



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

legis

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada ponente

SL3505-2024

Radicación n.º 94113

Acta 44

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala decide el recurso de casación que **INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H. Y CÍA. S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** interpuso frente a la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 26 de marzo de 2021, en el proceso ordinario laboral que **EEEE**¹ promovió en su contra.

¹ Para proteger el derecho a la intimidad del demandante, la Corte anonimizará su nombre.

I. ANTECEDENTES

El citado demandante llamó a juicio a Inversiones y Apuestas Permanentes Arturo Echeverry H. y Cía. S.A.S. en liquidación, para que se declarara la existencia de un contrato a término indefinido entre ellos, desde el 28 de octubre de 2015, que fue terminado unilateralmente por el empleador el 31 de agosto de 2016, sin mediar justa causa y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, a pesar de gozar de estabilidad laboral reforzada.

Con base en ello, solicitó se decrete que el despido fue ineficaz y, en consecuencia, se ordene su reintegro; el reconocimiento y pago de salarios, aportes a seguridad social, prestaciones sociales y la reliquidación de los emolumentos que las conforman; además, la indemnización de que trata el artículo 2.º de la Ley 361 de 1997; la prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; la sanción por falta de consignación de las cesantías; la indexación; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, las costas y las agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se vinculó a la compañía demandada para desempeñar el cargo de escolta; sin embargo, el 31 de agosto de 2016 fue despedido sin justa causa, cuando ejercía el cargo de oficios varios, como portero, mensajero y conductor, sin que se le informara el estado de sus aportes a seguridad social en salud, pensión y parafiscales.

Adujo que la compañía demandada le pagó la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la liquidación de sus prestaciones sociales, pero en forma parcial, ya que sólo tuvieron en cuenta su salario básico, sin el promedio de los pagos por trabajo suplementario y horas extras. Agrega que, a raíz del finiquito, quedó desempleado y ha subsistido por la solidaridad de parientes y amigos.

Indicó que desde el año 2004 se le diagnosticó VIH o Virus de inmunodeficiencia humana y que, para ingresar a trabajar con la compañía accionada, el 27 de octubre de 2015 se practicó examen en el Centro de Diagnóstico y Tratamiento «*Cediatra*». Asimismo, que en febrero de 2016 le notificó por escrito a la representante legal de la accionada su condición de portador del mencionado virus, pero que ésta se negó a firmar el recibido y, por el contrario, le indicó que «*le dejara la notificación del estado de salud en su escritorio*».

Expuso que, con los respectivos permisos de la empresa, asistió a todas las citas médicas que le fueron programadas por la «*Organización Vihonco IPS SAS*» de la EPS Coomeva, tanto para la práctica de análisis médicos, de laboratorio y «*Rayos X*», como para recibir atención médica especializada, permisos por los cuales nunca hubo queja ni anotación en su hoja de vida; aun así, no se le practicó examen de egreso.

Al dar respuesta a la demanda, la accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que

suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con el actor para el cargo de escolta; mismo que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa con el pago de la indemnización y prestaciones de ley; además, que la empresa era concesionaria para la operación del juego de apuestas permanentes «*chance*», operación que es ejercida en la actualidad por otro concesionario.

Relató que no era la primera vez que el accionante trabajaba para la empresa, pero que en ninguno de los periodos por él laborados les informó sobre su estado de salud, del que apenas tuvieron conocimiento con la presente demanda.

Indicó que, en efecto, el actor se realizó los correspondientes exámenes médicos de ingreso, ocasión en la que, por su propia iniciativa y no por exigencia de la compañía, se practicó prueba de VIH el 27 de octubre de 2015, la que consigna como resultado «*NEGATIVO*»; aunado a que el demandante nunca les comunicó las citas médicas a las que afirmó asistir, ni aportó algún documento en el que constara su situación de salud.

En consecuencia, propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó:

Desconocimiento de la empresa demandada de las circunstancias de salud al momento de terminar el contrato laboral; Cobro de lo no debido; buena fe de la empresa demandada; Inexistencia de la obligación a cargo de mi mandante; No hay nexo de causalidad entre la enfermedad

padecida por el empleado y la terminación del vínculo laboral; Pago; No hay lugar a reintegro y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia de 23 de julio de 2019 (f.os 214-215, «Cuaderno Principal» del expediente digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el despido dispuesto por la demandada INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURTO [sic] ECHEVERRY H Y CIA S.A.S., frente al trabajador demandante EEEE mediante comunicación de fecha 31 de agosto de 2016.

SEGUNDO: ORDENAR a la Sociedad demandada INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURTO [sic] ECHEVERRY H Y CIA S.A.S., representada legalmente por Adriana Gordillo Rodríguez o por quien haga sus veces a reintegrar al demandante EEEE identificado con la CC No 79.519.201 al cargo que desempeñaba al momento de ineficaz despido [sic] o a un cargo con funciones compatibles con su estado de salud, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como al pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha del despido y hasta cuando se produzca el reintegro ordenado en esta sentencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la referida sociedad demandada a pagar a favor del demandante la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, en el equivalente a 180 días de salario, que corresponde a la suma de \$5'298.426, que se deberá pagar en forma indexada.

CUARTO: AUTORIZAR a la sociedad demandada a descontar el valor pagado al demandante por indemnización por despido y demás acreencias canceladas con ocasión de la terminación del vínculo laboral, debidamente indexadas.

QUINTO: como consecuencia del reintegro que prosperó [sic] ordenar el pago de los aportes a la seguridad social.

SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEEPTIMO: [sic] **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas. (Énfasis del texto original)

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la sociedad demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de fallo dictado el 26 de marzo de 2021, confirmó la decisión de primer grado.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal estableció como problema jurídico, determinar si el demandante, al momento de su despido, gozaba de estabilidad laboral reforzada conforme a la Ley 361 de 1997 y, en consecuencia, si le asistía o no derecho al reintegro junto con el pago de los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social.

Con el fin de dar respuesta al cuestionamiento, realizó una reseña normativa y jurisprudencial sobre la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para luego indicar que el actor, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, padecía de VIH al momento del despido, enfermedad que es considerada como catastrófica y que ello, de suyo, implicaba la garantía de estabilidad laboral reforzada, pues, por una parte, tal padecimiento expone a las personas portadoras del virus a discriminación derivada de

los prejuicios existentes y, por otra, involucra un estado permanente de deterioro médico, de tal forma que son merecedores de un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.

De este modo, recalcó que el empleador que pretenda dar por terminada una relación laboral con una persona beneficiaria de ese fuero debe fundarse en un hecho objetivo que demuestre que el despido no está relacionado con el estado de salud y, además, acreditar que solicitó la autorización para despedir a la autoridad de trabajo.

Indicó que el empleador, en comunicación dirigida al demandante de 31 de agosto de 2016, dio por terminado el contrato de trabajo, sin invocar alguna de las causales del artículo 62 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, pues sólo indicó que finalizaba el contrato *«[...] en forma unilateral y sin Justa causa, según el artículo 64 del CST modificado por la Ley 789/2002 [...]»*.

Por lo anterior, el Tribunal estimó que la accionada omitió invocar una justa causa y solicitar la autorización exigida para este tipo de situaciones, razones por las que avaló la orden de reintegro dispuesta por la jueza *a quo*. Para el sentenciador de apelaciones, si bien la recurrente negó la calidad de sujeto de especial protección del actor con base en que no les comunicó su enfermedad, en todo caso el Decreto 1543 de 1997 prevé que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por

el Virus de Inmunodeficiencia Humana, en protección también de su derecho constitucional a la intimidad.

De conformidad con lo considerado, recalcó que el derecho a la intimidad de las personas que padecen VIH ha sido objeto de especial protección legal y jurisprudencial, razón por la cual el trabajador que lo porta no está obligado a notificar ese hecho a su empleador ni al inicio de la relación laboral ni durante la ejecución de sus labores y, en caso de comunicarlo, ello no faculta al dador de empleo para terminar el contrato de trabajo.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones.

En subsidio, pide que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la condena al reintegro -y sus efectos- y, en sede de instancia, se revoque dicha determinación para, en su lugar, ordenar únicamente el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997,

«ante la imposibilidad de cumplir el reintegro en razón de la liquidación de la sociedad demandada».

Finalmente, pide el quiebre parcial del fallo confutado, pero sólo en el evento de considerar que no existe fundamento para casar la decisión que ordenó el reintegro, de modo que se anule la orden de pago respecto de las prestaciones sociales que exijan la prestación efectiva del servicio.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación laboral, que no fueron replicados, respecto de los cuales, por razones estrictamente metodológicas, la Sala se pronunciará inicialmente sobre el segundo conflicto de legalidad y, de ser procedente, sobre los restantes.

VI. SEGUNDO CARGO

Lo encauza por la vía directa, por interpretación errónea de los artículos 26 de la Ley 361 de 1997 y 35 del Decreto 1543 de 1997, en relación con los artículos 2.8.1.5.6 del Decreto 780 de 2016; 1.º, 2.º, 3.º, 5.º de la Ley 361 de 1997; 7, 32 y 39 del Decreto 2463 de 2001; artículo 3.º de la Ley 1346 de 2009; artículo 2.º de la Ley 1618 de 2013; los artículos 1.º, 19, 43, 55, 58, 60, 62, modificados por el artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965; los artículos 64, 104 y s.s., 127, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 17 y 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4.º de la Ley 797 de 2003; el artículo 4.º de la Ley 1564 de 2004

[sic], artículo 8.º del Decreto 917 de 1999; la Ley 972 de 2005, Ley 82 de 1988; artículo 3.º del Decreto 1507 de 2014; 99 de la Ley 50 de 1990; 1595, 1602 y 1603 del Código Civil y 13, 15, 25, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 68, 93 y 366 de la Constitución Política.

En su desarrollo refiere, en síntesis, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que la limitación que sufra una persona no puede ser motivo para su despido; sin embargo, el legislador parte de un supuesto y es el conocimiento que tenga el empleador de la condición o limitación del trabajador, por lo que en esa hipótesis los dos modos de finalización del contrato de trabajo -el despido y la decisión unilateral del empleador- estarían limitados o prohibidos y la conducta del empleador en ese sentido sería sancionada con la ineficacia del acto.

El recurrente enfatiza en que, la restricción de ese ejercicio empresarial parte del entendido que el empleador conoce la situación de salud y que, por el contrario, si no tiene conocimiento de la misma no opera el mencionado resguardo; expone que la facultad limitada del empleador no implica que deba presumir alguna limitación en la persona de su trabajador, por lo que, el hecho que el trabajador hubiere decidido mantener en reserva la información relacionada con su situación de salud, no puede entenderse en el sentido que la empleadora debía y podía presumir que su servidor portaba esa enfermedad.

De esta forma, insiste, si el demandante decidió guardar reserva sobre su situación de salud, asumió el riesgo relacionado con el ejercicio libre y voluntario de su empleadora para poner fin a la relación de trabajo, en la que no existía restricción o protección a tener en cuenta, sin que se deba reprimir ni castigar la falta de conocimiento de la parte demandada, máxime si al momento de la terminación del contrato no existía circunstancia que dificultara o impidiera el ejercicio de las tareas normales por parte del trabajador.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente caso, el *ad quem* estimó procedente la protección por estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por cuanto la accionada no invocó una justa causa para el despido y tampoco solicitó autorización al Ministerio de Trabajo. A juicio del juez plural, si bien aquella alegó que el actor no le comunicó su padecimiento de salud, el Decreto 1543 de 1997 dispone que los trabajadores no están obligados a informar al empleador su condición de personas portadoras del Virus de inmunodeficiencia humana.

Para el juez de alzada, bajo los lineamientos del estado de debilidad manifiesta y dada la naturaleza del padecimiento, se activaba automáticamente la garantía de estabilidad laboral reforzada, por la discriminación y prejuicios frente a este tipo de patología, que por sí misma

implica un deterioro de la salud y un estado de vulnerabilidad que imponía brindar la protección.

Por su parte, la censura radica su inconformidad en que el Tribunal se equivocó al entender que no es requisito que el empleador tenga conocimiento de la patología para que opere la protección solicitada, pues si durante la ejecución del contrato de trabajo e, incluso, al momento del finiquito, la empleadora la desconocía, no había lugar a aplicar la protección deprecada ni a considerar que el despido estuvo fundamentado en razones discriminatorias.

Bajo las premisas antedichas, le corresponde a la Corte definir si el Tribunal incurrió en error jurídico al estimar que para que opere la protección de trabajadores seropositivos no es requisito que el empleador tenga conocimiento de tal condición al momento del despido.

Para resolver el problema jurídico, y sin perjuicio de la vía de ataque que se analizará, no son objeto de discusión los siguientes supuestos de hecho, que tuvo por acreditados el juzgador de alzada:

i) El actor estuvo vinculado con la empresa accionada desde el 28 de octubre de 2015 (f. 14 -17 del cuaderno principal de primera instancia digitalizado); *ii)* el contrato de trabajo terminó el 31 de agosto de 2016 en forma unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora (f. 18 del cuaderno principal de primera instancia digitalizado); *iii)* al demandante se le diagnosticó con el VIH - Virus de inmunodeficiencia humana

en el año 2004 (f. 41 del cuaderno principal de primera instancia digitalizado) y, *iv*) el actor no informó al empleador su situación de salud.

Hechas las anteriores precisiones, la Corte considera oportuno reflexionar en torno a la intelección y alcance del artículo 35 del Decreto 1543 de 1997 denunciado en el cargo, de conformidad con el desarrollo legal que ha tenido la protección a las personas portadoras del Virus de inmunodeficiencia adquirida.

El mencionado decreto, *«Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)»*, tiene como finalidad, entre otras, regular las conductas, acciones, actividades y procedimientos relacionados con la aludida infección, así como establecer los derechos y deberes de la sociedad en general y de las personas portadoras, con el objeto de contrarrestar la vulneración de los derechos fundamentales a la que se han visto sometidos históricamente, ocasionada no pocas veces por el temor infundado hacia las formas de transmisión del virus.

Con ese propósito, contempla en el artículo 35, lo siguiente:

ARTÍCULO 35o. - Situación Laboral. Los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de

Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes. (Énfasis de la Sala)

La citada normativa tiene como antecedente remoto la Ley 10 de 1990, *«por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones»*, reglamentada a través del otrora Decreto 559 de 1991 *«por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, en cuanto a la prevención, control y vigilancia de las enfermedades transmisibles, especialmente lo relacionado con la infección del Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, y el Síndrome de Inmuno deficiencia Adquirida, SIDA, y se dictan otras disposiciones sobre la materia»* mismo que, también en su artículo 35, contempló:

ARTI[CULO] 35. Los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, o su relación de riesgo [sic] con respecto al mismo. (Énfasis de la Sala)

De esta manera, la especial protección a las personas seropositivas no ha sido ajena al interés y prioridad estatal tanto para garantizar su atención integral en salud como para proscribir conductas discriminatorias que puedan presentarse en las diferentes facetas de interacción de este grupo poblacional. Así es como, a manera de ejemplo, en la Ley 972 de 2005 *«Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida»*, se previó en el artículo 2º:

Artículo 2º. El contenido de la presente ley y de las disposiciones que las complementen o adicionen, se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna [...]

En relación con ello, es menester anotar que, el deber de información contractual, cuyo principio orientador es la buena fe, también es aplicable a las relaciones obrero patronales; de esta manera, en principio, ambas partes contratantes, desde el génesis del *iter* contractual -etapa precontractual-, durante la ejecución del contrato y, en determinados casos, en la etapa post contractual, deben suministrar la información que sea relevante y necesaria para la eficaz ejecución del objeto contractual, información que debe caracterizarse por su claridad, oportunidad y transparencia.

Sin embargo, el aludido deber no es absoluto, pues dentro del ordenamiento jurídico se han previsto límites que regulan su campo de acción. Estas restricciones precaven, entre otros aspectos, un eventual abuso del derecho a ser informado, o la vulneración de garantías fundamentales tales como los derechos a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación.

De este modo, en lo que toca, en concreto, al deber de informar al empleador sobre el estado de salud, la presencia de enfermedades o la situación de discapacidad por parte del trabajador -e, incluso, de quien procura ser contratado-,

operan reglas que lo delimitan y restringen, principalmente para resguardar derechos de índole fundamental, entre las cuales se encuentran, sin que pretenda ser una lista taxativa, las siguientes:

i) La petición de información sensible relacionada con determinadas condiciones de discapacidad se tiene como una práctica ilegítima;

ii) no brindar al empleador información al respecto no puede constituir justa causa de despido, a menos que éste acredite que la enfermedad o padecimiento que el trabajador no comunicó es incompatible con las funciones a desempeñar;

iii) en la etapa precontractual -e, inclusive, en el desarrollo del contrato- las indagaciones que no estén directamente relacionadas con las necesidades del cargo podrían interpretarse como posibles indicios de discriminación, de modo que el aspirante y/o el trabajador no está obligado a absolverlas;

iv) no es obligatorio que el aspirante y/o el trabajador se realice exámenes médicos o presente los resultados de los mismos si no están relacionados directamente con las necesidades de la profesión u oficio.

Visto lo expuesto, y en atención al artículo 35 antes transcrito, resulta diáfano que éste prevé una excepción al deber de información contractual en materia laboral, al

excluir expresamente la obligación del trabajador de informar la condición de persona portadora del virus a su empleador, tanto al inicio de la relación laboral como durante el transcurso o ejecución de sus labores. Igualmente se precave que, en el evento de informarlo, el empleador está compelido a brindar las oportunidades y garantías laborales que sean razonables de acuerdo con su capacidad y, en ningún caso, esa situación de salud puede ser causa eficiente del despido.

De este modo, la preceptiva que ocupa la atención de la Sala, contempla una facultad en cabeza del trabajador relacionada con la posibilidad -siempre voluntaria- de reservarse la información atinente a su condición de persona seropositiva, para proteger su derecho a la intimidad y confidencialidad, conforme al cual, el mencionado padecimiento, en principio, atañe exclusivamente a su esfera personal, sin que a la sociedad le asista interés para conocer dicha información; sin embargo, como todo ejercicio de una facultad legal, puede generar consecuencias en el ámbito concreto del trabajo, que deberán ser evaluadas en cada caso concreto.

En efecto, para casos como el presente, el ejercicio de la facultad legal de reserva por parte del trabajador sobre su condición seropositiva, y comprobada la falta de conocimiento del empleador por cualquier otro medio, trae como consecuencia lógica la imposibilidad de alegar un trato discriminatorio derivado de esa precisa situación, en el curso de la relación laboral y/o al momento del despido.

En todo caso, si se decide informar directamente al empleador éste tiene la obligación de guardar reserva, tomar las medidas necesarias y/o adoptar cualquiera de ellas para impedir que se genere un trato discriminatorio en contra del trabajador. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda surgir una causa objetiva.

Lo afirmado, por cuanto resulta un contrasentido establecer que el empleador, al dar por terminado el contrato de trabajo, actúa conforme a un móvil o criterio discriminatorio derivado del sesgo frente a una enfermedad del trabajador, sobre la cual no tenía -ni pudo tener, por cualquier medio- conocimiento.

Así las cosas, el derecho que subyace a la norma examinada, este es, el de no tener la obligación de informar sobre la condición de seropositiva, ampara al trabajador para que no divulgue su especial situación al momento de ingresar a un trabajo y durante la ejecución del mismo, con el fin de proteger sus derechos fundamentales como el acceso al trabajo, la intimidad, entre otros, pero no puede considerarse que tal prerrogativa extiende su teleología y radio de aplicación al punto de abarcar, incluso, hipótesis como la acá pretendida, esto es, que a pesar de que el trabajador mantuvo en total reserva la información sobre su patología, en uso de la facultad prevista en el artículo 35 acá analizado, opera sin otro miramiento la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, basada en un supuesto despido discriminatorio, a pesar de que al momento del finiquito el empleador era desconocedor de tal condición.

La intelección así realizada por el *ad quem*, no puede asemejarse a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico; por el contrario, derivó en una tercera normativa, al entremezclar el derecho previsto en el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997 y la garantía especial derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con el fin de aparejar la protección solicitada, sin detenerse a analizar la teleología de una y otra, así como los requisitos que deben acreditarse, sin excepción, para acceder a la segunda.

De conformidad con lo anotado, se verifica el error interpretativo del Tribunal sobre el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997, pues si bien éste ampara al trabajador para que no divulgue su condición al momento de ingresar al trabajo o para mantenerse en él -salvo que dicha condición sea incompatible con el empleo, lo que corresponde acreditar al empleador-, lo cierto es que para derivar una posible conducta discriminatoria por ser portador del virus, es imperativo el conocimiento del empleador, de lo contrario, no es posible exigirle una determinada conducta o presumir, en forma automática, que la decisión del despido estuvo fundada en criterios prejuiciosos, por la sola existencia del padecimiento.

En síntesis, los efectos del artículo 35 del Decreto 1543 de 1997 no se extienden a la situación en la cual se pretende obtener una protección foral que pueda derivarse de un trato discriminatorio contra una persona portadora del virus, ni la

protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 opera en forma automática por la sola existencia de la enfermedad.

Constatado el error jurídico del Tribunal, prospera el segundo cargo en los términos antedichos, lo que impone casar la sentencia impugnada y releva a la Corte del estudio de los cargos primero y tercero, por sustracción de materia.

Sin costas en casación.

VIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, corresponde definir si se acreditó o no en el plenario que el actor se encontraba en situación de discapacidad al momento del despido, que hiciera viable la garantía a la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sentado lo anterior, a efectos de resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación ha prolijado de tiempo atrás, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagra una valiosa protección en favor del trabajador que se encuentre en *situación de discapacidad*, consistente en que ninguna persona pueda ser despedida ni su contrato terminado **por razón** de dicho estado, «*salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo*»; de esta manera, se busca impedir que el despido tenga como móvil criterios discriminatorios.

Sobre el alcance de la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la sentencia CSJ SL2834-2023, la Corte señaló:

(i) Las personas beneficiarias de la protección a la estabilidad son aquellos trabajadores con discapacidad, entendida esta condición, a su vez, en concordancia con las definiciones previstas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por Ley 1346 de 2009, y la Ley Estatutaria 1618 de 20131.

(ii) Así, para la Sala, en vigencia de las referidas normas, la identificación de los sujetos amparados por esta especial garantía a la estabilidad no puede depender de un factor numérico cerrado y sí debe subordinarse a la acreditación de los siguientes elementos, dentro de un marco de libertad probatoria, sin necesidad de una prueba solemne: - Una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo. - La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás. - El conocimiento de dicha situación por parte del empleador en el momento del despido.

(iii) Una vez acreditadas estas premisas, para el empleador resulta preciso realizar ajustes razonables en aras de compatibilizar la discapacidad con el empleo, no obstante que «[...] conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo [...]», en la medida en que «[...] el referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables».

En la misma providencia, la Sala adoctrino que tal protección no es absoluta, sino que contiene un esquema de *estabilidad reforzada* que se materializa a través de un conjunto de variables, a saber:

- El derecho del trabajador a permanecer en el empleo, con el correlativo deber del empleador de realizar ajustes, razonables y proporcionales, para compatibilizar el trabajo con la discapacidad.

- La discapacidad no puede ser el motivo de la finalización de un contrato de trabajo, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo, en la que se evalúe la compatibilidad de la discapacidad con el empleo y la realización de ajustes razonables.

- Se presume que el móvil de la finalización del contrato de trabajo es la condición de discapacidad, **pero esa presunción puede ser desvirtuada por el empleador.**

- Y, en todo caso, el empleador conserva la facultad de disponer la terminación del vínculo laboral con fundamento en una causa objetiva, sin necesidad de autorización del Ministerio de Trabajo. [Resaltado de la Sala]

Lo pretendido por la norma es prevenir cualquier móvil de discriminación, perjuicio o estigma frente a la población trabajadora en *situación de discapacidad*, pero no tiene como propósito impedir que el contrato de un trabajador en esa situación pueda ser terminado, pues el finiquito en esa hipótesis bien podría obedecer a las causas determinadas en la ley, ora una causa objetiva, o una justa causa que, acreditada, revierte la presunción de despido discriminatorio basada en la discapacidad; esto es, no es dable estimar que el finiquito ocurrió por los padecimientos de salud y, en esas precisas condiciones, no habría lugar a exigir la dispensa previa a la autoridad de trabajo.

Adicionalmente, la Sala tiene precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es

que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.

En este punto, se precisa que el citado artículo 26 protege a las personas en condición de discapacidad; al respecto, la Sala no desconoce que la Corte Constitucional ha construido una línea de jurisprudencia a partir de la cual se defiende la existencia de un *especial derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores que viven con el VIH*, por ser sujetos de especial protección constitucional, al tratarse de una población sometida históricamente a un contexto social y cultural de segregación, estigma y discriminación, especialmente por sesgos, desinformación, temores y prejuicios.

Sin embargo, también ha aclarado que tal derecho se materializa en una prohibición para el empleador de terminar el contrato de trabajo en forma discriminatoria, por lo que, aunque dicho elemento se presume, el empleador tiene la posibilidad, a guisa de ejemplo, de acreditar una *causa objetiva* con la que desvirtúe el elemento discriminador (Ver, entre otras, CC T-277-2017, CC T-426-2017, CC T-376-2019, CC T-267-2020, CC T-399-2020).

En relación con ello, dicha Corporación ha expresado: «[...] *esta protección no opera por el solo hecho de ser portador del virus, ni se hace absoluta o perpetua ni impone al empleador cargas exorbitantes. Para que exista vulneración*

*de los derechos de los trabajadores en condición de debilidad manifiesta por ser portador de VIH **es preciso que exista conexidad entre dicha condición y la desvinculación laboral***» (CC T-519-2003, CC T-277-2017, CC T-426-2017, CC T-581-2023) (Énfasis de la Sala).

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha enfatizado que la protección referida depende de que se acredite: i) que el trabajador tiene un estado de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación resulta suficiente para considerarlo sujeto de especial protección constitucional; ii) que el estado de debilidad manifiesta haya sido conocido por el empleador en un momento previo al despido, y iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación (CC T-620-2019).

Visto lo anterior, la conexidad entre la condición de salud y la terminación del vínculo está íntimamente relacionada con el conocimiento previo que tenga o pueda llegar a tener el empleador sobre aquella; lo contrario, implicaría exigirle el cumplimiento de *deberes especiales* a quien desconoce que tiene tal obligación legal y constitucional, y dejar de lado que, en este tipo de casos, lo que se previene y castiga a partir de la garantía por estabilidad laboral reforzada son los tratos discriminatorios que, si bien se presumen, pueden también desvirtuarse en el proceso.

Con todo, debe distinguirse que la aludida *garantía a la estabilidad contra despidos directamente discriminatorios por razón del VIH*, que emana directamente de los artículos 13 y 25 de la Constitución Política, también tiene asidero en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT -, que hace parte del bloque de constitucionalidad y que promueve la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, además de que reprime la discriminación por factores como raza, color, sexo, religión, opinión política, y *cualquier otro* que anule o altere la igualdad de oportunidades y de trato, dentro de los cuales se ha tendido a incluir el diagnóstico del VIH.

En su oportunidad, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR de la OIT señaló al respecto lo siguiente:

Por lo que se refiere al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y al síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), se ha observado entre los empleadores una propensión a efectuar pruebas de detección del SIDA de manera sistemática y a espaldas de los trabajadores, como condición previa a la contratación o como parte de los reconocimientos periódicos a que se somete a los trabajadores en el marco de la medicina del trabajo. Es indudable que este tipo de prácticas dan lugar a discriminaciones respecto del acceso al empleo o la conservación del mismo. Por esta razón, es indispensable que se adopten disposiciones protectoras, tanto para prohibir que se efectúen pruebas a espaldas de los trabajadores como para preservar el carácter confidencial de los resultados de los reconocimientos médicos que pueden realizarse con miras a proteger la salud pública. Cada vez que se efectúe una prueba de detección, se debería informar a la persona interesada acerca del resultado. El hecho de que un trabajador esté infectado con el virus VIH tiene consecuencias, por lo general negativas, en sus relaciones de trabajo con su empleador o superior jerárquico, pero también con sus colegas. Una campaña de información sobre las vías de

transmisión del virus y una educación del público sobre la materia pueden bastar para combatir los prejuicios y las ideas falsas que se abrigan respecto de las personas seropositivas. Cumplir esta obligación es de la incumbencia de los poderes públicos, aunque mucho puede hacerse también en la propia empresa. En este sentido, puede consultarse la Declaración común sobre el SIDA y el lugar de trabajo, preparada por la OMS en asociación con la OIT en junio de 1988, en la que se determinan los elementos de una política de no discriminación en el empleo.²

A su turno, la Recomendación 200 de la OIT determina que «[...] *no debería haber ninguna discriminación o estigmatización contra los trabajadores, en particular contra las personas que buscan empleo y los solicitantes de empleo, por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH [...]*» y, según el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, «[c]on arreglo al principio de trabajo decente y del respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas o afectadas por el VIH/SIDA, no debería haber discriminación alguna contra los trabajadores basada en una infección por el VIH real o supuesta».

Ahora bien, el reconocimiento del marco indicado no quiere significar que esta Corporación admita un genérico *fuero de salud* o que se acepte la protección a la estabilidad en función de la simple condición médica de un trabajador, sino que admite este especial y alternativo derecho a la estabilidad, *específicamente para los trabajadores que viven con VIH*, por el contexto histórico de segregación al que han estado sometidos, pero debe estar suficientemente

² Informe III (Parte 4B), Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111, 1996.

acreditado que la terminación de sus contratos de trabajo ha tenido un **nexo causal** con su patología.

En ese contexto, descende la Sala al estudio del material probatorio obrante en el plenario, a efectos de resolver el problema jurídico y determinar si, en el caso concreto, se acreditó o no una discapacidad en el accionante al momento del despido, que hiciera viable la protección derivada del artículo 26 precitado.

Tal como se anotó en casación, el accionante fue diagnosticado con VIH o Virus de inmunodeficiencia humana el 2 de septiembre de 2004 (f. 41 del cuaderno principal de primera instancia digitalizado); sin embargo, también se observan en el plenario los exámenes médicos de ingreso que se practicó, entre estos, la copia de examen clínico aportado por la demandada, expedido por el «*Centro de Diagnóstico y Tratamiento - Cendiatra*» un día antes de la fecha de inicio del contrato -27 de octubre de 2015-, y que arrojó como resultado «*Negativo*» para la prueba de «*ANTICUERPOS HIV 1&2 (Elisa Inmunocromatográfico)*» (f. 144 Cuaderno Principal de primera instancia digitalizado; f. 42 cuaderno principal «*Cd Folio108*»).

Así las cosas, sin dejar de lado la especial naturaleza de la enfermedad padecida por el demandante y la protección especial de la que es destinatario el grupo poblacional que la padece, la Sala no puede soslayar que, a partir de la fecha de su diagnóstico en el año 2004 y, por lo menos, durante el periodo en el que estuvo vinculado a la empresa -de 28 de octubre de 2015 a 31 de agosto de 2016-, los resultados de los

exámenes clínicos verificados en el expediente develan que tenía una carga *indetectable* y/o un nivel reducido del virus en la sangre -supresión viral- que, por lo general, se deriva de una buena adherencia al tratamiento médico prescrito y permite a los pacientes el goce de una vida sana, conforme se verifica continuación:

[...] Fecha de recepción: 08-jul-2016 [...] VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA VIH-1 CARGA VIRAL [...] **MENOR DE 40 copias/mL** Log 10: MENOR DE 1.60 [...] **Rangos de detección: De 40 copias/ml a 10 Millones de copias/ml** [...] (f. 44 cuaderno principal de primera instancia digitalizado).

[...] Fecha Validación: 11-dic-2015 [...] **VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA VIH-1 CARGA VIRAL** [...] CUANTIFICACION DEL ACIDO [sic] NUCLEICO RNA DE VIH-1 **RNA, VIH-1: MENOR DE 40 copias/mL Log 10: MENOR DE 1.60** [...] **Rangos de detección: De 40 copias/ml a 10 Millones de copias/ml.** (f.ºs 48-49 cuaderno principal de primera instancia digitalizado).

Y es que, pese a su gravedad, la Organización Mundial de la Salud y entidades autorizadas como ONUSIDA han clarificado que el VIH puede tener múltiples estadios y facetas, aparte de que puede ser enfrentado a través de tratamientos antirretrovirales o antirretrovíricos que permiten que el virus no se transmita y que las condiciones de vida de las personas y su esperanza de vida sean las mismas que una persona no infectada.

En efecto, la inclinación de la respuesta virológica del actor tendiente a los bajos niveles se mantuvo, incluso, luego de terminado el vínculo laboral, como se verifica en la historia clínica:

[...] Fecha ingreso: 10/03/2017 [...] **VIH CARGA VIRAL < 20 copias/mL** LOG: < 1.3 Resultado por debajo del límite de sensibilidad de la prueba. Sensibilidad de la técnica: DE 20 – 10.000 copias/mL VALOR DE REFERENCIA: Menor de 20 copias/mL LOG (10): Menor de 1.3 [...] (f. 46 cuaderno principal de primera instancia digitalizado). (Énfasis de la Sala)

De igual modo, en copia de la «*HISTORIA CLÍNICA MEDICINA GENERAL*» adiada 27 de junio de 2016 (f.os 61-64 cuaderno principal de primera instancia digitalizado), el médico tratante refrendó:

[...] CITA DE CONTROL **Especificación del Programa PAQUETE VIH COOMEVA HAART Fecha** 27 de junio de 2016 [...] 1. Infección por VIH EC inicial A2 (2004) [...] **niega infección oportunista** [...] Historia HAART: AZT/3TC/ NVP (único esquema desde el 2005) [...] AP: patológicos: VIH (abril 2004) [...]

[...]

PERFIL INMUNOVIROLOGICO: [sic] diciembre 2015 CV: MENOR 40 COPIAS/ML LOG10: MENOR 1.60 [...]

[...]

ADHERENCIA: JUNIO 2016: > 95% los últimos 30 días, con buena tolerancia a su esquema HAART

SINTOMAS [sic] ACTUALES: paciente niega signos y síntomas, niega tos, sudoración nocturna y fiebre, niega hospitalizaciones en los últimos 30 días [...] **ANÁLISIS Y PLAN DE MANEJO** Paciente B24x desde abril de 2004, estado actual A2 (CDC 1993), su esquema HAART actual es AZT/3TC/NVP con buena adherencia y tolerancia al tratamiento HAART, buena respuesta virológica, inmunológica y clínica [...] (Énfasis de la Sala)

Al respecto la Sala advierte, además, que a pesar de que el actor plasmó en la demanda que solicitó a la empleadora permisos para asistir a controles y/o citas médicas, no se observan en el plenario incapacidades médicas expedidas durante la ejecución del contrato ni al momento de su

finalización, ni parte de la historia clínica en la que se avizore un peligro inminente para su vida, sintomatología o afectaciones de salud concretas, derivadas de la patología por la cual dio inicio al presente proceso, enfermedades y/o infecciones oportunistas asociadas al VIH que afectaran su calidad de vida con incidencia en el trabajo.

Del mismo modo, tampoco figuran adosados al expediente elementos indicativos de que el empleador ejecutó actividades relativas a las obligaciones de «*medicina del trabajo*», tales como evaluaciones ocupacionales -conforme al Decreto 1443 de 2014 y la Resolución 2346 de 2007-, con los que se pudiera acreditar que el actor contaba con una discapacidad al momento del despido, que de alguna manera era percibida por el empleador.

De acuerdo con lo observado, una persona diagnosticada con VIH no necesariamente tiene una discapacidad, en los términos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque en determinados contextos podría serlo, si se acredita que por causa de su patología enfrenta limitantes que impiden su participación en la sociedad en condiciones de igualdad, en el caso concreto, en el ámbito del trabajo.

En el presente caso, del análisis integral de las pruebas no posible concluir sin ambages que el demandante contaba con una discapacidad al momento del despido, pues no se acreditó que: i) el empleador conociera ni que pudo llegar a tener conocimiento de la enfermedad del trabajador por su

notoriedad ni que ii) la ejecución de sus funciones se viera significativamente afectada, esto es, no existe en el caso analizado un fundamento de hecho probado con base en el cual sea viable exigirle al empleador que acredite las medidas de acondicionamiento que haya tomado para compatibilizar la deficiencia con el empleo y/o aquellas necesarias para impedir que se generara un trato discriminatorio en contra del trabajador.

Dicho en otras palabras, si bien en el *sub lite* se acredita la existencia de una condición física considerada de largo plazo, también lo es que ante el desconocimiento de la misma por parte del empleador y desvirtuado como está que aquella fuera notoria y/o le representara una limitación con incidencia en el ejercicio de las funciones del trabajador, por lo menos para el periodo en el que tuvo vigencia la relación laboral, no había lugar a considerar que tuviera una discapacidad, ni que fue un móvil discriminatorio lo que motivó la terminación del contrato, esto es, se desvirtúa que el finiquito operó **por razón de su limitación** en los términos exigidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues tal protección está específicamente encaminada a prevenir y sancionar la discriminación en el empleo y, al no mediar dicho elemento, la finalización del contrato se torna válida, al margen del *modo* legal ejercido por la accionada para llevarla a cabo.

En suma, el fallador de primera instancia erró al considerar que operaba la protección solicitada en atención a que el despido tuvo lugar mientras el trabajador estuvo

afectado en su salud, a pesar de que del material probatorio no era dable extraer tal aserto, pues si bien fundó su decisión en el testimonio de Óscar León León, lo cierto es que este por sí solo no acreditaba el conocimiento directo de los hechos, pues fue claro en indicar que a éste arribó por el dicho del demandante o de terceros; como se anotó, el solo padecimiento de una enfermedad considerada como catastrófica no implica el reconocimiento automático de la garantía foral prevista en el artículo 26, es necesario acreditar la existencia de una condición de discapacidad indubitable al momento del despido, lo que no ocurrió en el *sub lite*.

En otras palabras, en el caso concreto, a pesar de que el actor está diagnosticado con el Virus de inmunodeficiencia humana desde el año 2004, no tenía una discapacidad al momento del despido en el año 2016 que lo hiciera sujeto de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de modo que no había lugar a considerar que el despido tuvo como móvil criterios discriminatorios derivados de su enfermedad.

De acuerdo con lo expuesto, se revocará el fallo de primera instancia para, en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo del demandante.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó el 26 de marzo de dos mil veintiuno (2021), dentro del proceso ordinario laboral que **EEEE** siguió contra **INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H Y CÍA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.**

Sin costas en casación.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2019 y, como consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada **INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H. Y CÍA. S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** de las pretensiones incoadas en su contra por **EEEE**, con base en las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO. Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.