la parte actora solicitó que fuera escuchado el testimonio del señor Jair Orlando Monsalve Muñoz, quien dijo haber sido compañero del actor en el Hotel de Pereira S.A. por un espacio aproximado de un año antes del año 2010 cuando dejó de prestar sus servicios también como auxiliar de cocina a favor de esa entidad; refirió las actividades y tareas que tenían que desempeñar, las cuales en un alto grado debían ejecutarse con las manos; sostuvo que después de haberse desvinculado de la entidad demandada, continuó con una comunicación constante con el demandante, y si bien planteó que el trabajo que ellos tenían podía derivar en varios problemas de salud, a continuación indicó que al señor Holguín Monsalve no se le observaban problemas de salud que le impidieran prestar sus servicios como ayudante de cocina; expresando adicionalmente que según lo dicho por el propio demandante, la finalización del contrato de trabajo se presentó por los cambios normales que hacen  los chefs de sus ayudantes.

Por su parte, la señora Carolina Restrepo Villa, responsable de gestión humana del Hotel de Pereira S.A. desde el 1º de agosto de 2012, escuchada por petición de la  parte actora, manifestó que en el año 2013 al accionante se le hizo una intervención quirúrgica que generó una incapacidad de 30 días, siendo esa la única situación de salud de la que fue informada la empresa; indicando que a la empresa nunca se le remitieron restricciones para prestar el servicio en el caso del señor Holguín López, pues de haber sido así tenían que haberse atendido, como ha sucedido en otros casos; finalmente dijo que después de haberse desvinculado el demandante, el servicio que el prestaba continuó ejecutándose por parte de los 8 auxiliares de cocina que constantemente tenía el Hotel de Pereira S.A.

En efecto, tal y como lo relata la señora Restrepo Villa, en el plenario no existe prueba que demuestre que durante la relación laboral se hubieran restringido por orden médica las tareas y actividades que desempeñaba el actor como ayudante de cocina, siendo del caso advertir que únicamente se dictaminan restricciones definitivas el 21 de octubre de 2014, esto es, casi cinco meses después de terminada la relación contractual.

Es que al responder el interrogatorio de parte, el señor Holguín López confesó que para la fecha en la que se finalizó su contrato de trabajo, él se encontraba prestando sus servicios como ayudante de cocina con total normalidad, a pesar de que tenía pendiente la cirugía en la mano derecha, revelando adicionalmente que durante el último año de servicios no había tenido ninguna incapacidad; afirmación ésta última que guarda coherencia con el certificado de incapacidades emitido por la Nueva EPS S.A. -fl. 218- en donde se reporta que la única incapacidad que él tuvo entre el 25 de mayo de 2010 y el 24 de mayo de 2014, fue la que se produjo con ocasión de la cirugía del túnel del carpo de la mano izquierda, la cual se prolongó entre el 7 de febrero de 2013 y el 8 de marzo de 2013, siendo significativo hacer notar que la siguiente incapacidad por un término de 4 días se produjo entre el 24 y el 27 de agosto de 2015, esto es, un año y tres meses después de terminada la relación laboral.

Nótese pues, que las pruebas allegadas al proceso demuestran que los padecimientos físicos que tenía diagnosticados el señor Juan Pablo Holguín López no generaban en él una disminución en su productividad laboral, pues como él mismo lo confiesa, para el 24 de mayo de 2014 se encontraba prestando sus servicios de ayudante de cocina con normalidad, razones por las que le era imposible al Hotel de Pereira S.A. considerar que su trabajador padecía problemas de salud que le impedían su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones frente a los demás auxiliares de cocina de la empresa; lo que demuestra que el finiquito contractual no obedeció a un acto discriminatorio, y en razón de ello él no se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 361 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, si en gracia de discusión se pasara por alto lo expuesto, tampoco podría concluirse que la finalización del contrato de trabajo se produjo como producto de un acto discriminatorio por parte de la entidad empleadora, ya que como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el Hotel de Pereira S.A. demostró que la desvinculación del señor Juan Pablo Holguín López aconteció por una razón objetiva consistente en la expiración del plazo pactado -literal C artículo 62 del CST-, pues al haberse pactado el contrato a término fijo por tres meses -fls. 18 y 19- a partir del 25 de mayo de 2010 y haberse prorrogado en los términos establecidos en la Ley, a partir del 25 de mayo de 2011 se empezó a renovar automáticamente por periodos de un año, teniendo la potestad el empleador de terminarlo por finalización del plazo pactado con el correspondiente preaviso no menor a 30 días con antelación a la fecha de expiración del contrato, el cual fue cumplido por la entidad al haberle entregado la carta el 20 de abril de 2014 -fl.21-.

Es que no puede perderse de vista que la Ley 361 de 1997 fue creada con la finalidad de integrar socialmente a las personas con discapacidad, evitando que esa porción de la población sea excluida de la fuerza laboral en razón de su estado y facilitando con ello que, a pesar de sus limitaciones, pueden vincularse laboralmente en los términos establecidos en la Ley bajo cualquiera de sus modalidades,  sin que el hecho de su situación de discapacidad, convierta en un contrato a término indefinido aquel que fue celebrado a término fijo, o que, habiéndose celebrado a término, solo sea posible finiquitarlo por una de las justas causas previstas en el artículo 62 del CST, pues evidentemente ese no fue el espíritu que inspiró al legislador para su creación.

Es así como el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL2548 de 10 de julio de 2019, al avalar la terminación del vínculo laboral de una persona discapacitada por haber terminado la obra o labor contratada, manifestó:

*“Es que con la expedición de la norma cuya transgresión pregona el censor, el legislador no pretendió evitar que los asalariados que padecieran algún tipo de pérdida de capacidad laboral fueran despedidos, o en otros términos, que por esa particular circunstancia el empleador estuviera obligado per secula seculorum a mantener vigente los vínculos labores pactados con ese tipo de población; esa regla, así entendida, lejos de garantizar la protección que se pretende, generaría la consecuencia lógica de que los empleadores jamás se atrevieran a vincularlos.*

*No, el propósito de la disposición que contiene el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue la de impedir que las personas en las condiciones ya anotadas, fueran despedidos en virtud y específicamente por esa razón, es decir, que su limitación fuera la causa de la ruptura laboral; pero no que ante la existencia de otro tipo de causas, el empleador no pudiera desvincularlos.”.*

En el anterior orden de ideas, se revocará en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, para en su lugar absolver de la totalidad de las pretensiones al Hotel de Pereira S.A.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora en un 100%

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, para en su lugar **ABSOLVER** a la sociedad HOTEL DE PEREIRA S.A. de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDA. CONDENAR** en costas en ambas instancias a la parte actora en un 100%.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Magistrada

Salva voto Aclara voto



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Providencia: Sentencia del 23 de septiembre de 2020

Radicación Nro.: 66001-31-05-005-2017-00069-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Juan Pablo Holguín López

Demandado: Hotel de Pereira S.A.

Juzgado de origen: Juzgado Quinto Laboral del Circuito

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, aclaro mi voto frente a la sentencia de la referencia, por las razones que sucintamente expongo a continuación.

**Validez del dictamen pericial rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Risaralda**

La contradicción de la prueba es una de las garantías procesales establecidas en el del artículo 29 Superior, en cuyos términos, las partes de un proceso tienen derecho *“a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”*. Así, por comportar una violación al debido proceso, cuando ésta -la contradicción- no se garantiza, la prueba indefectiblemente se torna incompleta y carece de valor.

No obstante, al respecto debe considerarse, en **primer lugar**, que la garantía de contradicción de la prueba necesariamente debe ceñirse a las reglas del medio probatorio y del juicio de que se trate, y en **segundo lugar**, que ninguna de las partes está obligada de ejercerla, siendo factible, en consecuencia, que asuma una de dos conductas: **(i)** guardar silencio, lo que no implica una falta de contradicción sino el estar conforme con los resultados y **(ii)** discutir la prueba de acuerdo con los cánones que la regulan.

La prueba pericial no es una excepción: **(i)** es susceptible de contradicción, **(ii)** una o ambas partes pueden contradecirla, **(iii)** para hacerlo deben sujetarse a las reglas de contradicción del dictamen pericial, o bien **(iii)** pueden guardar silencio por estar de acuerdo con los resultados o porque simplemente no es de su interés por estimarla irrelevante, beneficiosa u otras razones sobre las cuales no vale la pena especular.

Ahora bien, como se desprende de los artículos 228 y 231 del Código General del Proceso, la parte interesada en la contradicción de un dictamen pericial, sin perjuicio de las hipótesis de establecidas en el parágrafo mismo canon, deben sujetarse a las siguientes condiciones, dependiendo de **(a)** si el dictamen fue anunciado o aportado por una de las partes o **(b)** fue dictamen decretado de oficio.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Dictamen anunciado o aportado por una de las partes** | **Dictamen decretado de oficio** |
| **Término para la contradicción** | **Aportado con la demanda:** Término de traslado: Término de traslado de la demanda (Art. 228 CGP)  **Anunciado y aportado posteriormente**: Tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento.  (Art. 228 CGP) | **Término de traslado:** Diez (10) días desde la presentación del dictamen (Art. 231 CGP) |
| **Formas de contradicción** | 1. Comparecencia del perito  2. Aportar otro dictamen  3. Realizar ambas actuaciones | 1. Comparecencia del perito  2. Aportar otro dictamen  3. Realizar ambas actuaciones |
| **Comparecencia del perito** | **Discrecional**: *“si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo”.*  (Art. 228 CGP) | **Obligatorio:** *“el perito siempre deberá asistir a la audiencia”.*  (Art. 231 CGP) |

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a lo expuesto en la sentencia, es preciso destacar que, cuando se decreta un dictamen pericial de manera oficiosa, la presencia del perito es obligatoria siempre y cuando, dentro del término del traslado, la parte interesada en su contradicción así lo solicite. Empero, si esto no ocurre, es decir, si las partes guardan silencio sobre el experticio, ninguna razón tiene que se cite al perito a una diligencia en la que su labor ha culminado, pues se entiende que hay conformidad plena con la prueba rendida.

En otras palabras, el artículo 231 del C.G.P. no impone como condición para que el dictamen decretado de oficio tenga valor, que el perito inexorablemente deba acudir a la audiencia de trámite aún cuando ninguna de las partes lo haya solicitado. Lo que quiere decir esta norma es que, cuando el dictamen es decretado de oficio, el juez obligatoriamente debe acceder a ordenar la comparecencia del perito si una o ambas partes así lo soliciten; asunto que, en tratándose del dictamen aportado por una de las partes, está sujeto a su discrecionalidad, atendiendo un criterio de necesidad.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la Jueza Quinta Laboral del Circuito de Pereira, en audiencia del 16 de enero de 2019 (fol. 144), ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda que calificara el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, al 24 de mayo de 2014. Experticio que finalmente fue presentado por la entidad el 22 de abril de 2019 (fol. 221 a 225) y que se puso en conocimiento de las partes, mediante auto del 24 de abril de 2019 (fol. 226), notificado por estado del 26 de abril siguiente (fol. 229).

Conforme con lo anterior, el término de traslado de los 10 días, corrió durante el 29 y 30 de abril y el 02, 03, 06, 07, 08, 09, 10 y 13 de mayo de 2019. En este lapso, la demandada guardó silencio y el demandante, el 13 de mayo de 2019, solicitó al Despacho que se requiriera nuevamente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para emitiera otro dictamen, aduciendo que con el allegado no se cumplía la prueba ordenada por el Juzgado (fol. 228). Esto es, ninguna de las partes solicitó alguno de los medios de contradicción de la prueba pericial (comparecencia del perito y/u otro dictamen).

Extrañamente, sin que alguien se lo hubiera pedido, por razones que no se expusieron, en auto del 15 de mayo de 2019 la *a quo* resolvió citar al perito *“para efectos de contradicción”* (fol. 229) y luego, en audiencia del 22 de mayo, informó a las partes sobre la excusa que este presentó por la imposibilidad de asistir a la diligencia, planteó que no había necesidad de postergar la audiencia por éste hecho, expresamente dio por notificada la decisión en estrados y se continuó con el trámite, sin recursos de las partes (fol. 231).

Deviene de lo anterior, que en el *sui generis* trámite impartido a la práctica del dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, ambas partes se abstuvieron de ejercer el derecho de contradicción, mostrando conformidad con la prueba y que además, al no interponer recursos frente a la decisión adoptada en audiencia, también quedaron de acuerdo con prescindir de la comparecencia del perito que días atrás, *motu proprio* había dispuesto la directora del proceso.

En suma, se concluye que el Hotel de Pereira S.A. asumió una conducta silente, que no constituye una falta de contradicción, sino de conformidad con los resultados de la prueba y posteriormente, con la decisión de la sentenciadora de prescindir de la citación oficiosa del perito. Y no puede decir que el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda no tiene valor por la no comparecencia del médico ponente a la audiencia, pues nunca la solicitó en el término que le correspondía y el artículo 231 del CGP no obliga a que, sin razón de ser, el perito acuda a una audiencia de trámite. Por lo anterior, se considera que el dictamen es completamente válido y debió concedérsele el valor probatorio que le asiste.

**Conocimiento del estado de salud del trabajador por parte del demandado.**

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en su jurisprudencia, han desarrollado de manera disímil las reglas relacionadas con la efectividad de la garantía de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Interesando a la presente causa, si bien mi posición en la materia se sintoniza mejor con la primera de dichas cortes, cumple señalar que a pesar de las diferencias existentes, ambas Corporaciones coinciden en mencionar que la activación de la garantía de estabilidad laboral reforzada exige que ***el empleador conozca las afecciones de salud del* trabajador**; tal y como puede constatarse entre muchas otras sentencias, en la T-420 de 2015, T-521 de 2016 y SU-040 de 2018, por parte del órgano de cierre constitucional, o en las sentencias CSJ SL, 28 agosto de 2012, Rad. 39207, reiterada en la SL10538-2016 y SL5163-2017, por parte del juez de unificación de esta especialidad.

Lo anterior, sin dejar de lado que de acuerdo con la sentencia T-029 de 2016, la Corte Constitucional declaró que, **de manera excepcional y sólo cuando las circunstancias del caso lo ameriten**, el juez constitucional puede ordenar el reintegro así el empleador no tuviera conocimiento de la situación de salud del trabajador, pero no con el fin de evitar una discriminación, sino en desarrollo de principio de solidaridad y para garantizar la continuidad en el tratamiento de salud. En su momento se indicó que:

“En vista de ello, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de que son titulares los trabajadores que se hallen en estas condiciones, apareja para los empleadores el deber insoslayable de actuar con solidaridad, como se indicó en precedencia al abordar la protección que les asiste a las mujeres embarazadas, pese al desconocimiento del estado de gravidez por parte patrono”.

Ahora bien, al descender al particular bajo los anteriores parámetros, aun teniendo en consideración el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, la verdad es que no se encuentran medios de prueba que conduzcan a la convicción de que la sociedad Hotel de Pereira S.A. tenía conocimiento cierto del estado de salud del señor Juan Pablo Holguín López.

Es claro que en el proceso existe documental anterior a la fecha de la terminación del contrato del señor Holguín López que da cuenta de sus afecciones de salud. Resaltados por la *a* quo, son dicientes el reporte de estudio electro-diagnóstico de miembros superiores y la recomendación, obrante a folios 25 y 66, expedidas con fechas del 14 julio de 2011 y del 22 del octubre 2012, respectivamente, las cuales son concluyentes en determinar que el padecía una “*RADICULOPATIA SINDROME MIOFASCIAL Y TUNEL CARPIANO MODERADO BILATERAL*” y “*osteoartrosis de columna cervical y de rodilla derecha, se indica que su lugar de trabajo esté a temperatura ambiente o no menor a 20º C”*.

Empero no existe prueba fehaciente de que ello hubiere sido conocido por el Hotel de Pereira S.A., pues al consular la hoja de vida del actor aportada por esta entidad por orden oficiosa del juzgado, tales piezas se echan de menos y de acuerdo con la declaración de Jair Orlando Monsalve Muñoz -testigo postulado por el promotor de la litis- tampoco puede decirse que dichas patologías o le generarán al señor Holguín López una afectación notoria en su trabajo, toda vez que afirmó que mientras fueron compañeros de trabajo lo ejecutaba a cabalidad.

De lo único que existe certeza, pues unánimemente lo refirieron los declarantes, es que el Hotel de Pereira S.A. conoció sobre la cirugía realizada al trabajador por el diagnóstico de síndrome de túnel carpiano, en tanto le generó una incapacidad laboral de 30 días. Sin embargo, de este mero hecho no es posible inferir la necesidad de tratamientos adicionales y por lo mismo, no se encuentra razón para que 18 meses después, sin que mediaran otras incapacidades, el empleador debiese suponer o conocer que el trabajador continuaba con alguna enfermedad que lo ubicase en una condición de vulnerabilidad y lo hiciera sujeto de especial protección constitucional.

Agregando a lo anterior, no puede perderse de vista que la calificación de la pérdida de capacidad laboral es posterior a la terminación del contrato y lo mismo ocurre con las recomendaciones laborales y valoraciones médicas que acreditan la real condición de salud del actor.

De otro lado, tampoco se obvia que el desconocimiento del Hotel de Pereira S.A. bien puede calificarse como ignorancia supina, por cuanto pudo y debía conocer del estado de salud del trabajador en desarrollo del programa de salud y seguridad en el trabajo a que está obligado de acuerdo con las normas laborales; sin embargo, ello es presupuesto de otro tipo de actuaciones, como en las que se persiguen la reparación de perjuicios o sanciones administrativas y no de esta, en la que -como se dijo- se exige el conocimiento del empleador sobre estado de salud del trabajador.

Finalmente, tampoco sobra mencionar que no se advierte que tenga cabida una medida excepcional para la protección de los derechos fundamentales del actor en desarrollo del principio de solidaridad, pues como se sabe gracias al interrogatorio, labora el servicio de un ente territorial y se echan de menos circunstancias concretas que ameriten obviar el desconocimiento que el Hotel de Pereira S.A. alegó y que no fue desvirtuado por el accionante.

En conclusión, a pesar de considerar errado no conceder valor probatorio al dictamen de la Junta de Regional de Calificación de Risaralda, visto que el actor no probó que el Hotel de Pereira S.A. conocía su estado de salud y que de acuerdo con su historia clínica y los testimonios tampoco emerge que la afectación de la misma fuere notoria, se arriba a la conclusión de que no se reúnen los requisitos necesarios para activar la protección foral y así, quedan destinadas al fracaso la totalidad de las pretensiones de la demanda, como se determinó en la sentencia.

Fecha ut supra,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada