REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**EDWIN VELASCO VERGARA**
DEMANDADOS	**METRO CALI S.A**
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001-31-05-015-2018-00601-01**
INSTANCIA	**APELACIÓN AMBAS PARTES**
TEMAS Y SUBTEMAS	Contrato realidad Estabilidad laboral reforzada
DECISIÓN	**ADICIONA**

SENTENCIA No.153

Santiago de Cali, cuatro (04) de junio de dos mil veintiuno (2021)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 012 de 2021 se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN presentado por AMBAS PARTES contra la sentencia No. 335 del 7 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **EDWIN VELASCO VERGARA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **METROCALI S.A.** con el fin que: 1) se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, en calidad de trabajador oficial, desde el 17 de abril de 2013 y hasta el 30 de junio de 2017, el cual terminó por causa imputable al empleador, 2) que se declare que es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que el despido es ineficaz, en consecuencia, se ordene su reintegro con el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de cancelar, así como la indemnización equivalente a 180 días de salario de que trata el canon en mención, y además se efectúen los aportes de pensión a COLFONDOS, 3) subsidiariamente solicita de condene al pago de indemnización moratoria del art. 65 CST e indexación.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 5-38 demanda, 1261-1290 contestación demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 335 del 7 de octubre de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas y en su lugar, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 2013 al 30 de junio de 2017, el cual

fue terminado sin justa causa por parte de METROCALI estando el actor en estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

En consecuencia, condenó a METROCALI a reintegrar al señor EDWIN VELASCO VERGARA a un cargo de igual o superior jerarquía y salario, conforme las recomendaciones médicas a que hubiere lugar, sin solución de continuidad, desde la fecha de terminación hasta la fecha de su reintegro; asimismo, condenó a la entidad al pago de seguridad social y aportes a pensiones desde el 2013 hasta la fecha de reintegro del trabajador y las costas procesales, incluyendo como agencias en derecho la suma de $2.000.000.

Como argumento de su decisión, manifestó el *A quo* que no es objeto de controversia la prestación del servicio del demandante desde el 2013 hasta el 30 de junio de 2017, en el cargo de inspector de vías, y que para junio de 2017 el actor se encontraba en condiciones de salud especiales.

Expone que en los términos del artículo 24 CST, en el presente asunto se presume la existencia del contrato de trabajo, pues está demostrada la prestación del servicio por parte del señor EDWIN VELASCO VERGARA. Indica que la presunción estipulada en dicho precepto normativo no se desvirtuó, ya que las obligaciones del accionante como contratista incluían el cumplimiento de las normas del sistema de riesgos laborales y adicionalmente se le exigió asistir a varias reuniones que coordinaban los trabajadores de METROCALI. Así mismo, resalta que en el contrato se dispuso a cargo de METROCALI efectuar el control en el cumplimiento del objeto contractual, control sobre el desarrollo permanente del contrato, exigir la calidad y correcto funcionamiento de los servicios contratados, exigir informes, informar sobre la necesidad de modificaciones e impartir directrices, entre otros, de lo que se deriva una situación de subordinación.

Expone que a ningún contratista por prestación de servicios se le puede obligar a asistir a unas reuniones, pues ello no es propio de las relaciones civiles sino de las laborales como consecuencia de la subordinación.

Refiere que en el presente asunto no se solicitó el pago de prestaciones sociales para la vigencia del contrato declarado del 2013 a 2017, en tanto que solo se deprecó el reintegro, a lo cual se accede, ya que para el año 2017 el demandante contaba con una condición de salud especial que otorgaba una estabilidad laboral reforzada, sin que fuere necesario calificación previa conforme lo ha previsto la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la PARTE DEMANDANTE interpone y sustenta recurso de apelación solicitando se reconozca y pague los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante la relación laboral vigente de 2013 a 2017, por cuanto en realidad el demandante recibió una remuneración diferente a las acreencias reclamadas.

El apoderado de METROCALI S.A., interpone también recurso de apelación señalando que el juez de primer grado refirió que un contratista no puede ser parte del programa de riesgos, lo cual conforme la normatividad vigente del sistema de seguridad y salud en el trabajo es falso, pues todo contratista debe cumplir con esta normatividad para la empresa que lo contrató.

Indica que no quedó probado que la terminación obedeciera a una causal injusta, que, de hecho, del último contrato suscrito entre las partes, el cual no fue objetado, se desprende que el contrato se firmó sólo por el término de 4 meses conforme la sentencia de tutela, término que fue debidamente cumplido. Que incluso no fue objeto de la fijación del litigio la

existencia o no de justa causa de terminación del contrato, por lo que el juez de primera instancia se extralimita cuando lo determina así.

Frente al reintegro ordenado solicita se tenga en cuenta que la sentencia de tutela reconoció de forma temporal, por el término de 4 meses, que el contratista fuere reintegrado a sus labores, nunca mencionó término laboral, ni contrato ni prestaciones sociales, pues ello correspondía a la instancia ordinaria laboral, por lo que a su juicio no hay lugar al reintegro por haberse superado los 4 meses indicados por la sentencia de tutela. Afirma que la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que para que una persona tenga acceso a la estabilidad laboral reforzada se debe configurar una situación severa o profunda como se desprende de los principios generales de la ley 361 de 1997, pero como esa norma no definía los grados de pérdida de capacidad laboral, se apoyó en el Decreto 2463 de 2001, que estableció una graduación y dispuso que se entendía por discapacidad profunda aquella en que el afiliado sufre una pérdida de capacidad laboral superior a 50%, severa superior al 25% y moderada cuando sobrepasa el 15% y leve cuando es menor este porcentaje.

Agrega que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018 concluye que la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, aclarando que el demandante no se encontraba en situación de discapacidad al momento de terminar por expiración del plazo pactado el contrato de prestación de servicios, que lo que sanciona la ley es que el despido haya acaecido en razón de esa discapacidad, lo que trae implícita la discriminación, motivo este por el que una terminación del contrato por una razón distinta y objetiva es legítima, sin que el empleador o contratante debe solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para terminar el vínculo contractual, esto en el supuesto de una persona con discapacidad.

Expone que METROCALI respetó las incapacidades que tuvo el demandante y que le fueron presentadas, no hubo contratación por suspensión del mismo, dado que no hubo prestación de servicio por parte del actor, y agregó que en la actualidad es claro para la jurisprudencia que no toda persona que tenga una incapacidad por leve que sea, al momento de terminar el contrato, tiene derecho a la protección, pues en ese orden de ideas cualquier persona que pudiere acreditar una discapacidad de cualquier origen tendría derecho a un fuero y eso no es lo que busca la ley, pues lo que pretende es que aquellas personas que estén en discapacidad, que realmente tengan una afectación en su estado de salud, puedan acceder al derecho del trabajo.

ALEGATOS DE CONCLUSION SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal, la parte DEMANDADA presento alegatos, los cuales fueron considerados en esta instancia y pueden ser consultados en el expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema se circunscribe a establecer, en primer lugar, la modalidad o tipo de vinculación que existió entre el señor EDWIN VELASCO VERGARA y METRO CALI S.A. Definido esto, se procederá a determinar si para la fecha de terminación del contrato el señor VELASCO contaba con estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, si debía solicitarse autorización ante el Ministerio del Trabajo para la terminación de su contrato y al no haberse requerido la misma, si es o no procedente el reintegro.

De resultar avante lo anterior, ha de determinarse si constituye una pretensión nueva la petición de pagos de salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar por el demandante, según lo considerado por el a-quo

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS la decisión de esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación, restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL 2808-2018), con la salvedad hecha para los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017), según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003[1].

En primer término, se precisa que está probado en el proceso que:

(i) Entre el señor EDWIN VELASCO VERGARA y METRO CALI S.A. se suscribieron diferentes contratos de prestación de servicios de servicios de apoyo a la gestión, así:

No. Contrato	Fecha de suscripción	Plazo	Valor	Fl.
PS1.4.2-296-2013	17/04/2013	4 meses (17/08/2013)	$6.000.000	91 a 94
PS 1.4.2-506-2013	20/08/2013	3 meses (20/11/2013)	$4.500.000	83 a 86
917.104.2-50-2014	16/01/2014	4 meses (16/05/2014)	$6.000.000	177 a 181
Modificatorio No. 2 Contrato de prestación de servicios (Adición y prorroga) No. 917.104.2-50-2014	14/05/2014	Hasta el 30/06/2014	Adiciona el valor a $2.200.000	159 a 161
PS 917.104.2.392-2014	1/07/2014	2 meses (1/09/2014)	$3.000.000	162 a 166
Modificatorio No. 1 contrato de prestación de servicios 917.104.2-392-2014	29/08/2014	Hasta el 30/09/2014	$3.000.000	174 a 176
PS 917-104-2-830-2014	11/11/2014	Hasta el 30/12/2014	$2.500.000	167 a 173
917.104.2-42-2015	2/01/2015	Hasta el 30/04/2015	$6.000.000	418 a 427
Modificatorio No. 1 al contrato No. 917.104.2-42-2015	29/04/2015	Hasta el 31/05/2015	$1.500.000	428 a 430
917.104.2-286-2015	4/06/2015	Hasta el 31/10/2015	$7.500.000	413 a 417
Modificatorio No. 01 contrato de prestación de servicios (Adición y prorroga) No. 917.104.2-286-2015	22/10/2015	Hasta el 30 de diciembre de 2015	$3.000.000	410 a 412
PS 917.104.2-89-2016	4/01/2016	6 meses (04/07/2016)	$9.000.000	862 a 866
PS 917.104.2-500-2016	3/11/2016	Hasta el 30/12/2016	$3.000.000	867 a 874
PS 917.104.2-64-2017	20/01/2017	Hasta el 30 de junio de 2017	$9.630.000	1151 a 1155
917.104.2.574-2017	17/11/2017	4 meses	$6.420.000	1156 a 1160

(ii) Que el 11 de julio de 2016, se suscribió entre las partes acta de suspensión No. 1 al contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. PS 917.104.2.89.2016, lo anterior basado en la incapacidad medica del demandante del 8 de julio al 6 de agosto de 2016 (Fl. 861).

(iii) Que el 9 de agosto de 2016 se suscribió acta de reintegro entre las partes (fl. 875), en la que se indicó que en tanto no era posible adaptar las tareas del contratista de la oficina de control de la operación en la inspección y control de la flota del SITM-MIO, se le reubica por el término de 2 meses en actividades de archivo,

moderación de comunicación, atención de novedades y comunicados en el centro de control.

(iv) Que el 29 de noviembre de 2016, se suscribió entre las partes acta de terminación del contrato de prestación de servicios No. 917.104.2-89-2016 (fls. 859 y 860).

(v) Que el 30 de junio de 2017, se suscribió entre las partes acta de terminación de contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión No. 917.104.2-61-2017 (fl. 1150)

(vi) Que el señor EDWIN VELASCO VERGARA interpuso acción de tutela contra METROCALI solicitando el reintegro, pago de los dineros dejados de percibir y los sufragados por concepto de seguridad social, la cual terminó con sentencia No. 234 del 15 de noviembre de 2017, emitida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali (Fls. 1073 a 1078), que resolvió la impugnación interpuesta contra la sentencia No. 182 del Juzgado Décimo Civil Municipal de Cali (Fls. 1082 a 1086) y dispuso confirmar la orden de reintegro a favor del demandante en iguales condiciones a la labor que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato de prestación de servicios o que se le proporcione un trabajo compatible con sus capacidad y actitudes. Es preciso señalar que dicho amparo se concedió de manera transitoria por el término de 4 meses, tiempo dentro del cual el señor VELASCO debía inicial la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria laboral.

(vii) Que mediante oficio No. 917.102.1-1425-2018 del 23 de abril de 2018 (fl. 1232), METRO CALI S.A. informó al demandante que el fallo de tutela fue acatado por la entidad a través de la suscripción del contrato de prestación de servicios No. 917.104.2.574-2017 del 17 de noviembre de 2017 por el término de 4 meses, comunicándole que el mismo se encuentra terminado dado que ha fenecido el plazo de ejecución, el mismo fue suscrito en cumplimiento de los efectos transitorios ordenados mediante sentencia de tutela, los cuales igualmente ya fenecieron, en tanto no se inició ninguna acción judicial, en consecuencia, que no le continuarían efectuando el pago de seguridad social.

(viii) Que el demandante radicó a través de apoderado judicial reclamación administrativa de contrato realidad el 18 de julio de 2018 ante METRO CALI S.A. (Fls. 1246 a 1253), la cual le fue resuelta de manera negativa por la entidad por oficio 917.102.2-2716-2018 del 6 de agosto de 2018 (fl. 1245)

Inicialmente, se dispone la Sala a esclarecer lo respectivo al contrato de trabajo, para lo que es menester indicar que conforme lo establecido en el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, este nace a la vida jurídica cuando concurren los tres elementos que le son esenciales, a saber: La actividad personal del empleado, su subordinación respecto al empleador y retribución económica por la prestación del servicio. Ahora bien, para la declaración de un contrato de trabajo con la administración, se debe tener en cuenta que el artículo 20 del referido decreto, dispone que debe presumirse la existencia del contrato entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar tal presunción, como quiera que la misma es de orden legal y, por tanto, admite prueba en contrario.

Atendiendo que entre las partes se celebraron contratos de prestación de servicios, es menester hacer referencia a las particularidades de este tipo de contratación cuando la misma se da con el Estado, pues tiene características específicas. Se precisa que conforme lo estipulado en la RESOLUCIÓN 912.110.459 de 2018, METRO CALI es *"una sociedad por acciones, constituida por entidades públicas del orden municipal regidas por disposiciones legales aplicables a una EICE, entidad descentralizada del orden municipal, cuyo objeto principal es el diseño, construcción y puesta en marcha del Sistema Integrado de Transporte Masivo – SITM – MIO de la ciudad de Santiago de Cali."*

Pues bien, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de prestación de servicios de manera excepcional y para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, aclarándose que excepcionalmente se podrán celebrar con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

Sobre este último tópico la H. Corte Constitucional, en sentencia C-094 de 2003, indicó que el contrato de prestación de servicios es: "*…un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción*".

Adicionalmente, se ha dispuesto que la propia naturaleza de este tipo de contratación exige que éste sea temporal, celebrándose por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto acordado, pues de lo contrario: "*será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*" (Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997).

Igualmente, expuso la Corte Constitucional al realizar el estudio de exequibilidad de algunos apartes del numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 (Sentencia C-154 de 1997), que las características que definen e integran el contrato de prestación de servicios entre una persona natural y el Estado, son:

- Obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. Podrá tener como objeto la realización temporal de funciones administrativas.
- Amplio margen de discrecionalidad del contratista en la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor.
- Vigencia temporal, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Descendiendo al caso concreto, se evidencia que entre el señor EDWIN VELASCO VERGARA y METRO CALI SA., se suscribieron diferentes contratos de prestación de servicio, para ejecutar actividades de *apoyo a la oficina de control de operaciones adscrita a la Dirección de Operaciones de Metro Cali S.A. en las actividades relacionadas con la revisión e inspección diaria de la infraestructura del SITM-MIO y control de la flota en la vía y centro de control principal*, para los siguientes periodos:

No. Contrato	**Fecha de suscripción**	**plazo**	**Fl.**
PS1.4.2-296-2013	17/04/2013	4 meses	91 a 94
PS 1.4.2-506-2013	20/08/2013	3 meses	83 a 86
917.104.2-50-2014	16/01/2014	4 meses	177 a 181
Modificatorio No. 2 Contrato de prestación de servicios (Adición y prorroga) No. 917.104.2-50-2014	14/05/2014	Hasta el 30/06/2014	159 a 161
PS 917.104.2.392-2014	1/07/2014	2 meses	162 a 166
Modificatorio No. 1 contrato de prestación de servicios 917.104.2-392-2014	29/08/2014	Hasta el 30/09/2014	174 a 176
PS 917-104-2-830-2014	11/11/2014	Hasta el 30/12/2014	167 a 173
917.104.2-42-2015	2/01/2015	Hasta el 30/04/2015	418 a 427
Modificatorio No. 1 al contrato No. 917.104.2-42-2015	29/04/2015	Hasta el 31/05/2015	428 a 430

917.104.2-286-2015	4/06/2015	Hasta el 31/10/2015	413 a 417
Modificatorio No. 01 contrato de prestación de servicios (Adición y prorroga) No. 917.104.2-286-2015	22/10/2015	Hasta el 30 de diciembre de 2015	410 a 412
PS 917.104.2-89-2016	4/01/2016	6 meses	862 a 866
PS 917.104.2-500-2016	3/11/2016	Hasta el 30/12/2016	867 a 874
PS 917.104.2-64-2017	20/01/2017	Hasta el 30 de junio de 2017	1151 a 1155
917.104.2.574-2017	17/11/2017	4 meses	1156 a 1160

Así entonces, se tiene que el demandante suscribió 15 contratos de prestación de servicios con METRO CALI S.A., para la ejecución de actividades de *apoyo a la oficina de control de operaciones adscrita a la Dirección de Operaciones de Metro Cali S.A.* , en la que le correspondía atender labores como operador o inspector de vías, reportando las novedades que se presentaran en el servicio, por un periodo de casi 4 años, esto sin contar las contrataciones del año 2017 que sobrevinieron como consecuencia de la acción de tutela interpuesta por el demandante y su condición de salud, aspecto que comienza a develar la existencia de un contrato de trabajo disimulado por la entidad demandada mediante vinculaciones por prestación de servicios, pues se denota en primer lugar que su actividad no se trataba de aquellas que por su especialidad exigiera la contratación de personal con cualificación o experticia particulares, por no contarse con el mismo entre la planta de personal, ni tampoco que se dio para atender una situación de insuficiencia de personal, de cara a un incremento de la demanda de servicios en un periodo determinado, situaciones que son las que justifican que se acuda a la contratación de personal por prestación de servicios.

En este sentido se advierte a la luz del artículo 32 de la ley 80 de 1993, como elementos que caracterizan este tipo de contratos, que tienen por objeto "*desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados*"; y que no pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2º. Del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Sobre el carácter esencialmente temporal del contrato de prestación de servicios, se ha relievado por el Consejo de Estado, que es precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las características atrás anotadas, las que previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, recalcando el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.

Continuándose con el examen del material probatorio, a folios 58 a 61 se aportó informe del 27 de diciembre de 2013 presentados por el demandante al señor Diego Sandoval, respecto de los hechos acaecidos en la fecha (fls. 57 a 61). A folios 62 a 67, 73, 79, 99, 111, 154 se allegaron correos electrónicos a través de los cuales se citaban a los inspectores a reuniones o capacitaciones con carácter obligatorio. Correo de informes de novedades e inasistencia a reunión remitido correo electrónico por el actor al señor Diego Fernando Valencia Ortiz (Fls. 74 y 75). A folios 104 a 106, 109 a 110, 115, 131, 135, 151 se aportaron correos electrónicos de citación a reunión con el fin de tratar temas relativos a las operaciones, novedades y otras para los días 13 de febrero de 2014, 26 de marzo de 2014, 29 de abril de 2014, 24 de junio de 2014, 11 de agosto de 2014, 28 de agosto de 2014, 13 de noviembre de 2014, 1 de octubre de 2014 16 a 18 de septiembre de 2014. A folios 267 a 269, 284, 291, 292, 298, 301, 310, 319, 358, 369, 376, 378, 379, 381, 407 se aportaron correos electrónicos de citaciones a reuniones sobre operación programadas para el año 2015. A

folios 721, 723, 725 a 727, 729, 731 a 733, 737, 741, 473, 744, 749, 750, 768, 773, 779 a 781, 788 correos electrónicos de citaciones del año 2016 a reuniones operacionales y a folios 1087 a 1089, 1092 a 1098 las del año 2017.

A folio 76 a 78 se encuentra correo electrónico remitido por METROCALI a varios trabajadores, entre otros al actor, con asunto *tratamiento a reportes y registro en la bitácora operativa* en el cual dan instrucciones sobre registro de novedades operativas.

A folios 81, 82, 87 a 90, 107 a 108, 114, 116 a 117, 136, 142 a 147, 149 a 150, 156, 157, 328, 338, 339, 397, 398 se encuentra reportes de accidentes de tránsito en los que se veían involucrados buses del sistema masivo, los que fueron suscritos por el demandante, con el respectivo registro fotográfico.

A folios 96 y 97 se aporta informe de actividades del contrato de prestación de servicios No. PS 917.104.2.850-2014 periodo comprendido de: 1 al 30 de diciembre de 2014. A folios 100 a 102 informe de actividades del contrato de prestación de servicios No. PS 917.104.2.830-2014 periodo comprendido de: 10 al 30 de noviembre de 2014, a folios 270 a 276 del periodo 1 a 30 de octubre de 2015.

A folio 113 se allegó correo electrónico remitido por el demandante al señor Tito Garzón el día 7 de agosto de 2014 (fl. 113), solicitando se le concediera un descanso para el día 16 de agosto a fin de cumplir compromiso personal. A folio 125 correo electrónico del 13 de mayo de 2015, donde se solicita intercambio de funciones con el inspector I37 para el jueves 15 de mayo, indicando que se había dialogado con el compañero quien estuvo de acuerdo. A folio 148 correo electrónico donde el accionante solicita al señor Tito Garcés se le concediera días libres el 22 y 23 de febrero de 2014. A folio 279 se encuentra correo electrónico dirigido al señor Tito Garcés, por el demandante, en el que le solicita se le programe turnos am y pm para poder asistir a clases. A folio 280 se observa autorización para cambio de turno con el compañero I30 para el día 23 de octubre de 2015. A folio 293 solicitud para que se le conceda al actor 5 días para descansar, de fecha 24 de septiembre de 2015. A folio 316 se encuentra solicitud para cambio de turno para el 12 de agosto de 2015. A folio 326 petición programación descanso para el 19 y 20 de julio de 2015. A folios 367 y 368 se evidencia reporte de cambio de turno del actor del 29 a 30 de abril de 2015. A folio 389 solicitud de programación de turno teniendo en cuenta cita odontológica a las 6 pm. A folio 396 se encuentra solicitud de autorización de cambio de turno para el 21 de febrero de 2015 con otro compañero, el cual fue autorizado por el señor Tito Fernando Garzón Benavidez. Solicitud de permiso para el 25 de febrero de 2015 (fl. 399). A folio 787 se aportó correo electrónico del 17 de febrero de 2016, en el que el actor solicita al señor Garzón autorización para cambio de turno con otro compañero. A folio 789 correo electrónico del 1 de febrero de 2016, en el que solicita se programe descanso para el día 12 de febrero de dicha anualidad.

A folios 127 a 130, 137, 138, 139, 140, 158, 277, 278, 283, 321, 325, 327, 332, 333, 349, 350, 359, 370, 400 a 402, 408, 790 y 791, se encuentran diferentes correos electrónicos enviados por el demandante al señor Tito Garcés informando sobre novedades o reportes de la operación del sistema. A folio 409 se encuentra citación a socialización del reglamento del centro de control de la operación del SITM-MIO para el 9 de enero de 2015 de 9 a.m. y 2:30 pm.

A folio 152 se aportó correo electrónico remitido por el demandante al señor Tito Garcés, en el cual le manifiesta que el día 3 de febrero de 2014, fue contactado por el centro de control preguntándole dónde encontraba, momento en el que estaba haciendo unas diligencias personales, pues se equivocó al revisar los turnos, y no se percató que ese día estaba programado en la mañana en la estación 7 de agosto.

A folios 183 a 254, se allegó reporte de actividades del CCO del año 2014, en el que se identifican los turnos del actor; a folios 436 a 716 el del año 2015, a folios 876 a 1068 el del año 2017 y a folios 1161 a 1230 el de 2017.

A folios 256 a 260 se encuentra informe de actividades contrato de prestación de servicios No. PS 917.104.2.286-2016 periodo comprendido de: 1 al 30 de diciembre de 2015, presentada por el demandante al jefe de la Oficina de Control de la operación. Asimismo, a folios 261 a 265 se evidencia informe de actividades contrato de prestación de servicios No. PS 917.104.2.286-2016 periodo comprendido de: 1 al 30 de noviembre de 2015, del periodo 1 a 30 de septiembre de 2015 (fls, 285 a 290), del 8 a 15 de septiembre de 2015 (fls. 296 a 297), primera y segunda semana de septiembre de 2015 (fls. 299, 300, 302 a 303), de agosto de 2015 (Fls. 304 a 309), del 8 a 14 de agosto de 2015 (Fls. 313 a 315), 1 a 7 de agosto de 2018 (fl. 318), del 25 a 31 de julio de 2015 (fl. 323 y 324), del 5 al 11 de julio de 2015 (Fls. 330 y 331), del 1 a 5 de julio de 2015 (Fl. 337), del 4 a 30 de junio de 2015 (fls. 340 a 345), 29 de junio de 2015 (fl. 347 y 348), del 1 a 30 de mayo de 2015 (Fls. 351 a 357), 1 a 30 de abril de 2015 (Fls. 360 a 366), 26 a 30 de marzo de 2015 (fls. 371 a 375), del 9 a 15 de marzo de 2015 (Fls. 382 a 384), del 1 a 7 de marzo de 2015 (fls . 386 a 388), 20 a 28 de febrero de 2015 (Fls. 391 a 393), del 2 a 30 de enero de 2015 (fls. 403 a 406).

A folios 718 a 720, se observa informe de actividades del contrato de prestación de servicios No. PS 917.104.2.500-2016 para el periodo de diciembre de 2016; asimismo, se aportó informe de actividades del contrato de prestación de servicios No. PS 917.104.2.89-2016 para el periodo de 9 a 31 de agosto de 2016 (fls. 746 a 748), 1 a 11 de julio de 2016 (fls. 766 a 767), abril de 2016 (Fls. 770 a 772), marzo de 2016 (fl. 774 a 776), febrero de 2016 (fls. 782 a 786), 9 a 16 de enero de 2016 (Fls. 794 y 795), 1 a 7 de enero de 2016 (fls. 797 y 798

A folio 730 se evidencia correo electrónico remitido por el demandante al señor Tito Garzón, en la que informa que en la cita médica del viernes 21 de octubre de 2015 le dieron incapacidad medica por 4 días y le asignaron cita con el medico laboral para el lunes 24. A folio 735 se evidencia correo electrónico del 10 de octubre de 2016 que envió el demandante al señor Tito Garzón informándole sobre incapacidad médica; asimismo, se observa correo del 13 de septiembre de 2016 y 30 de marzo de 2016 (fl. 777), igualmente con incapacidad médica.

A folio 1090 se evidencia misiva del 17 de julio de 2017, en la que se certifica la entrega de dotación, correspondiente a 2 chalecos color verde código inspector I06, 3 camisas tipo polo con el código del inspector I06, 1 gorra, 1 carnet de identificación, 1 carnet de funcionario para acceso a las estaciones y 1 carnet de acceso a las puertas electrónicas de la empresa.

A más de lo anterior, se encuentran las declaraciones de los señores James Willches Vásquez y Víctor Jaime Ruiz Hernández, de las cuales es menester resaltar, lo siguiente:

El señor James Willches Vásquez (Min. 12:50 a 27:53, CD fl. 1332), indicó que trabajó en METROCALI desde junio de 2013 hasta junio de 2017, en apoyo al sistema masivo en la revisión diaria de la infraestructura bajo un contrato de prestación de servicios, donde conoció al demandante, quien se desempeñaba en las mismas funciones como operador de vías. Refiere que dentro de las funciones estaba reportar a la central de vías las novedades en la vía y a cada uno de los inspectores les asignaban zonas y los rotaban por turnos, debiendo cumplir estos conforme la planilla que les enviaban por correo electrónico. Informó que no se podía asignar a una tercera persona para cumplir la labor contratada, porque así lo prohibía el contrato y además no la dejaban ingresar por la portabilidad de los implementos de identificaciones, que incluso debían recoger un radio.

Manifestó que constantemente les hacían llamados de atención por medio de comunicación donde les hacían descargos, que a esto le llamaban relación de novedades, por llegar tarde al punto de trabajo, por haber incurrido en mala información, por no presentar los respectivos informes, indicando el testigo que varias veces le llamaron la atención por eso. Asevera que a todos les entregaban dotación, que eran unos busos y unos chalecos que portaban con carnet que los hacía identificar como funcionarios de METRO CALI, que se los entregaban cada 6 meses o un año y se firmaban unas planillas y además debían recoger diariamente al inicio de turno un radio por el cual debían responder y se entregaba al compañero que lo relevaba.

Señala que cuando ingresaban a METROCALI empezaban una etapa de inducción tanto en la vía como en centro de control de la operación, que incluso recién entraban debían ir a capacitación de 6 am a 2 pm. Expuso que debían rendirle informes al señor Tito Fernando Garzón Benavidez, quien les hacía relación de novedades o descargos, era el jefe inmediato de los Operadores de vías.

Expone que no podían hacer cambios de turno porque eso lo generaba el ingeniero Tito Fernando a través de un sistema y en el evento que quisiera cambiar el turno de la mañana a la tarde, debía hacerlo con previo aviso informándole al supervisor, solicitando el cambio de turno o del día de descanso con otro compañero.

El señor Víctor Jaime Ruiz Hernández (Min. 28:39 a 39:13, CD fl. 1332), expuso que laboró para METROCALI aproximadamente desde febrero de 2012 hasta octubre de 2018, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, en el cargo de controlador de operaciones, que era donde se recibía toda la información de las vías. Que en virtud de dicha vinculación conoció al demandante, quien se desempeñaba como inspector, cargo en el que le correspondía recorrer las vías temprano para validar que todo esté bien para la operación del masivo. Señaló el testigo que le hacía al actor el reporte de entrada y salida, porque el jefe así se lo decía, que se registraba además el retiro del equipo AVANTEL para la labor que desarrollaba. Sostiene que el inspector no tenía un lugar fijo, que dependía del jefe de operaciones, que al actor le podían decir que se quedara fijo en alguna estación, y después ordenarle que se trasladara a otra.

Informa que a todos los trabajadores les entregaban chalecos y cada 6 meses les daban otros, además de gorras y sistemas de comunicación propios de la empresa; pone en conocimiento el testigo que en dos oportunidades por no llevar el chaleco lo sacaron de la sala de control; que les llamaban la atención y les hacían citación. Señala que los inspectores por cámara se les hacía el seguimiento que llevaran el chaleco, porque si no se le decía al supervisor y lo retiraban del turno.

Manifestó que casi cada 8 días tanto a los inspectores como a los de control los hacían asistir a capacitaciones y que la no asistencia era motivo de llamado de atención. Indica que presenció que al actor le hicieron llamados de atención, porque lo vio en el cuarto donde estaba el señor Tito Garzón, y todos sabían que al que llamara allá era porque iba a descargos. Expuso que el reporte de salida se los hacía a los inspectores en ocasiones a la 1 am y las citaciones a capacitaciones las hacían para las 7 am, que incluso el testigo en ocasiones tuvo que quedarse post turno.

De lo anterior se desprende entonces que el demandante debía prestar sus servicios de manera personal, cumpliendo los turnos dispuestos por METRO CALI S.A., quien llevaba un registro de la hora de entrada y salida; que debía el accionante solicitar previamente autorización a su jefe inmediato para cambio de turnos, permisos y asignación de días de descanso; que empleaba el actor implementos de trabajo que eran suministrados por la entidad accionada, sin dejar de lado además que estaban sometidos al poder disciplinante de la misma. Incluso se refiere por los testigos que la asignación del lugar de trabajo era

discrecional por parte de METRO CALI S.A., quienes disponían el sitio al que debía desplazarse el señor VELASCO; y adicionalmente, era obligatoria la asistencia del actor a las capacitaciones y la presentación de informes de tareas realizadas mensualmente.

En línea con lo anterior, repasando las sub-reglas expuestas por la Corte Constitucional relativas al contrato de prestación de servicios con el Estado, se encuentra que es connatural a este tipo de contrato que el contratista tenga un amplio margen de discrecionalidad respecto a los métodos y medios que tiene a su disposición para ejecutar el objeto contractual, de manera que no éste sujeto a superiores o jefes inmediatos que le indiquen en su devenir diario el adecuado ejercicio de sus labores, dado que se debe a su conocimiento especializado, el cual no ostenta ningún otro de los empleados de planta, que se han contratado sus servicios.

Adicionalmente, la labor encomendada al demandante estuvo lejos de ser consecuencia de una necesidad temporal y extemporánea, pues permaneció laborando para METRO CALI S.A. por aproximadamente 4 años, a través de contratos de prestación de servicios consecutivos, de manera que no fue contratado por aptitudes especiales o por ejercer profesiones liberales, ni tampoco sus servicios fueron relacionados con un periodo específico, ligado a un propósito determinado.

Como se indicó anteriormente "*La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido*.", pues de lo contrario, si las necesidades del servicio pierden su carácter excepcional y temporal para tornarse permanentes, como en el caso concreto que llevan desempeñándose por un periodo de cuatro (4) años aproximadamente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política.

En este orden de ideas, habrá de confirmarse la declaratoria de contrato de trabajo. Se precisa que en esta instancia judicial en virtud al principio de consonancia no se analiza lo relativo a los extremos temporales del vínculo laboral dado que ello no fue objeto de alzada por las partes.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada que protege a las personas en estado de debilidad, se comienza por destacar que al tenor del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, queda restringida la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido que tiene que ser autorizado por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario, la terminación del vínculo laboral no produce ningún efecto.

Ahora bien, esta Sala de Decisión para definir quiénes son los beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el principio de buena fe, una de las cuales es que el empleador conozca o deba conocer el estado de discapacidad del trabajador en el momento de terminar la relación de trabajo, pues si la ignora no se puede alegar que se violó el citado fuero o que se vulneró la protección laboral reforzada, por cuanto no puede perderse de vista que una de las exigencias normativas establecidas en el citado artículo 26, es que la terminación del contrato se produzca por razón de la limitación, lo que presupone el conocimiento previo por parte del empleador, así como el reconocimiento de la deficiencia física y/o mental alegada y el nexo causal entre esta y la desvinculación laboral, criterio que se dejó sentado por la Corte Constitucional en sentencia T–519 de 2003.

La Corte Constitucional a través de la sentencia SU-049 de 2017, en criterio que comparte esta sede judicial, ha señalado que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada también es predicable frente a quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina

del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

En esos términos, tenemos que son cuatro los presupuestos para que un trabajador goce de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; *primero*, debe padecer una limitación de salud, ya sea física o mental; *segundo*, dicha limitación de salud debe impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares; *tercero*, el empleador debe conocer el estado de salud del trabajador y; *cuarto*, la terminación del contrato de trabajo debe darse con ocasión y causa de esa limitación a la salud, es decir, debe existir nexo causal entre la afectación de salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al tratar la estabilidad laboral reforzada en sentencia SL6850-2016, concluyó lo siguiente:

> *"(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".*

En este orden de ideas, es claro que la garantía de estabilidad laboral reforzada por condición de discapacidad va encaminada a la protección del trabajador que es despedido en razón a dicha limitación, mas no da cobertura para aquellos escenarios en que pese a que el trabajador presenta una incapacidad su despido no deviene con ocasión de esta, sino por razones objetivas, las cuales deberán ser demostradas por el empleador, so pena de la presunción de discriminación.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra que METRO CALI S.A. se opone a que se declare como sujeto de especial protección al señor EDWIN VELASCO VERGARA, aduciendo que conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia para que una persona tenga acceso a la estabilidad laboral reforzada debe configurar una situación severa o profunda, en los términos del Decreto 2463 de 2001, que dispuso que se entendía por discapacidad profunda aquella en que el afiliado sufre una pérdida de capacidad laboral superior a 50%, severa superior al 25% y moderada cuando sobrepasa el 15% y leve cuando es menor este porcentaje. Asimismo, indicó que en los términos de la sentencia SL1360 de 2018, la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que el despido haya acaecido en razón a una discapacidad, lo que trae implícita la discriminación, y que en consecuencia una terminación del contrato por un motivo distinto y objetivo es legítimo, sin que el empleador o contratante debe solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para dicha terminación.

En el acervo probatorio se evidencia historia clínica del señor EDWIN VELASCO VERGARA (fls. 799 a), de la que se resalta frente a los hechos materia de debate lo siguiente:

A folio 832 a 851, se observa registro de atención en Clínica Versalles del 25 de febrero de 2016, por accidente de tránsito sufrido por el demandante, en la que se indicó como enfermedad actual "*accidente de tránsito de 1 hora de evolución en moto vs moto en calidad de conductor, con volcamiento y traumatismos y múltiples escoriaciones en miembros superiores, dolor y deformidad en pierna izquierda, tercio medio y perdida de conciencia, traslado por paramédicos para valoración"*; con fecha de egreso 29 de febrero de 2016. A folio 28 se aportó incapacidad medica con vigencia del 25 de febrero al 25 de marzo de 2016.

A folio 830 se anexo consulta del 29 de marzo de 2016, con motivo de consulta post operatorio, con plan de terapia física de 15 días e incapacidad a partir del 26 de marzo de 2016. Aparece a folio 831 incapacidad medica por 30 días del 26 de marzo al 24 de abril de 2016.

A folios 828 a 829, se aportó registro de atención del 19 de mayo de 2016 EPS SOS, con motivo de consulta fractura, remitido de la clínica Versalles por superar tope SOAT, en la que se registró como análisis y conducta: "*paciente con fractura por accidente de tránsito ya se terminó cupo de soat, anexa carta, por lo que inicia tramite por EPS, ya tiene cita con ortopedia para el 10.06.2016. No tiene orden de apoyo en última historia de ortopedia y se encontraba con incapacidad. Ahora persiste con dolor, sin cambios inflamatorios, se da incapacidad por 22 días hasta el día de la valoración por ortopedia, se indica que debe asistir a esta cita, esto con el fin de evitar procesos de mala consolidación y comorbilidades asociadas".* A folio 827 se observa incapacidad medica del 19 de mayo al 9 de junio de 2016, a folio 825 del 11 a 14 de junio de 2016. En evolución del 17 de junio de 2016 por ortopedia se indicó prorroga de incapacidad por 30 días (fl. 823 y 824), con fecha de inicio 15 de junio de 2016.

El 8 de julio de 2016 el actor consultó al servicio de urgencias por presentar dolor en la pierna izquierda (fls. 821 a 822), cuyo plan de manejo fue: "*paciente se indic apoyo parcial del peso TAC de rodilla valoración con Dr Zuluaga paciente que quiere reiniciar labores puede reingresar con las siguientes restricciones 1 puesto de trabajo de baja demanda física sentado 2 usar dos muletas 3 pausas activas de 5 minutos cada hora 4 no cargar más de 5 kils".* A folio 820 se encuentra incapacidad medica por 30 días del 8 de julio de 2016 al 6 de agosto de la misma anualidad.

A folio 816 registra incapacidad medica por 30 días del 7 de agosto al 5 de septiembre de 2016. A folio 817 se encuentra registro de cita con ortopedia del 9 de agosto de 2016, en la que se indica: "*paciente puede realizar actividades de baja demanda, no debe cargar objetos pesado trabajar en alturas o corres no debe estar parado más de dos horas"*.

El 6 de octubre de 2016 el accionante tuvo control con la especialidad de ortopedia (fl. 812), quien fijo como plan: "*se considera requiere drenaje de absceso en pierna y valoración por urgencias de presentar fistula. Para el manejo de su deformidad y por antecedente de infección en sitio operatorio se considera retiro de material de osteosíntesis y fijación externa para corrección progresiva de la deformidad. Re inicio de terapia antibiótica supresiva. Se recomienda reingreso laboral con restricción para alzar objetos pesados. Se da orden control para valoración por medicina laboral"*.

A folio 811 registra incapacidad medica del 7 de octubre de 2016 al 10 de octubre de 2016, por presentar absceso a nivel de miembro inferior.

El 21 de octubre de 2016 el actor asiste a la EPS para lectura de paraclínicos (fls. 808 a 809), fijándose como análisis y conducta: "*paciente quien cursa al momento hemodinamicamente estable, afebril, paciente quien refiere que fue citado por traumatólogo para una nueva intervención qx para colocación de tutores externos, paciente refiere dolor al realizar actividades, a realizar palpación a nivel de miembro inferior izquierdo se evidencia reblandecimiento, por lo que se explica al paciente la importancia de continuar tto instaurado por traumatólogo (…) acudir a cita con traumatología y ortopedia valoración por medicina laboral el día lunes 24-10-16 18:30 pm incapacidad medica por 4 días*". A folio 807 se observa incapacidad medica por el periodo del 21 a 24 de octubre de 2016.

El 24 de octubre de 2016 el actor asiste a consulta a la EPS SOS (fl. 805 y 806), en la que se plasmó: "*paciente con antecedente de fractura de tibia, ahora con absceso que se encuentra en tratamiento, ha presentado mejoría sintomática, pero persiste con calor en el area, por lo que se cita a control en 48 horas con medicina general con hemograma y PCR. Se da prorroga de incapacidad por 2 días"*. A folio 804 se encuentra incapacidad medica con vigencia del 25 y 26 de octubre de 2016.

El 27 de octubre de 2016 asistió el demandante a consulta con medicina general de la EPS SOS (fls. 801 a 803), en la que se indicó: "*paciente con antecedente de fractura, radiografía no muestra osteomielitis, se encuentra en control con ortopedia, solicito valoración por equipo interdisciplinario para considerar terapia y a petición del paciente un nuevo concepto relacionado con lo referido por ortopedia en cita anterior, paraclínicos no muestras infección activa, se encuentra leucopenia en el hemograma, se revisan hemogramas y desde hace 1 año presenta igual cuadro se considera estudiar posteriormente, se suspende terapia antibiótica por haber presentado reacción alérgica a ambos esquemas antibióticos, se da prorroga de incapacidad por 5 días"*.

El 31 de octubre de 2016 asiste a control de incapacidad el actor en la EPS SOS (fls. 799 y 800), en la que se puso de presente la ocurrencia de accidente de tránsito el 25 de febrero de 2016 con fractura de tibia y peroné proximal, tratado con cirugía. En el análisis y conducta se indicó: "*paciente con antecedente de fractura, radiografía no muestra osteomielitis, se encuentra en control con ortopedia, se encuentra pendiente valoración por equipo interdisciplinario para considerar terapia y a petición del paciente un nuevo concepto relacionado con lo referido por ortopedia en cita anterior la cual está programada para el 04/11/2016 paraclínicos no muestras infección activa. Paciente que ya ha sido reintegrado por ortopedia, por lo que no se da prorroga de incapacidad"*.

El actor continuó con su tratamiento médico, al punto que se observa las siguientes consultas:

El 4 de enero de 2017 el demandante asiste a servicio de urgencias por absceso en la pierna (fl. 1133). A folio 1132 se observa certificado de incapacidad del 4 a 6 de enero de 2017.

El 10 de abril de 2017 el actor tuvo consulta con su médico tratante de ortopedia (fl. 1131), quien sostuvo que el manejo de la deformidad y antecedente de la infección se considera debe ser el retiro de material de osteosíntesis y fijación externa para corrección progresiva e indicó "*paciente que se valora el día de hoy el mismo presenta ya fistula cerrada, no se evidencia datos de infección mejor consolidación ósea en tibia, por lo que el paciente no está seguro de realizarse procedimiento para fecha en que se encuentra programado y decide aplazar cirugía"*.

El 21 de junio de 2017 el actor tuvo consulta con la especialidad de ortopedia (fls. 1126), quien indicó como conducta: 1 procedimiento quirúrgico el 29 de junio de 2017, seguimiento con medicina laboral de EPS, control de caso.

El 13 de julio de 2017 el demandante asiste a cita de control (fl. 1122), cuyo análisis y conducta fue: "*paciente que en febrero 216 sufre fractura de tibia y fíbula izquierda por accidente de tránsito, con recuperación tórpida con deformidad en consolidación y tiene CIAT programada para cirugía de corrección y asiste a prorroga de incapacidad que se vence ayer, ingresa por sus propios medios con ayuda de bastón, tiene cita pendiente por medicina laboral, se da prorroga de incapacidad, pero se da en sistema como inicial pues aquí no se había otorgado dicha incapacidad en su primera ocasión pues la dio el ortopedistas tratante el cual trae con vencimiento del día 12 de julio de 2017, se da incapacidad hasta cita con medicina laboral a final de mes".* A folio 1121 se aportó incapacidad medica del 13 de julio a 29 de julio de 2017 prorroga.

El 31 de julio de 2017, tiene nueva cita el demandante con medico ocupacional (Fl. 1125), en cuyo resumen de epicrisis se indicó: "*paciente quien venía laborando con restricciones, la empresa termina contrato, tiene pendiente nuevo procedimiento quirúrgico para retiro de material de osteosíntesis, manifiesta dificultades económicos por terminación de contrato, se estima pérdida de capacidad superior al 5% pero inferior al 50%, es decir, enfermedad no invalidante pero si con incapacidad permanente parcial. Requiere restricciones mas no incapacidad, en el momento con cirugía pendiente por lo que doy prorroga de incapacidad por 30 días. Las incapacidades serán emitidas por medicina del trabajo. Control 30 días.".* A folio 1119 se evidencia certificado de incapacidad del 30 de julio al 28 de agosto de 2017.

El 8 de septiembre de 2017 (fls. 1120), el demandante asiste a seguimiento de ICP por diagnóstico de fractura de tibia izquierda en accidente de tránsito el 25-02-2016, cuyo plan terapéutico incluyó: "*paciente quien venía laborando con restricciones, la empresa termina contrato. Manifiesta dificultades económicas por terminación de contrato, se estima pérdida de capacidad inferior al 50%, es decir, enfermedad no invalidante, pero con incapacidad permanente parcial, requiere restricciones mas no incapacidad. La inactividad laboral es un factor de mal pronóstico, ya que se genera desacondicionamiento físico, periodos de aislamiento social, y como se evidencia en la evolución clínica no genera alivio de los síntomas. Además, el paciente presenta dolor el cual es molesto, pero no genera invalidez, por tal motivo el puede estar laborando con restricciones propias del caso, previo concepto del sistema de gestión y salid del trabajo".*

24 de octubre de 2017 (fl. 1117), en la que se consignó en el resumen de plan terapéutico: "*paciente quien venía laborando con restricciones, la empresa termina contrato. Manifiesta dificultades económicas por terminación de contrato, se estima pérdida de capacidad inferior al 50%, es decir, enfermedad no invalidante, pero con incapacidad permanente parcial, requiere restricciones laborales las cuales deben ser emitidas por el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo de la empresa".*

Igualmente se observa consulta del 11 de noviembre de 2017 (fl. 1115 y 1116), con prorroga de incapacidad desde el 9 de noviembre hasta el 8 de diciembre de 2017.

A folio 1113, se observa consulta con la especialidad de ortopedia del 17 de noviembre de 2017, en la que: *se genera incapacidad a partir del 9 de diciembre hasta el 7 de enero de 2018.*A folio 1112 igualmente hay registro de consulta con la especialidad de ortopedia adelantada el 18 de diciembre de 2017, cuyo análisis fue: *"paciente en proceso de corrección gradual de deformidad en tibia proximal, se solicita radiografía panorámica para evaluación de longitud de la extremidad y de la deformidad de la tibia. Se continuo alargamiento óseo de ¾ de mm por día por 15 días".*

De conformidad con lo anterior, es evidente que el señor EDWIN VELASCO VERGARA luego del accidente de tránsito sufrido el 25 de febrero 2016, debió someterse a

diferentes terapias, cirugías y demás tratamientos con la finalidad de recuperar su capacidad laboral, los cuales incluso se evidencia en la documental continuaron hasta abril del año 2018 (fls. 1234 a 1240), expresándose por el medico ocupacional que la pérdida de capacidad laboral oscilaba entre el 5% y menos del 50% y que las secuelas del accidente le generaron una pérdida de capacidad permanente parcial.

Adicionalmente, se observa que al actor se le dieron unas recomendaciones laborales por el médico tratante el 8 de julio de 2016 (fls. 821 a 822), cuyo plan de manejo fue: "*paciente se indica apoyo parcial del peso TAC de rodilla valoración con Dr Zuluaga paciente que quiere reiniciar labores puede reingresar con las siguientes restricciones 1 puesto de trabajo de baja demanda física sentado 2 usar dos muletas 3 pausas activas de 5 minutos cada hora 4 no cargar más de 5 kilos".*

En este punto debe señalarse que para la fecha del accidente de tránsito - *25 de febrero de 2016*, se encontraba ejecutando el demandante el contrato PS 917.104.2-89-2016 (fls. 862 a 866), cuya vigencia era del 4 de enero de 2016 al 4 de julio de la misma anualidad, la que luego se amplió al 30 de agosto de 2016, mediante modificatorio No. 2 del 29 de junio de 2016. Dicho contrato fue suspendido el 11 de julio de 2016 mediante acta No. 1 (fl. 861), lo anterior basado en la incapacidad medica del demandante del 8 de julio al 6 de agosto de 2016, la que se aportó a folio 820.

En consecuencia, luego de haberse emitido las recomendaciones laborales ya mencionadas, el demandante celebra acta de reintegro con METRO CALI S.A. el 9 de agosto de 2016 (fl. 875), en el que se indicó que en tanto no era posible adaptar las tareas de contratista de la oficina de control de la operación en la inspección y control de la flota del SITM-MIO, se le reubica por el término de 2 meses, esto es, hasta el mes octubre de 2016 en actividades de archivo, moderación de comunicación, atención de novedades y comunicados en el centro de control; labores que desempeño el demandante hasta el 29 de noviembre de 2016 data en que se suscribió acta de terminación del contrato de prestación de servicios No. 917.104.2-89-2016 (fls. 859 y 860). De acuerdo con consulta del 31 de octubre de 2016 (fls. 799 y 800), el demandante para esa data se encontraba aun en control por ortopedia con ocasión del accidente sufrido en febrero de 2016.

Posteriormente, el 3 de noviembre de 2016 se celebró entre las partes el contrato PS 917.104.2-500-2016, cuya vigencia fue hasta el 30 de diciembre de 2016 (fls. 867 a 874) y luego el contrato PS 917.104.2-64-2017 con vigencia a partir del 20 de enero de 2017 (Fls. 1151 a 1155), respecto del cual se celebró entre el actor y METRO CALI S.A. el 30 de junio de 2017 acta de terminación de contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión No. 917.104.2-61-2017 (fl. 1150). Para esta última data el señor VELASCO tenía pendiente la realización de procedimiento quirúrgico y además seguimiento por medicina laboral, conforme se desprende de las consultas con ortopedia del 21 de junio de 2017 (fls. 1126) y de medicina general del 13 de julio de 2017 el demandante asiste a cita de control (fl. 1122).

A continuación, el señor EDWIN VELASCO VERGARA interpuso acción de tutela contra METROCALI en virtud de la cual se profirió la sentencia No. 234 del 15 de noviembre de 2017 por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali (Fls. 1073 a 1078), que resolvió la impugnación interpuesta contra la sentencia No. 182 del Juzgado Décimo Civil Municipal de Cali (Fls. 1082 a 1086) y dispuso confirmar la orden de reintegro a favor del demandante y otorgando el amparo de manera transitoria por el término de cuatro (4) meses.

En acatamiento a dicha decisión METRO CALI S.A. celebra con el demandante contrato 917.104.2.574-2017 (fls. 1156 a 1160), con vigencia de cuatro (4) meses contados a partir del 17 de noviembre de 2017, el que fuera terminado mediante oficio No. 917.102.1-1425-2018 del 23 de abril de 2018 (fl. 1232), en el que se informó al demandante que había

fenecido el plazo de ejecución, pues el mismo fue suscrito en cumplimiento de los efectos transitorios ordenados mediante sentencia de tutela, los que habían caducado, en tanto no se inició ninguna acción judicial.

Se colige del acervo probatorio reseñado, que el 25 de febrero de 2016, en vigencia del contrato de prestación de servicios celebrado por el accionante con METROCALI sufrió un accidente de tránsito que le generó secuelas ortopédicas y múltiples incapacidades, así como la posterior reubicación laboral por la accionada; situación que según se reseñó por esta, obedeció a la imposibilidad de adaptar las tareas de control de operación de la flota del SITM-MIO a las condiciones físicas del accionante, por lo que decide dedicarlo a actividades de archivo, comunicación, atención de novedades y comunicados en centro de control (fl. 875), lo que se sostuvo hasta el 30 de junio de 2017, que suscribe acta de terminación del contrato (fl. 1.150), momento para el cual el demandante continuaba en control por ortopedia con ocasión del accidente sufrido en 2016 (fls. 1.122 y 1.226).

Así mismo quedó establecido, que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios que se celebró para dar cumplimento al fallo de tutela antes aludido -*vigente del 17 de noviembre de 2017 al 23 de abril de 2018*-, el accionante continuó con incapacidades médicas, que transcurrieron del 9 de noviembre al 8 de diciembre de 2017 (fl. 1115 y 1116), la que se prorrogó del 9 de diciembre de 2017 al 7 de enero de 2018 (fl. 113), del 8 de enero al 6 de febrero de 2018 (fl. 1233), del 7 de febrero al 8 de marzo de 2018 (fl. 1234) y del 11 de abril al 10 de mayo de 2018 (fl. 1235); con indicación en consulta con ortopedia del 13 de abril de 2018 (fl. 1236), para cirugía de retiro de material de osteosíntesis, tolerando el actor apoyo completo.

De conformidad con lo anterior, es claro que para la fecha del finiquito del contrato 917.102.1-1425-2018, si bien se había cumplido el amparo temporal de la acción de tutela, lo cierto es que mantenía el demandante la condición que originó la estabilidad laboral reforzada que le fue reconocida.

Adicionalmente se precisa que las recomendaciones laborales y la disposición de reubicación del actor en sus funciones dentro de METRO CALI S.A. evidencian que el empleador conocía de la condición de salud del demandante, y además que está le dificultaba sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares. Aunado a esto debe precisarse que el medico ocupacional de la EPS, refirió que el demandante tenía una pérdida de capacidad laboral permanente parcial, que ameritaba su reubicación laboral, siendo esta superior al 5% pero sin alcanzar el 50% de PCL (fl. 1125).

De todo lo expuesto concluye la Sala que el señor EDWIN VELASCO VERGARA presenta una condición de salud que limita el desarrollo normal de las funciones para las que fue contratado, derivada del accidente de tránsito que sufrió el 25 de febrero de 2016, al punto que esto conllevó a que la empresa dispusiera su reubicación temporal, desistiendo posteriormente de este propósito al resolver la terminación definitiva del contrato que venía desarrollando con el actor desde el año 2013, sin que de otro lado se observe que hubiere adelantado el trámite que ordena la ley 361 de 1997 para el efecto, lo que deviene en la ineficacia de la terminación del vínculo laboral.

Deriva de lo antelado que el señor VELASCO VERGARA es sujeto de la protección de fuero de salud de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, considerando en consecuencia ineficaz la terminación del vínculo laboral del 30 de junio de 2017, y posteriormente del 23 de abril de 2018, por el contrato celebrado con ocasión de la protección temporal otorgada por la acción de tutela.

Se aduce por la accionada que la terminación del vínculo procedió por la expiración del plazo establecido por las partes como vigencia del contrato, lo que no resulta de recibo,

porque no se demostró por aquella que la labor o función ejecutada por el accionante hubiere concluido dentro de la empresa, la cual administra un sistema de transporte masivo que como es de público conocimiento actualmente sigue operando en la ciudad, lo que en todo caso no la habilitaba para resolver de manera inconsulta el finiquito del contrato, siendo necesario que agotase el trámite administrativo previsto para el efecto.

Ahora, en relación con el recurso de apelación presentado por la parte actora, en el que solicita se condene al pago de las prestaciones sociales causadas durante la vigencia del vínculo laboral declarado, debe señalar la Sala que tal pedimento no tiene vocación de prosperidad, pues en efecto, le asiste razón al fallador de primer grado, en tanto en el acápite de pretensiones de la demanda no se solicitó por el promotor de la acción la condena por tales acreencias.

Debe destacarse, que ante la ausencia de dicho pedimento en la demanda no puede la Sala emitir condena por los conceptos reclamados por el apelante activo, pues las facultades *ultra* y *extra petita* dispuestas en el artículo 50 del C.P.T. y S.S., son una facultad discrecional del juez laboral que está condicionada a que la condena por más o además de lo pedido, esté sustentada en hechos que se hayan discutido dentro del proceso y que las partes tuvieron tenido la oportunidad de controvertir. Así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL4398 del 20 de octubre de 2020. En el presente asunto, dentro del litigio no se discutió el derecho del promotor de la acción a ninguna acreencia laboral distinta a las incluidas en el petitum de la demanda, y mucho menos se alegaron los supuestos de hecho de las normas que consagran el derecho a las prestacionales sociales de los trabajadores oficiales.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Sin Costas en esta instancia por no haber prosperado ninguno de los recursos de apelación.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 335 del 7 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

Firma digitalizada para actos judiciales
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

01