

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de
dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

Proceso	: Ordinario de Segunda Instancia
Demandante	: JOHNNY ALEXÁNDER GUZMÁN MEJÍA
Demandado	: PROMOTORA AMIGA S.A.S.
Radicado	: 05001 31 05 018 2018 00047 01
Providencia	: Sentencia
Temas y Subtemas	: Laboral Individual – Reintegro, estabilidad laboral reforzada por discapacidad, pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por no consignación de cesantías.
Decisión	: Modifica Sentencia condenatoria
Sentencia N°	: 235

En la fecha antes anotada el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por las Magistradas **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, como **ponente**, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado, que se traduce en la siguiente decisión¹:

¹ De conformidad con lo establecido en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, que modificó el trámite en los procesos de la jurisdicción Laboral.

ANTECEDENTES

Pretensiones principales:

Se declare que el despido del demandante es ineficaz, por haberse dado en estado de discapacidad y sin autorización del Ministerio del Trabajo; se condene al reintegro a un puesto de trabajo de igual o superior categoría teniendo en cuenta la limitación que padece, con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, pago de aportes al Sistema de Pensiones, sanciones del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de las cesantías del año 2015 causada desde el 15 de enero de 2016 hasta el 28 de octubre de 2016, reajuste de aportes a salud y pensiones, indexación, costas procesales.

En subsidio: Se declare que el despido se efectuó cuando había transcurrido más del 30% de la ejecución de la estructura, sin justa causa; se condene al pago de indemnización por despido sin justa causa, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de las cesantías del año 2015 causada desde el 15 de enero de 2016 hasta el 28 de octubre de 2016, sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo del 30 de julio de 2016 al 28 de octubre del mismo año, reajuste de aportes a salud y pensiones, indexación, costas procesales.

Hechos relevantes de la demanda:

Se afirma que el demandante fue contratado por Promotora Amiga S.A.S. el día 23 de febrero de 2015, mediante contrato de

trabajo escrito por obra o labor determinada, cuya duración era el 30% de la realización de la estructura, de la unidad residencial de apartamentos Mirador del Jardín en Medellín, para desempeñarse como oficial de construcción, con un salario de \$1.275.000 mensuales.

Sostiene que padece una lesión en hombro izquierdo, por lo que el día 20 de enero de 2016 el área de Medicina Física y Rehabilitación de Clínica SOMA emitió restricciones laborales por cuatro meses, entregadas a su empleador el día 26 de febrero de ese año, a través de la Ingeniera Katherin Caro; el día 30 de junio de 2016 la EPS SURA le entregó restricciones laborales por seis (6) meses, de lo cual enteró a la demandada el día 22 de julio siguiente a través de la señora Johanna Cano.

Expone que el día 29 de julio de 2016 le fue notificada la terminación del contrato de trabajo, aunque la carta tenía fecha del 26 de julio de 2015, aduciendo que se había ejecutado el 30% de la estructura de la obra, cuando para esa época ya se estaba finalizando la totalidad y por ello no había justa causa; la demandada no solicitó autorización para el despido ante el Ministerio del Trabajo, ni pagó las prestaciones sociales y vacaciones; liquidación que fue cancelada el día 28 de octubre de 2016, por valor de \$3.648.333 teniendo en cuenta un salario de \$1.500.000, previo acuerdo ante la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo llevado a cabo el día 25 del mismo mes y año.

Manifiesta que en los Sistemas de Pensiones y de Salud aparecen las cotizaciones con base en el salario mínimo, cuando realmente devengada la suma de \$1.500.000.

Respuesta a la demanda:

El Curador Ad Litem designado para actuar en representación de Promotora Amiga S.A.S., manifestó que el contrato de trabajo aportado es inexistente al no estar suscrito por la demandada; frente a los demás hechos expuso que no le constan. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló en su defensa las excepciones denominadas prescripción, inexistencia de la obligación, pago, genérica.

Sentencia de Primera Instancia:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 2 de agosto de 2022, **declaró que la terminación del contrato de trabajo entre el señor Johnny Alexander Guzmán Mejía y Promotora Amiga S.A.S. es ineficaz; ordenó el reintegro** del demandante al cargo que desempeñaba antes del despido o a uno equivalente o superior, acorde con sus condiciones de salud, debiendo **pagar los salarios y prestaciones sociales, aportes a la seguridad social** que se han causado desde la finalización del vínculo y hasta la fecha del reintegro efectivo; dispuso que las Administradoras en pensiones y salud a las cuales se encuentra afiliado el demandante liquiden el cálculo actuarial a petición de Promotora Amiga S.A.S. para que sea cancelado, sin perjuicio de los intereses moratorios que se calculen para el efecto y continuar pagando los aportes mientras esté vigente el contrato laboral; condenó al **pago de las cotizaciones** al sistema de seguridad social en pensiones **con base en el salario realmente devengado para los años 2015 y 2016**, esto es \$1.275.000 y \$1.500.000 respectivamente, ante el fondo en que se encuentre afiliado y previo cálculo actuarial que este realice, por el periodo

comprendido entre el 1° de enero y el 29 de julio de 2016, ya que fueron pagados con base en el salario mínimo legal mensual vigente; condenó al pago de **\$9.000.000 equivalente a 180 días de salario como indemnización** del artículo 26 de la ley 361 de 1997; **\$12.600.000 por concepto de sanción moratoria** del artículo 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 28 de octubre de 2016; indexación. Impuso Costas a cargo de la demandada, con agencias en derecho en la suma de \$8.564.779 en favor del demandante.

Recurso de apelación Curador Ad Litem de la demandada:

Sostiene que no puede haber condena por derechos sociales e indemnizaciones, ya que el Juzgado se apartó de las pruebas obrantes en el plenario; las condenas por seguridad social y reintegro no proceden ya que no hubo despido, sino legal terminación del contrato de trabajo, se había superado el 30% de la construcción de la obra y se presenta sustracción de materia, pues el edificio estaba totalmente terminado.

Alegatos de conclusión:

La apoderada del demandante solicita se desestime el recurso de apelación formulado y se confirme la sentencia de primera instancia, ya que en el proceso no existe prueba referente a que la demandada, hubiere cumplido las obligaciones patronales derivadas del contrato de trabajo; por su parte, el demandante cumplió con la carga procesal de acreditar los supuestos de hecho sobre los cuales se sustentan las pretensiones, lo que llevó a

proferir Sentencia condenatoria, decisión más ajustada a los derechos laborales reclamados por el señor Johnny Alexander.

Agotado el trámite procesal correspondiente a este tipo de procesos y sin que se aprecie causal alguna de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver el asunto de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de **apelación**, de conformidad con lo establecido en los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Conflicto jurídico:

El asunto a dirimir, consiste en verificar si es procedente revocar la Sentencia de Primera Instancia; analizándose: 1) si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el señor Johnny Alexander Guzmán Mejía acredita una situación de discapacidad que conlleve a la protección por estabilidad laboral reforzada y por ende discriminatoria e ineficaz, dando lugar al reintegro laboral o si por el contrario, está probada la existencia de una causal objetiva para su terminación y 2) si hay lugar a no condenar por derechos sociales e indemnizaciones.

Encontrando esta Sala de Decisión Laboral procedente modificar la Sentencia de Primera Instancia; por las siguientes razones:

1) En cuanto a si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el señor Johnny Alexander Guzmán Mejía acredita una situación de discapacidad que conlleve a la protección por estabilidad laboral reforzada y por ende discriminatoria e ineficaz, dando lugar al reintegro laboral o si por el contrario, está probada la existencia de una causal objetiva para su terminación:

No es objeto de discusión en esta Segunda Instancia, que el señor Johnny Alexander Guzmán Mejía fue contratado por Promotora Amiga S.A.S. el día **23 de febrero de 2015**, mediante contrato de trabajo escrito por obra o labor determinada, cuya duración era el 30% de la realización de la estructura, de la unidad residencial de apartamentos Mirador del Jardín en Medellín, para desempeñarse como oficial de construcción.

Mediante comunicación de fecha 26 de julio de 2015 pero que el demandante acepta haber recibido el día **29 de julio de 2016**, dirigida al señor Guzmán Mejía, **la demandada dio por terminado el contrato de trabajo**, en los siguientes términos:

*“...Le informamos que el contrato suscrito con usted por obra o labor contratada que inició el día 23 de febrero de 2015 para labora en la Obra Mirador del Jardín, termina el día de hoy.
Lo anterior, **en razón a que el 30% de la estructura de la obra se encuentra ejecutada, cuyo objeto del contrato laboral se encuentra superado.**
En tal sentido, le solicitamos se sirva pasar por la oficina ubicada en la Calle 52 No 47-28 Of. 808 edificio la Ceiba de esta ciudad, para proceder con el pago efectivo de sus prestaciones sociales y salarios adeudados, agradeciéndole el*

tiempo que contamos con usted en la obra, dentro del cual se desempeñó de manera atenta y oportuna, situación que tendremos en cuenta para contar en un futuro con sus servicios...” (Negritas fuera de texto, folio 30 archivo 01).

Si bien es cierto, el contrato de trabajo no aparece suscrito por la demandada, como advirtió el Curador Ad Litem, también lo es que se aportó **Acta conciliada parcialmente No 3145 de 2016 ante la Dirección Territorial de Antioquia del Ministerio del Trabajo**, de fecha 25 de octubre de 2016 -a la cual asistieron el señor Johnny Alexander como reclamante y el señor Carlos Andrés Usme Quintero como apoderado de Promotora Amiga S.A.S. según poder otorgado por su representante legal señor Ignacio de Jesús Galeano Arango- y del cual se extrae que la modalidad contractual, los extremos temporales y el cargo desempeñado, no fueron discutidos por el apoderado que representó a la demandada ante la citada autoridad administrativa; veamos:

Constituido el despacho en audiencia pública el funcionario ilustra a las partes sobre el objeto de la audiencia de conciliación y los alcances de ésta, acto seguido le concede el uso de la palabra a la parte RECLAMANTE quien manifiesta:

EXTREMOS LABORALES (INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL (LA) RECLAMANTE)	
INICIO:	16 DE FEBRERO DE 2015
TERMINACIÓN DE LABORES:	29 DE JULIO DE 2016
LABOR:	OFICIAL DE CONSTRUCCIÓN
SALARIO:	\$VARIABLE APROX. \$1.700.000 - \$1.800.000 MED
VINCULACIÓN:	POR OBRA O LABOR

Para reclamar:
"Yo empecé con una lumbalgia crónica, todos las herramientas nos tocaba subirlas manualmente. Me mandaron (20) sesiones de hidroterapia, sicólogo. Me imagino que por eso fui despedido, pues tenía restricciones. Yo era de los mejores trabajadores de la obra. Reclamo indemnización por despido injusto. También reclamo sanción moratoria por el no pago de la liquidación...

Se le concede el uso de la palabra a LA PARTE CITADA- CONVOCADA para que se pronuncie respecto a los hechos y pretensiones:

" Con respecto al primer item señalado por el ex trabajador manifiesto que las dolencias físicas y enfermedades fueron adquiridas mucho tiempo antes de ingresar a laborar en la empresa que represento. Con respecto al despido, este se realizó basado en el tipo de contrato suscrito con el trabajador el cual tenía como limite el 30% de la estructura de la obra la cual ya había sido satisfecha por el ex trabajador. Por estas razones al señor YOHNNY se le hace la oferta de hacerle entrega de la liquidación de su contrato laboral y de las correspondientes prestaciones desde el día 16 de febrero de 2015 hasta el día 29 de julio de 2016 fecha en la cual se le notificó la terminación del referido contrato...

VALORES A PAGAR	
LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE PRESTACIONES SOCIALES	\$3.648.333
TOTAL A PAGAR	\$ 3.648.333

FORMA DE PAGO DE LO CONCILIADO
MEDIANTE CHEQUE QUE SE ENTREGARÁ AL RECLAMANTE EL DIA 29 DE OCTUBRE DE 2016, A LAS 11:30 AM, EL RECLAMANTE FIRMA EL RECIBO DE EGRESO..

Según **historia laboral** generada por PROTECCIÓN S.A. el día 7 de noviembre de 2017, el demandante registra afiliación y cotizaciones al Sistema de Pensiones reportadas a través de Promotora Amiga S.A.S. entre los periodos febrero de 2015 (19 días) y julio de 2016 (30 días), folio 38 archivo 01; documentos frente a los cuales se garantizó la oportunidad de ser controvertidos y no fueron tachados.

Sobre lo que es objeto de apelación, el Curador Ad Litem de la demandada sostiene que no hubo despido, sino legal terminación del contrato de trabajo, se había superado el 30% de la construcción de la obra y se presenta sustracción de materia, pues el edificio estaba totalmente terminado.

Al respecto, **la Juez de primera instancia explicó en términos generales**, que la demandada no presentó prueba alguna para acreditar de manera fehaciente, que el despido del demandante no era la debilidad manifiesta por sus condiciones de salud, caso en el cual, debió solicitar permiso ante el Ministerio del Trabajo y ante tal situación, el acto se presume discriminatorio; concluyendo que al señor Johnny Alexander le fueron prescritas restricciones iniciales por cuatro (4) meses que vencían el 20 de mayo de 2016 y luego unas recomendaciones por seis (6) meses que finalizaban el 30 de diciembre de ese año, estando vigentes para el día 29 de julio de 2016, cuando le fue finalizado el vínculo laboral; restricciones y recomendaciones que asumió, eran conocidas por el empleador, partiendo de la afirmación efectuada en la demanda y en interrogatorio por el demandante, referentes a que fueron notificadas a través de la Ingeniera Katherin Caro y de la Secretaria Johanna Cano. Declaró confeso al representante legal de Promotora Amiga S.A.S., frente a los hechos de la demanda susceptibles de confesión, por el hecho de no haber comparecido a la audiencia, habiéndose remitido el link correspondiente al correo electrónico registrado en el certificado de existencia y representación legal. Sobre la modalidad contractual estableció que correspondió a un vínculo por duración de la obra o labor contratada, sin que existiera certeza de la fecha en que se alcanzó el 30% fijado en el contrato aportado.

Encontrando esta Sala de Decisión Laboral que en el caso bajo análisis, desde la presentación de la demanda **el señor Johnny Alexander Guzmán Mejía reconoció que fue contratado por Promotora Amiga S.A.S.** el día 23 de febrero de 2015, **mediante contrato de trabajo escrito por obra o labor determinada, cuya duración era el 30% de la realización de la**

estructura, de la unidad residencial de apartamentos Mirador del Jardín en Medellín, para desempeñarse como oficial de construcción; afirmación que aparece concordante con la cláusula quinta del contrato aportado donde se estableció “...**Duración del contrato**: *El presente contrato se celebra por el tiempo que dure la realización de la obra o la labor contratada, de acuerdo a las condiciones generales que señalan al inicio del presente contrato...*” que corresponde al “...**30% de estructura...**” (folios 25 a 27 archivo 01).

Y la carta de terminación del contrato de trabajo precisamente fue motivada “...**en razón a que el 30% de la estructura de la obra se encuentra ejecutada**, cuyo objeto del contrato laboral se encuentra superado...” (folio 30 archivo 01); hecho aceptado por el demandante también en interrogatorio de parte, donde el Curador Ad Litem le preguntó ¿qué tiempo llevaba la obra respecto al porcentaje al momento de terminación del contrato? Respondió: “...**La obra llevaba aproximadamente un 70% o 75%...**” (min 7:08 archivo 13).

Por tanto, de acuerdo al recuento probatorio, es claro que la duración de la labor iría hasta cuando se alcanzara el 30% de ejecución de la estructura referida en el contrato de trabajo, condición que se encontraba cumplida para la fecha en que Promotora Amiga S.A.S. dio por finalizado el vínculo, tal como reconoció el demandante.

En tal sentido, **contrario a lo concluido por la a quo, observa esta Judicatura que la demandada demostró la ocurrencia de una causal objetiva que la exoneraba de la obligación de solicitar permiso para despedir al Ministerio del Trabajo**, actuación que se enmarca dentro de los parámetros señalados por la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación

Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en **Sentencia SL-1152 del 10 de mayo de 2023, reiterada en SL-2290 del 26 de septiembre de 2023**, señalando que “...**Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador...**” (Negritas fuera de texto).

De otro lado, debe decirse que **la decisión condenatoria de primera instancia estuvo fundamentada en la declaración de confeso al representante legal de Promotora Amiga S.A.S., no cumpliendo con el procedimiento establecido para ello**, frente a los hechos de la demanda susceptibles de confesión, por el hecho de no haber comparecido a la audiencia, explicando el Juzgado que remitió el link correspondiente al correo electrónico registrado en el certificado de existencia y representación legal.

Sobre este tema, el artículo 205 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, consagra que la inasistencia de alguna de las partes a absolver interrogatorio, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

Acerca de este tema, **la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencias SL-676 de 2021, SL-4330 de 2019, SL-4115 de 2019, SL-1351 de 2019**, entre otras, **ha señalado que para los efectos procesales de la confesión ficta, se hace necesario que el Juez deje constancia puntual de los hechos que habrá de presumirse como ciertos, sin que sea válida una alusión general e imprecisa**; lo anterior, a fin de que la parte afectada con la declaratoria de confesión ficta o presunta, tenga la oportunidad de impugnar la decisión ante el Juez o su superior funcional o para que desvirtúe la confesión por otros medios de prueba, con lo que se garantizan los derechos fundamentales de defensa, debido proceso y contradicción; procedimiento que no fue agotado en el asunto bajo examen, pues solo se hizo una referencia general, sin precisar cuáles eran los hechos que se asumía confesados.

Tampoco había lugar a imponer tales consecuencias, puesto que la demandada estaba representada por Curador Ad Litem, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Código General del Proceso, actuará hasta cuando concurra la persona a quien representa o un representante de esta y al no haberse logrado la notificación y concurrencia del representante legal, no había lugar a relevar al Auxiliar de la Justicia o avanzar con el trámite del proceso con la representación mediante Curador pero sancionando al mismo tiempo al representante legal; además, dicho curador está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.

Por lo anterior, no había lugar a declarar confeso al representante legal de la demandada.

Ahora bien, el Juzgado concluyó que el demandante era destinatario de la protección laboral reforzada por encontrarse en situación de discapacidad para el momento de terminación del contrato de trabajo, explicando que *al señor Johnny Alexander le fueron prescritas restricciones iniciales por cuatro (4) meses que vencían el 20 de mayo de 2016 y luego unas recomendaciones por seis (6) meses que finalizaban el 30 de diciembre de ese año, estando vigentes para el día 29 de julio de 2016, cuando le fue finalizado el vínculo laboral; restricciones y recomendaciones que asumió eran conocidas por el empleador, partiendo de la afirmación efectuada en la demanda y en interrogatorio por el demandante, referentes a que fueron notificadas a través de la Ingeniera Katherin Caro y de la Secretaria Johanna Cano.*

Frente a este tema, el **artículo 26²** de la **Ley 361 de 1997**, **preceptúa que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su estado³, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo.**

Por su parte, el numeral 1° del artículo 2° de la **Ley 1618 de 2013** “...por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad...”, define quiénes son las personas con y/o en situación de discapacidad⁴.

A su vez, la **Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia**, desde la **Sentencia SL-1360 de 2018**, reiterada entre otras, en las Sentencias **SL-4632 de 2021**, **SL-017 de 2020** y **SL-341 de 2020**, ha precisado que en el artículo 26 de

² La H. Corte Constitucional en Sentencia C-458 del 22 de julio de 2015, declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones limitación y persona limitada, en el entendido que deben reemplazarse por las expresiones discapacidad y persona en situación de discapacidad”

³ Discapacidad

⁴ “...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...**” (Negritas fuera de texto).

la Ley 361 de 1997 “...no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio...” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En Sentencia **SL-2548** de **2019**, reiterada en la **SL-5411** de **2021**, señaló que **con la expedición de la Ley 361 de 1997, el legislador no pretendió evitar que los trabajadores que padecieran algún tipo de pérdida de capacidad laboral fueran despedidos** o que por esa particular circunstancia el empleador estuviera obligado a mantener vigente los vínculos laborales; precisando que **el propósito de la norma es impedir que las personas en situación de discapacidad fueran despedidas en virtud y específicamente por esa razón; pero no que ante la existencia de otro tipo de causas, el empleador no pudiera desvincularlos.**

En la **Sentencia SL-1152 del 10 de mayo de 2023**, reiterada en **SL-2290 del 26 de septiembre de 2023**, explicó que “*...no toda deficiencia es discapacidad, ni toda discapacidad puede ser considerada como objeto de discriminación en el ámbito laboral...*”; precisando los **parámetros objetivos para determinar la procedencia de la protección de estabilidad laboral reforzada** del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, entre ellas, que para solicitar el amparo **el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria, pudiendo el empleador desestimar la presunción de despido discriminatorio, acreditando que se cumplió una causal objetiva o justa causa;** texto que se transcribe en extenso dada su pertinencia, veamos:

“...En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, **que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;**

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:

- **Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad** (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) **y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.**

- Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al **empleador** le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, **puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa**, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

Por otra parte, la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.

Por último, **la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración** toda vez que, conforme se explicó, **la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad**, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características...” (Negritas y subrayas fuera de texto).

En este caso, la única prueba obrante en el expediente que hace referencia a la situación de salud del demandante, corresponde a comunicación expedida por EPS SURA el día 30 de junio de 2016, dirigida al demandante, enviándole concepto médico emitido por el Área de Medicina Laboral, en los siguientes términos:

Por medio de la presente enviamos el concepto médico emitido por el Área de Medicina Laboral de la EPS:

Se recomienda realizar actividades que no impliquen

- Movimientos de elevación del brazo por encima de la horizontal (90 grados) o del nivel de los hombros.
- Levantar, empujar o halar cargas superiores a los 10 Kg
- Movimientos repetitivos y/o posturas forzados del hombro izquierdo.
- Dormir sobre el lado afectado.
- Actividades que impliquen movimientos repetitivos de flexión, extensión y rotación de la columna lumbar.
- Debe alternar posiciones entre bípedo y sedente, cada 60 minutos por cinco minutos

Estas recomendaciones deben tenerse en cuenta tanto en las actividades laborales como extralaborales por un periodo de 6 meses al cabo de los cuales su empleador debe realizar evaluación médica ocupacional de seguimiento para definir si debe continuar o no con dichas recomendaciones.

Por parte de la EPS continuará recibiendo las prestaciones asistenciales requeridas de acuerdo a las recomendaciones médicas y a la evolución de su patología.

Debe hacer llegar estas recomendaciones funcionales a su empleador para que puedan ser implementadas dentro del ambiente laboral.

Las empresas de acuerdo con el artículo 5 de la resolución 2346 de 2007 del Ministerio de la Protección Social son las responsables de realizar las evaluaciones médicas, en caso de ser necesarias, cada vez que se cambie de ocupación o que se requiera cambios del ambiente laboral, las funciones o tareas.

Si bien es cierto en la demanda e interrogatorio se afirmó que fueron notificadas al empleador las anteriores recomendaciones, a través de la Secretaria Johanna Cano, cuyo nombre aparece anotado a mano alzada en la parte inferior del documento; también lo es que se trata del mero dicho de la parte, sin prueba que así lo confirme, pues sobre este hecho el Curador Ad Litem que representa a la demandada manifestó no constarle nada, la mencionada persona no fue traída al proceso para que diera su versión y el único testigo decretado a solicitud de la parte actora, señor William Alonso Pulgarín tampoco asistió a la audiencia; en el acta de conciliación ante el Ministerio del Trabajo nada dijo el apoderado de la demandada sobre este ítem y en tal contexto, no puede concluirse válidamente que tal situación era conocida por el empleador al momento del despido, siendo ésta carga de la prueba del trabajador.

Si en gracia de discusión se aceptara que Promotora Amiga S.A.S. si conoció tales recomendaciones, relacionadas con actividades que no implicaran movimientos de elevación de brazo por encima de la horizontal o nivel de los hombros, levantar, empujar o halar cargas superiores a los 10 kg, movimientos repetitivos y/o posturas forzados del hombro izquierdo, dormir sobre el lado afectado, flexión, extensión o rotación de la columna lumbar, lo cierto es que **de ellas no se infiere una deficiencia física o discapacidad**, representativa de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, que al interactuar con el entorno laboral, le impidieran ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; pues nada se informó sobre cuál era la actividad propia que ejercía el demandante y de qué manera tales recomendaciones le impedían su ejecución; es más, para el 29 de julio de 2016 cuando fue

terminado el vínculo, había transcurrido un mes desde su expedición y nada se mencionó respecto a que en ese lapso no hubiera podido desarrollar la labor contratada.

Y entre folios 51 a 57 del archivo 01, obra fotografías aportadas con la demanda, donde en varias de ellas el demandante aparece ejecutando labores afines a las de oficial de construcción, actividad para la que fue contratado, sin que se precisara y demostrara que la normal ejecución de sus labores lo fueron exclusivamente en periodo anterior a la emisión de dichas recomendaciones o si también estuvo facultado para desempeñarse normalmente, aún en vigencia de ellas.

Recuérdese que una situación de discapacidad no se concluye de manera automática de los hallazgos contenidos en la historia clínica u otra documentación, sino de la limitación física que ellos representan para el ejercicio de la labor; tampoco toda deficiencia puede asimilarse a una discapacidad, ni ésta en todos los casos, puede ser considerada como objeto de discriminación en el ámbito laboral. Y como quedó explicado, si bien es cierto, el demandante contaba con unas recomendaciones médicas, también lo es que no está demostrado que implicaran una situación de discapacidad para ser acreedor de la estabilidad laboral reforzada.

Por todo lo expuesto, **esta Sala de Decisión Laboral encuentra que le asiste razón al Curador Ad Litem de Promotora Amiga S.A.S. en sus argumentos y en tal sentido, es procedente modificar la Sentencia de primera instancia, revocándose en cuanto declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo del demandante y ordenó el reintegro,** con

el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e indexación.

2) En lo referente a si hay lugar a no condenar por derechos sociales e indemnizaciones:

Se confirmarán las condenas al: a) reconocimiento y pago de **sanción moratoria** del artículo 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 indexada, por cuanto quedó demostrado que las cesantías causadas en el año 2015 y que debían consignarse en el respectivo Fondo hasta el 14 de febrero de 2016, solo fueron pagadas el día 28 de octubre de 2016, sin justificación; así como, **b) realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones** con base en el salario realmente devengado por el demandante en los años 2015 y 2016, esto es \$1.275.000 y \$1.500.000 respectivamente, ante el Fondo en que se encuentre afiliado y previo cálculo actuarial que este realice, por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2016 y el 29 de julio de ese año, toda vez que para dichos periodos sus aportes en salud y pensiones se hicieron con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

COSTAS:

No se condenará en Costas en esta Segunda Instancia al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación formulado; de conformidad con lo establecido en los artículos 365

y 366 del Código General del Proceso y el Acuerdo 10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Se confirmará la condena en Costas de Primera Instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

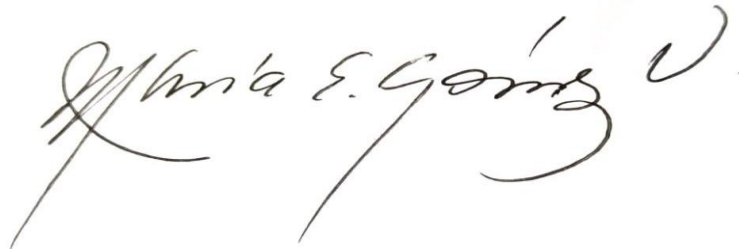
RESUELVE

PRIMERO: Se **MODIFICA** la Sentencia de la fecha y procedencia conocidas que por vía de apelación se revisa; **REVOCÁNDOSE en cuanto declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo del demandante y ordenó el reintegro**, con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e indexación; **CONFIRMÁNDOSE en lo demás**, incluido lo relativo a la condena en Costas; de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta Sentencia.

SEGUNDO: No se condena en **Costas** en esta Segunda Instancia, según lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Lo resuelto se notifica por **EDICTO**, en el término de un (1) día; se ordena devolver el proceso al Despacho de origen. En constancia se firma por quienes en ella intervinieron.

Las Magistradas,



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SECRETARIA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL**

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso	: Ordinario de Segunda Instancia
Demandante	: JOHNNY ALEXÁNDER GUZMÁN MEJÍA
Demandado	: PROMOTORA AMIGA S.A.S.
Radicado	: 05001 31 05 018 2018 00047 01
Providencia	: Sentencia
	: Laboral Individual – Reintegro, estabilidad laboral reforzada por discapacidad, pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por no consignación de cesantías.
Temas y Subtemas	
Decisión	: Modifica Sentencia condenatoria
Sentencia N°	: 235

FECHA SENTENCIA: 24 de noviembre de 2023

Fijado lunes 27 de noviembre de 2023 a las 8:00 a.m.

Desfijado lunes 27 de noviembre de 2023 a las 5:00 p.m.

Lo anterior con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibídem. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del termino de fijación del edicto.

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
Secretario