REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA LABORAL

SALA PRIMERA FIJA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RICARDO JOSÉ BLANCO DÍAZ
DEMANDADO: DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., AGENCIAS DE SERVICIOS COLOMBIANOS S.A.S ASECO S.A.S Y AGENCIAS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVO DE PERSONAL S.A.S. ASAP S.A.S
RADICACIÓN: 13001310500420190043201
ASUNTO: Apelación de sentencia parte demandante

TEMA: Verdadero empleador- estabilidad laboral reforzada.

Cartagena de Indias D.T. y C, quince (15) de marzo del año dos mil veintitrés (2023)

CUESTIÓN PREVIA

Para cerrar la instancia, conforme el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Primera Fija de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conformada por los magistrados FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, como ponente, LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO y CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS, se integraron a fin de debatir y proferir la siguiente **SENTENCIA** de manera escrita:

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

RICARDO JOSÉ BLANCO DÍAZ, promovió proceso laboral ordinario, en donde solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad, a término indefinido con DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A, desde el 13 de junio de 2001, hasta el día 30 de octubre de 2018 y que las empresas AGENCIAS DE SERVICIOS COLOMBIANOS S.A.S ASECO S.A.S y AGENCIAS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE PERSONAL ASAP S.A.S, actuaron como simples intermediarias. Así mismo, deprecó la declaratoria de ineficacia de la terminación del vínculo laboral.

En consecuencia, se condene a las demandadas de manera solidaria a reintegrarlo a un cargo de igual o superior categoría por encontrarse en estado de debilidad manifiesta, a la cancelación de la indemnización de 180 días consagrada en la Ley 361 de 1997, la indexación y las costas procesales. De forma subsidiaria, requirió el pago de la forma correcta y total de las prestaciones sociales, vacaciones y salarios dejados de cancelar, la indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo y del artículo 65 del CST.

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, el demandante dijo en síntesis que, prestó sus servicios a favor de DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., en los extremos temporales y por intermedio de las siguientes empresas: (i) desde el 13 de junio de 2001, hasta el primero de noviembre de 2009, mediante ASAP S.A.S bajo la modalidad de un contrato a término fijo; (ii) del primero de noviembre de 2009 al 7 de agosto de 2012 por medio de ASECO SAS bajo un contrato a término indefinido; (iii) e igualmente con esta última sociedad desde el 7 de septiembre de 2012 hasta el 30 de octubre de 2018, pero a través de contratos de obra o labor determinada. Precisó que, durante los lapsos mencionados siempre prestó su servicio a DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., desempeñando el mismo cargo, operador logístico u operador de Montacargas, siendo esta sociedad su verdadero empleador, mientras que ASAP S.A.S y ASECO S.A.S en su calidad de empresas de servicios temporales, actuaron como simples intermediarias.

Anotó que, el día 30 de octubre de 2018, las demandadas le dieron por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, sin justa causa y sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar de tener conocimiento que desde el año 2009 viene padeciendo una enfermedad renal crónica, denominada "*hidronefrosis, pielonefritis crónica Abscedada, sin prescripción de diálisis-nefrectomía izquierda"* y posteriormente se le diagnosticó *tumor vesical, tumor maligno de vejiga urinaria,* expidiéndose para tal efecto el 25 de enero de 2019, observaciones médicas ocupacionales.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AGENCIA DE SERVICIOS COLOMBIANOS S.A.S ASECO S.A.S: En su defensa alegó que, no es una empresa de suministro de trabajadores sino una compañía de Outsourcing, suscribiendo un contrato de carácter civil con DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A, para realizar actividades que no eran inherentes a la esencia de esta última. Explicó que, actuó como verdadero empleador del accionante, con quien suscribió varios contratos de trabajos independientes, bajo la modalidad de obra o labor contratada, por lo que contrario a lo manifestado por el actor nunca ejerció el mismo cargo, pues se desempeñó como empacador, jefe de línea, operador de empaque y operador logístico.

Precisó que, lo único que le consta frente al estado de salud del demandante, es que presentó varias incapacidades en el año 2017, por enfermedad general, pero estas no le impedían realizar sus funciones habituales, pues una vez culminadas, regresaba a sus actividades normales y sin ninguna restricción. Que en todo caso dentro del presente proceso no se configura la estabilidad laboral reforzada, por cuanto el contrato de trabajo finalizó por una causal objetiva, terminación de la obra para la cual fue contratado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de derecho para pedir, prescripción, buena fe, compensación, enriquecimiento sin causa, haber estado afiliado el actor al sistema de seguridad integral y la genérica.

AGENCIA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVO y PERSONAL ASAP S.A.S: Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En su defensa, indicó que el objeto del presente litigio se dio en torno a una terminación acaecida el día 30 de octubre de 2018, lo cual es ajena a su conocimiento, toda vez que el único contrato que suscribió con el actor finalizó el 15 de mayo de 2001, por la culminación de la obra o labor contratada. Aclaró que es una empresa de servicios temporales debidamente autorizada en los términos de la Ley 50 de 1990, pero que el actor nunca estuvo suministrado a DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A, sino que fue trabajador en misión de SCHRADER CAMARGO, en el cargo de obrero. Propuso las excepciones de mérito de existencia de temeridad, mala fe, inexistencia de causa jurídica para pedir, prescripción y las innominadas.

DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A: Se opuso a las pretensiones del demandante, por cuanto no tuvo con el actor relación laboral ni de ninguna otra índole. Indicó que, con las codemandadas sostuvo relaciones comerciales enmarcadas dentro de la figura de empresas de servicios temporales y de contratista independiente. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones, buena fe, principio de necesidad y carga de la prueba, prescripción y la innominada o genérica. Llamó en garantía a CONFIANZA S.A., el cual fue aceptado mediante auto de fecha 19 de abril de 2021.

CONFIANZA S.A.: Al contestar la demanda indicó que, no le constaba los hechos y que se abstenía a emitir pronunciamiento alguno con respecto a las pretensiones. Frente al llamamiento en garantía se opuso a las solicitudes elevadas por el actor, debido a que sólo estaba conminado a responder cuando DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. fuera responsable de las obligaciones a cargo de ASECO. Aclaró de todas maneras que, la cobertura radicaba únicamente para la cancelación de salarios, prestaciones sociales e indemnización por despido injusto. En su defensa alegó como excepciones de mérito la de ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como verdadero empleador, frente al pago de acreencias laborales reclamadas por fuera de la vigencia de la póliza, de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y de las vacaciones; máximo valor asegurado y las genéricas.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha trece (13) de septiembre de 2021, mediante la cual absolvió a las accionadas y la llamada en garantía de las pretensiones de la demanda, además, condenó en costas al demandante.

Basó su decisión en que, DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A actuó en calidad de beneficiaria de la obra, mientras que ASAP S.A.S y ASECO S.A.S fueron los verdaderos empleadores del accionante, pues de acuerdo con sus objetos sociales no estaban constituidas como empresas de servicios temporales, sino como contratistas independientes, por consiguiente, no era posible aplicar la consecuencia jurídica establecida en la Ley 50 de 1990. En todo caso estableció que, DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, no era responsable solidaria en los términos del artículo 34 del CST, por no estar dentro del giro ordinario de sus actividades la obra contratada con las codemandadas.

Frente a la relación laboral entre el accionante y ASECO S.A.S, determinó que, no existió una unidad, sino varios contratos de trabajos, independientes uno de otros, desde el 2001, siendo el último de ellos el suscrito en el año 2014, hasta el 30 de octubre de 2018, bajo la modalidad de obra o labor contratada. Detalló que, no había lugar a acceder a las pretensiones de estabilidad laboral, pues si bien se acreditó que el actor padeció enfermedades renales, no estaba demostrado que el empleador tuviera conocimiento de la magnitud de su condición de salud y de la existencia de un tumor maligno, pues este último fue diagnosticado en el año 2019, después de la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, indicó que la relación laboral culminó basado en una causa legal, terminación de la obra o labor contratada, por lo tanto, no tenía derecho a la indemnización por despido injusto, así como tampoco al pago de las prestaciones sociales, dado que el demandante confesó la cancelación de las acreencias en cada una de las vinculaciones.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión proferida, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación sobre los siguientes aspectos: (i) sobre el verdadero empleador, insiste en que fue DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A desde el año 2001 hasta el año 2018, por lo que, las otras entidades ASAP S.A.S y ASECO S.A.S fueron simples intermediarias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990. (ii) en lo referente a la estabilidad laboral reforzada, por cuanto insiste en que, su desvinculación se dio por su estado de salud, probado así con las pruebas documentales traídas a juicio.

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Los alegatos remitidos fueron leídos y tomados en cuenta para tomar la presente decisión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda fue presentada en forma legal, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal para resolver el asunto objeto central del presente litigio.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos para resolver de acuerdo con las razones expuestas en el recurso de apelación giran en torno a determinar si (i) DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. fue el verdadero empleador del demandante; (ii) si el actor es beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

7. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA

- Artículos 35 del CST, 77 de la ley 50 de 1990, 26 de la Ley 361 de 1997 y 262 del CGP
- SL5185 de 2021.

8. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que la presente decisión estará en consonancia con las materias objeto de apelación, de conformidad con el artículo 66 A del CPTSS, adicionado por la Ley 712 de 2001. En consecuencia, se encuentra por fuera de la controversia que, el demandante estuvo vinculado para las entidades demandadas a través de contratos de obra o labor determinada.

8.1. Del verdadero empleador

El sentenciador unipersonal, estableció que ASAP S.A.S y ASECO S.A.S fueron los verdaderos empleadores del actor, pues de acuerdo con sus objetos sociales no eran empresas de servicios temporales, sino contratistas independientes. Sin embargo, insiste el recurrente en que, con las pruebas aportadas al proceso se encuentra demostrado que DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A actuó como verdadero empleador, mientras que las codemandadas fueron simples intermediarios.

Sobre el particular, conviene memorar que, tanto el contratista independiente como las empresas de servicios temporales, son figuras jurídicas instituidas en la legislación laboral, pero cada una de ellas presenta características y regulaciones propias.

Así las cosas, las empresas de servicios temporales corresponden a un caso de intermediación laboral, se encargan de remitir personal propio a una empresa usuaria para la colaboración temporal en el desarrollo de algunas actividades, que pese a ser los empleadores se les autoriza para delegar en esta última la subordinación relativa a los trabajadores en misión. El artículo 77 de la Ley 50 de 1990, establece de manera taxativa los casos en que se puede contratar a través de esa figura jurídica.

Por su parte, el contratista independiente en los términos del artículo 34 del CST, se encuentra dentro de los denominados outsourcing, externalización de procesos o tercerización laboral, en donde el beneficiario se encarga de la ejecución de una obra o un proceso productivo al contratista, para que la realice con plena autonomía técnica, administrativa y directiva, atendiendo a un precio determinado, siendo este último el verdadero empleador y quien ejerce directamente la subordinación laboral.

En ese contexto, cuando no se actué bajo los parámetros anteriormente mencionados y se desnaturaliza la finalidad de las empresas de servicios temporales o del contratista independiente, estos se convierten en simples intermediarios laborales y las empresas usuarias o la beneficiaria de la obra en verdaderos empleadores, de acuerdo con lo regulado en el artículo 35 del CST.

Pues bien, en el caso de marras para determinar si DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A actuó como verdadero empleador, se debe hacer el estudio con cada una de las demandadas, ASAP LTDA y ASECO S.A, relaciones que se estudiarán de manera individualizada de la siguiente manera:

a) De la vinculación con ASAP LTDA.

Se advierte que, ASAP LTDA desde su contestación acepta su condición de empresa de servicios temporales, lo cual se extrae igualmente de la Resolución 00011 de 19 de abril de 1987, en donde el Ministerio de Trabajo autoriza su funcionamiento como una EST, además su objeto social consiste en el "*suministro de personal en misión a terceros beneficiarios*"

Al revisar el acervo probatorio, se observa que, entre ASAP LTDA. y el actor se suscribió un contrato de trabajo desde el (01) de febrero de 2001, hasta el 15 de mayo de ese mismo año, para desempeñarse como obrero en la empresa Schrader Camargo. Igualmente, el accionante confesó en su interrogatorio de parte que, cuando estuvo vinculado a ASAP LTDA, no prestó sus servicios a DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, por lo que, respecto a este interregno de tiempo, no puede considerarse la existencia de una intermediación laboral, en tanto, no hubo prestación de servicios para DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, sino que, ASAP LTDA fue el directo empleador del actor.

b) De la vinculación con ASECO S.A.S.

En este punto conviene precisar que no es objeto de controversia que, entre ASECO S.A.S. y el demandante se suscribieron varios contratos de trabajos, bajo la modalidad de obra o labor contratada, pues tal aspecto fue determinado de tal manera en la sentencia de primer grado, sin que, hubiere existido algún reparo al respecto.

En ese contexto, frente a lo apelado, y que corresponde a esta Sala dilucidar, referente a si el verdadero empleador fue DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, para efectos de acceder a la pretensión de estabilidad laboral reforzada, esta Sala, precisa lo siguiente:

Se aportaron como pruebas documentales, los contratos de prestación de servicios suscritos entre las accionadas DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A y ASECO S.A.S específicamente el No. 201305 (Documento 07 del expediente digital, pág. 46), en el cual se indicó en sus cláusulas:

> **CUARTA:** (…) "*las labores objeto de este contrato serán con equipos, herramientas y materiales suministrados por DOW".*
> **QUINTO:** *"sin perjuicio de lo anterior, Dow, a su discreción, tendrá derecho a solicitar a ASECO que reemplace el personal que presta los servicios"* (…)
> *"cuando se solicita tal retiro o cambio y no se cumpla con el trámite legal, Dow reconocerá las obligaciones, indemnizaciones, licencias y demás emolumentos que se generen en estos eventos." (…)*
> *"igualmente en el evento de qué por cualquier motivo Dow requiera del aumento o disminución del número de personas, Dow avisará por escrito ASECO, quien aceptará tal solicitud procediendo a disminuir o aumentar el valor de la tarifa según corresponda".*

Así mismo, de los contratos suscritos entre el 13 de junio de 2001 hasta el 7 de agosto de 2012, entre el trabajador y quien figuraba como su empleadora, ASECO S.A.S, resulta necesario resaltar los siguientes apartes:

- En la cláusula segunda se estableció como una de las obligaciones del trabajador (…) "*poner al servicio de la empresa usuaria en las cuales el empleador se lo indique toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de sus funciones* (…), "*de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador y el representante de la empresa donde está prestando el servicio".*
- En la cláusula sexta, específicamente en su parágrafo se indicó que "*en consecuencia este contrato terminará en el momento en que la empresa usuaria comunique al empleador que ha dejado de requerir los servicios del trabajador".*
- En las cláusulas octava y novena, se determinó que el trabajador se obligaba a aceptar los cambios de oficio, obedecer los reglamentos

internos de trabajo y las normas de seguridad del empleador y de la empresa usuaria del servicio.

Por su parte, en los contratos de trabajos desde el 7 de septiembre de 2012, hasta el 30 de octubre de 2018, se observa que, en la cláusula primera se estableció que las funciones asignadas se deberían efectuar de conformidad con las instrucciones que le impartiera el empleador y la empresa cliente o sus representantes. En la cláusula segunda se determinó como una de las obligaciones del trabajador "*desempeñar las funciones de acuerdo a las órdenes que imparte el empleador o los superiores jerárquicos de la empresa cliente*". Además, se calificó como una falta grave para dar por terminado el contrato "*b) el incumplimiento por parte del trabajador de la instrucciones e indicaciones que imparte el cliente su representante para estar al servicio de éste".*

Los anteriores medios probatorios, adquieren mayor fuerza de la mano con lo expresado por la representante legal de ASECO S.A.S., cuando acepta que los equipos de montacarga eran proporcionados por DOW QUIMICA DE COLOMBIA, sin que pudiera explicar o detallar la existencia de un contrato de arriendo, comodato o préstamo.

Así mismo, el testigo Julián Cano Riarte, fue claro en sostener que, inicialmente las órdenes eran dadas únicamente por un operador de DOW QUIMICA DE COLOMBIA, pero posteriormente se realizó un cambio, recibiendo instrucciones de este último y de un supervisor de ASECO S.A.S; siendo DOW QUIMICA DE COLOMBIA, el que proporcionaba los equipos con los cuales iba a desempeñar la labor; declaración que resulta ser responsiva, clara, y espontanea sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la referida relación entre el demandante y las accionadas de la cual tuvo conocimiento por percepción directa, explicándose por parte del testigo de manera suficiente, las funciones realizadas por la actora, dada su permanencia en el área de operación al desempeñar su cargo.

Para la Sala, de los medios probatorios enunciados se desprende claramente que ASECO S.A.S, solo fue un simple intermediario entre el demandante y el verdadero patrono, DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, pues se evidencia (i) una desnaturalización de la figura del contratista independiente, en tanto el verdadero objetivo del convenio celebrado entre las accionadas fue el suministro de la fuerza de trabajo por parte de ASECO S.A.S, a la empresa usuaria, actuando como una empresa de servicios temporales sin estar constituida legalmente para hacerlo; (ii) que el trabajador estaba conminado a ejercer sus funciones de acuerdo a las instrucciones y órdenes impartidas por la empresa donde prestaría sus servicios, esto es, DOW QUIMICA COLOMBIA S.A; acatar sus normas de seguridad y los reglamentos internos; (iii) la ausencia de una autonomía administrativa y técnica por parte ASECO S.A.S, al tener la potestad DOW QUIMICA DE COLOMBIA de solicitar el remplazo del personal que prestaría el servicio y suministrar los equipos y algunos insumos necesarios para la realización de la actividad contratada.

Ahora bien, se advierte que, las testigos Mirian Ulloque Gutiérrez y Tatiana Monterrosa, manifiestan que ASECO S.A.S tenía una supervisora quien era la encargada de coordinar los servicios que se prestaban en DOW QUIMICA DE COLOMBIA; Tatiana Monterrosa, expuso que, este cargo era ejercido por Rosa Castillo, encargada, además, de llevar el control y verificar las cantidades ejecutadas por cada trabajador para efectos de determinar la continuación o finalización de su labor de acuerdo con la obra contratada.

Sin embargo, se estima que, las anteriores declaraciones no tienen la fuerza probatoria suficiente para derruir las conclusiones arriba vertidas, en tanto no resultan responsivas y contestes sobre este tema particular, esto es, la independencia de ASECO SAS en la ejecución de la labor realizada por el demandante, pues ambas deponentes manifestaron que nunca visitaron la sede de DOW QUIMICA DE COLOMBIA, por lo tanto, para esta Corporación no tienen conocimiento directo sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló la relación entre el demandante con la supervisora y el personal de DOW QUIMICA DE COLOMBIA.

Por otro parte, no comparte la Sala, la conclusión del *A-quo* consistente en la inexistencia de una trasgresión del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, al no tener ASECO S.A.S contemplado dentro de su objeto social el suministro de trabajadores en misión, por cuanto dentro del plenario se acreditó en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, que ASECO S.A.S., actuó como una empresa de servicios temporales sin estar autorizada para ello, utilizando su fachada para mimetizar vinculaciones laborales y defraudar a los trabajadores respecto de quiénes son sus reales o verdaderos empleadores, convirtiéndose en simple intermediaria mientras que las empresa usuaria se convierten en la verdadera y directa empleadora con las consecuentes repercusión.

Siendo así, resulta palmario que, las demandadas quebrantaron lo dispuesto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, puesto que vincularon al accionante mediante una modalidad de contratación fraudulenta para responder a actividades laborales que a todas luces no eran transitorias, al requerir de manera continua el servicio, pues en el caso concreto, RICARDO BLANCO DÍAZ, realizó desde el 13 de junio de 2001, hasta 30 de octubre de 2009, funciones de empacador de herbicidas e insecticida, o afines a esta y desde el 01 de noviembre de 2009 hasta el año 2018, se desempeñó en la labor de "*emtambonar y almacenador de producto poloiles"*, destacándose que, durante todos estos años hubo prestación del servicio, por parte del demandante.

Por lo anterior, para este Cuerpo Colegiado, es claro que la empresa ASECO S.A.S solo fue un simple intermediario entre el demandante y el verdadero patrono DOW QUIMICA DE COLOMBIA, en la que actúo sin identificarse como tal, realizando una práctica sistemática, grosera, irregular e ilegal de simulación contractual del

trabajo, la cual, no solo vulnera las leyes públicas del trabajo, sino que desdibujan los principios sobre los cuales se erigen las relaciones laborales, imponiéndose revocar la decisión de primera instancia frente a este tópico.

No obstante, no hay lugar a emitir condena de carácter dinerario en contra de DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, al establecerse por parte del sentenciador unipersonal que, en cada uno de los contratos de trabajo por obra o labor contratada, al demandante, se le cancelaron los salarios y prestaciones sociales, sin que tales aspectos fuera objeto del recurso de apelación por la parte actora.

8.2. De la estabilidad laboral reforzada

Sobre la estabilidad laboral reforzada, conviene memorar que ha sido postura por parte de esta Corporación, que la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas en condición de discapacidad, para que no puedan ser despedidas por razón de su limitación. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2586-2020 indicó que: "*la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue concebida a fin de disuadir los despidos discriminatorios, es decir, aquellos fundados en el prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador. Significa lo anterior que los despidos que no obedezcan a la situación de la discapacidad del trabajador sino a una razón objetiva, son legítimos".*

La intelección que amerita ofrecerle a la citada disposición debe avenirse a la nueva realidad normativa vigente a partir del 10 de junio de 2011, con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de Personas en situación de Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aceptada en Colombia por la Ley 1346 de 2009 (complementada posteriormente con la Ley 1618 de 2013, la sentencia CC C-458-2015 y la Ley 1996 de 2019). En el referido instrumento internacional se abrió paso a una concepción de la discapacidad distinta a la tradicional perspectiva médica, en la que era asimilada a una enfermedad o imperfección de la persona que era necesario corregir. Así, se implementó el denominado «modelo social», conforme al cual, aquella no se encuentra en el individuo sino por fuera de él, concretamente, en la sociedad. Bajo este entendimiento, la deficiencia o limitación física, intelectual, mental o sensorial de una persona, no es lo que la pone en situación de discapacidad, sino, exactamente, la imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad, a causa de las limitaciones o deficiencias del entorno social.

De acuerdo a la concepción legal y jurisprudencial actual sobre protección laboral de personas en condiciones de discapacidad, para que proceda tal protección de estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar **i)** que el trabajador padezca de un estado de discapacidad independientemente de su origen; **ii)** que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; **iii)** que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y **iv)** que el patrono no

solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia CSJ SL3772-2018.

En cuanto al primer requisito, la ley 1618 de 2013, define a las personas con discapacidad o en situación de discapacidad como 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"* y a partir de la adopción del modelo social de discapacidad, la Corte Constitucional en la sentencia CC C-458-2015 desechó las expresiones peyorativas que ubiquen la discapacidad al interior de la persona como es la expresión *"limitación"*, para ser reemplazadas por el concepto *"persona en condición de discapacidad".*

No obstante, estima esta Judicatura que la aplicación de los nuevos abordajes y conceptos sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad no releva al trabajador de acreditar al menos una deficiencia física, psíquica o sensorial que dé lugar a dar por demostrada la condición generatriz de la protección especial, no solo con los dictámenes de pérdida de capacidad laboral proferidos por las juntas de calificación, por no operar tarifa legal frente a la garantía invocada, sino a través de los distintos medios de prueba.

Luego entonces, para probar la condición de discapacidad no se requiere prueba solemne y ciertamente resulta eximia la calificación técnica efectuada por la autoridad competente, sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, la condición de discapacidad que afecta a un trabajador en el ejercicio de sus labores se puede inferir de su estado de salud, siempre y cuando *sea notorio, evidente y perceptible*, antepuesto a restricciones médicas, incapacidades, concepto de no rehabilitación, historia ocupacional, entre otros. (SL 572 de 2021).

Seguidamente, se resalta la corrección doctrinal traída en la sentencia SL 1360 de 2018, en donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió que existe una presunción en favor del trabajador, esto es, que si el trabajador demuestra su condición de discapacidad, conocida por su empleador, el despido se presume discriminatorio y habría lugar a invocar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, 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, prestaciones y la sanción de 180 días de salario.

Pues bien, para demostrar el primero de los requisitos, esto es, la condición de discapacidad, la parte actora aportó al plenario documentales tales como: historias clínicas del 2010 hasta el 2019, exámenes médicos, entre otros documentos relacionados con su estado de salud.

De los anteriores documentales se revela que, el demandante en el año 2005 presentó un derrame pleural y desde el 2009, se le vienen realizando estudios debido a una enfermedad renal crónica por *"hidronefrosis izquierda, hipotrofia renal izquierda"* (Página 173. Historia clínica de 21 de agosto de 2014), además, de acuerdo con el examen de 13 de marzo 2009, se le diagnosticó "*riñón izquierdo afuncional"* y el 20 de junio de 2011, se determinó que la hidronefrosis era secuela de una tuberculosis urinaria.

Padecimiento que persistió, toda vez que, en la ecografía de vías urinarias de 2014, se indicó lo siguiente "*Riñón derecho con volumen y morfología normal. El riñón izquierdo con pérdida de la arquitectura dilatación pérdida de la relación cortico medular y del parénquima renal. Diagnóstico: hidronefrosis izquierda",* estableciéndose como tratamiento desde esa anualidad, nefrectomía radical izquierda, adicional, de las historias clínicas de 24 de abril de 2014 (pág. 257), 21 de agosto de 2014 (Pág. 173), de 30 de noviembre de 2015 (Pág. 165) y 6 de octubre de 2016 (Pág. 269), se evidencia que, pese a que se encontraba programado el procedimiento quirúrgico no había podido realizarse por inconvenientes administrativos relacionados con la EPS.

Posteriormente, se acreditó que sólo hasta el 24 de agosto de 2017, se le realizó nefrectomía izquierda por laparoscopia, tal como consta en la historia clínica del 31 de agosto de 2017 (Pág. 271), y en la epicrisis de 4 de octubre de esa misma anualidad, se le da de alta por urología con recomendaciones por nefrología, sin especificar en qué consistían las mismas (Pág. 275).

De la historia clínica de 19 de noviembre de 2018, se desprende que, al actor se le realizó una cistoscopia, dándosele incapacidad por un día. Posteriormente, el 29 de mayo de 2019, se le diagnosticó un tumor vesical. El 26 de marzo de esa anualidad se indicó que, el comportamiento del tumor era incierto y en la epicrisis de 4 de julio de 2019, se precisó que era un tumor maligno de la vejiga urinaria no especificada.

También, se recibió la declaración de Tatiana Monterrosa, quien manifestó que al momento de terminar el contrato ASECO S.A.S. no tenía conocimiento de los padecimientos de salud del actor, pues a la fecha de terminación el demandante no tenía vigentes incapacidades y en el examen médico de retiro no se reportó la existencia de enfermedad alguna. Testigo que, sobre este tema resulta responsivo, al expresar que estaba encargada de todo lo relacionado con la contratación de los trabajadores, desde su vinculación, afiliaciones respectivas, hasta su finalización, que por esta razón tenía conocimiento de los exámenes médicos de retiro, pues de acuerdo con los resultados obtenidos se procedía a realizar la liquidación del contrato en caso de no evidenciarse afecciones en la salud del empleado.

Pues bien, al revisarse las documentales allegadas, no se avizora de éstas, el conocimiento del empleador frente a la enfermedad padecida por el demandante, aspecto que, igualmente le correspondía probar al actor, como para que pudiera establecerse en su favor una presunción de discriminación, o que, pudiera decirse

que, la entidad demandada dio por terminado el contrato debido a su situación de salud.

Para la Sala, los anteriores medios de prueba demuestran que el demandante si padecía una patología de gran importancia para su salud, no obstante, debe aclararse tal padecimiento no impidió el desarrollo de las funciones del demandante, durante la prestación de los servicios con la entidad DOW QUIMICA S.A.S, pues de las pruebas allegadas, se evidencia que, la enfermedad fue diagnosticada desde el 2009, y pese a ello el demandante continuó prestando sus servicios a través de diversos contratos de trabajo hasta el 30 de octubre de 2018.

En esa medida, la enfermedad presentada, en sí, no constituía un obstáculo para la realización de sus funciones y, en consecuencia, no se hace beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada por condición de discapacidad. Sumado a que, en la epicrisis de 4 de octubre de 2017, se le da de alta por urología con recomendaciones por nefrología, sin especificar en qué consistían las mismas; y que, en la ecografía renal y urinaria de 17 de septiembre de 2018, un mes aproximadamente antes de la terminación del último contrato de trabajo, se indicó que, pese a la ausencia de riñón izquierdo, el derecho se encontraba en condiciones normales y buen funcionamiento.

Ahora bien, en lo que respecta al tumor maligno de la vejiga urinaria no especificado, tal como lo indicó el juez de primera instancia, el mismo no podía ser de conocimiento de la demandada, pues sólo fue diagnosticado el 29 de mayo 2019, esto es, después de la terminación del último contrato (30 de octubre de 2018).

Así las cosas, al no demostrarse una condición de discapacidad o debilidad manifiesta a la terminación del último contrato de trabajo (30 de octubre de 2018), de la cual tuviera conocimiento el empleador, no era necesaria la autorización del Ministerio para dar por finiquitado el mismo, siendo improcedente la pretensión de estabilidad laboral reforzada solicitada.

Ante este panorama, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, pero solo en lo que respecta a declarar que, durante los diversos contratos de trabajo por obra o labor determinada, l verdadero empleador fue DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A, confirmándose el resto de la sentencia absolutoria, por cuanto no hay lugar a emitir condena alguna a favor de RICARDO JOSÉ BLANCO DÍAZ.

9. COSTAS

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 365 del CGP de aplicación en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS.

10. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA PRIMERA FIJA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia de fecha trece (13) de septiembre de 2021, emanada por Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de RICARDO JOSÉ BLANCO DÍAZ contra DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., ASECO S.A.S., ASAP S.A.S. y el llamado en garantía CONFIANZA S.A.; en el sentido de:

- **DECLARAR** que DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A actuó como verdadero empleador de RICARDO JOSÉ BLANCO DÍAZ durante los diversos contratos de trabajo por obra o labor determinada que suscribió con ASECO S.A.S., siendo esta última una intermediaria laboral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, de conformidad con las anotaciones expuestas.

CUARTO: Devolver en su oportunidad el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado

Firmado Por:

Francisco Alberto Gonzalez Medina
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Carlos Francisco Garcia Salas
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Luis Javier Avila Caballero
Magistrado
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8b941db0cceead73c04a4df602ebbbbd2743bb6343246212c40f7ad5ee8f8ebd**
Documento generado en 15/03/2023 11:02:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica