



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL2981-2019

Radicación n.º 57004

Acta 023

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Decide la sala el recurso de casación interpuesto por **EXPRESO BOLIVARIANO S.A.**, hoy **EXPRESO BOLIVARIANO S.A. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN** contra la sentencia proferida por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. el 30 de abril de 2012, dentro del proceso que promovió en su contra **PEDRO PABLO MAHECHA CASTRO**.

I. ANTECEDENTES

Pedro Pablo Mahecha Castro demandó a Expreso Bolivariano S.A., pretendiendo que previa la declaratoria de que la terminación del contrato de trabajo efectuada el 21 de

julio de 2006 no produjo efecto alguno, en razón de ser sujeto de estabilidad reforzada por fuero de discapacidad, se le condenara a reinstalarlo al cargo que venía ejerciendo, con el pago de los salarios, y sus reajustes, desde el día del despido hasta la fecha de su reinstalación, junto con las primas, los intereses a las cesantías, las vacaciones, el auxilio de transporte, la dotación de labor y los aportes a la seguridad social; y la indexación de las sumas objeto de condena.

En forma subsidiaria solicitó la declaratoria de que el contrato de trabajo terminó sin justa causa, en consecuencia, que se condenara a la demandada al pago de la indemnización por despido; así como las horas extras; los recargos nocturnos, y por dominicales, festivos y compensatorios; el reajuste de las cesantías y los intereses sobre las mismas, las primas de servicio y las vacaciones; las indemnizaciones por la mora y por la no consignación de las cesantías en un fondo destinado para tal fin; y la indexación de las sumas objeto de condena.

Como fundamento de sus pretensiones adujo que laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 1º de septiembre de 2005, como conductor del bus n.º 9215, prestando el servicio en la ruta Bogotá - Cali, Cali - Cúcuta, Cúcuta - Ipiales, Ipiales - Bogotá, Bogotá - Medellín, y ciudades intermedias; que ejercía sus funciones de lunes a lunes, incluyendo dominicales y festivos, en un horario de 5 a. m. a 10 p. m., o en jornada continua, por el término de duración de la ruta, inclusive de 36 horas continuas; que durante la relación

laboral devengó un salario básico de \$740.000, mas comisiones del 2% sobre lo producido mensualmente por el vehículo, para un total promedio devengado de \$1.301.885, que fue el último pago realizado antes de estar incapacitado, sin que le hubieran incluido los dominicales y festivos, las horas extras, ni los recargos nocturnos y los compensatorios.

También afirmó que al momento de liquidarle las prestaciones sociales, no se tuvo en cuenta el último salario devengado, pues solo se aplicó el básico; que durante el desarrollo del contrato padeció de una enfermedad común denominada «*OBSTRUCCIÓN DE NEFORATOMIA, ASOXIADO (SIC) FIEBRE, NAUSEAS, MALESTAR GENERAL CALCULO DE RIÑON IZQUIERDO CON COLOCACIÓN DE NEFROSTOMIA IZQUIERDA DRENANDO Y OBSTRUCCIÓN EN EL RIÑON DERECHO*», y que a partir de ello ha estado entre incapacidades médicas y tratamientos tendientes a controlar el padecimiento, que lo tiene limitado para el ejercicio de cualquier actividad laboral; que se le concedieron incapacidades laborales a partir del «*24 de diciembre*» conforme a certificados de incapacidad n.º 48850, 672282, 684296, 699496, 722504, 710164, 714003, 720777, 728745, 745749, 745752, la última con fecha de terminación del 13 de agosto de 2006, expedidas y certificadas por la EPS Famisanar Ltda. en forma continua.

Señaló que el 21 de julio de 2006, cuando se encontraba incapacitado de acuerdo con el certificado n.º 745752, la empleadora le dio por terminado el contrato con justa causa, pese a estar prohibido en virtud del fuero de discapacidad

que lo cobijaba, sin la autorización del Ministerio correspondiente; que en la actualidad se encuentra disminuido físicamente, sin posibilidad de laborar pero no se le ha realizado la valoración correspondiente para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral; que durante la relación laboral no se le reconoció valor alguno por horas extras, dominicales, festivos y nocturnos, y tampoco esos conceptos se incluyeron en su liquidación de prestaciones sociales; y, que el 28 de agosto de 2006 se le practicó examen de egreso en la IPS Colsanemos Ltda., en el que se recomendó continuar con el tratamiento en la EPS y definir cirugía.

Expreso Bolivariano S.A. al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Aceptó el contrato de trabajo celebrado con el demandante y los extremos temporales en que se desarrolló, agregando que su modalidad fue el término fijo, el cargo desempeñado, y las incapacidades de que fue objeto.

Sostuvo que el actor no condujo el bus n.º 9255; que las rutas asignadas nunca fueron específicas, sino aleatorias, de acuerdo con los rodamientos autorizados por el Ministerio de Transporte; que no laboraba todos los días de la semana y que el horario dependía de la ruta y de las horas de duración de la misma; que en la clase de vehículo que conducía, siempre estaban asignados dos conductores, para que al cumplir las 8 horas de trabajo, se lo entregara al otro, y se bajara a descansar en cualquiera de las múltiples residencias que para tal fin tenía la empresa en las diferentes ciudades; que el señor Mahecha Castro devengaba un salario básico de

\$500.000, y cuando había lugar se le pagaba la suma de \$240.000 por el trabajo suplementario laborado, o por los recargos nocturnos, dominicales o festivos; que el trabajador no recibía comisiones constitutivas de salario, que se le entregaba el 2% del producido del vehículo, no para su beneficio, sino para el mantenimiento del vehículo tal como fue pactado inicialmente.

Agregó que la enfermedad del demandante fue catalogada como crónica y de origen común; que el 7 de julio de 2006, con un término no inferior a 15 días, se le entregó la comunicación de terminación del contrato de trabajo a partir del 21 de julio de ese año, por llevar más de 180 días de incapacidad en forma continua y por enfermedad común; que el trabajador siempre estuvo protegido, por haber sido afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales, y haberse realizado las respectivas cotizaciones; y que no le consta lo relativo al examen médico de egreso practicado por la IPS Colsanemos Ltda. el 28 de agosto de 2006, porque el señor Mahecha Castro ya se encontraba retirado de la compañía.

En su defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa, compensación, pago, temeridad y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D. C. mediante sentencia del 23 de abril de 2010, absolvió a la demandada de las pretensiones del libelo introductorio, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y condenó al demandante a pagar las costas del proceso.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. a través de sentencia del 30 de abril de 2012, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocó la decisión de primer grado, y en su lugar declaró ineficaz el despido efectuado mediante carta del 7 de junio de 2006, y condenó a la demandada a reintegrarlo, sin solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios y demás derechos prestacionales que se hubieren causado, dejados de percibir a partir de su despido, desde el 21 de julio de 2006, y hasta que se haga efectivo el reintegro; tomando como base salarial \$740.000, así como a pagarle a título de indemnización la suma de 180 días de salario; y las costas del proceso.

El tribunal utilizó, como sustento normativo, los arts. 13, 53 y 54 de la Constitución Política, 26 de la Ley 361 de 1997, 22, 46 y 259 del CST y 174 y 177 del CPC; se basó también en la sentencia CC C-531-2000.

En la decisión expresó:

Demostrado como quedó, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que dicho contrato estuvo vigente desde el 1º de septiembre de 2005 y hasta el 21 de junio de 2006; que en virtud del mismo el actor devengó como último salario la suma de \$740.000=; y, que el vínculo contractual finiquitó por decisión unilateral de la demandada, alegando como justa causa la contemplada en el numeral 15 del literal a), del Art. 62 del C.S.T., esto es, por haber superado el actor más de 180 días de incapacidad por salud, tal como lo determinó el Juez de instancia, a través de la providencia que se apela; fácil resulta concluir a esta Sala que, de acuerdo con lo establecido por el A-quo, como del sentido y alcance del cuadro normativo citado en precedencia, la sentencia impugnada habrá de REVOCARSE, toda vez que desconoce abiertamente el sentido y alcance que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-531 de 2000, le dio al Fuero de Salud proveniente del contenido de la Ley 361 de 1997, a pesar de estar acreditados fehacientemente los supuestos fácticos que demanda la norma para el amparo respectivo; nótese como, en la carta de terminación del contrato de trabajo vista a folio 29 del expediente, la demandada es enfática y expresa en señalar que el contrato lo termina por haber superado el demandante más de 180 días de incapacidad, aún permaneciendo en dicho estado para entonces; es decir que, en el sentir de la Sala, el contrato lo finiquita la accionada por razón de la limitación física que padece el demandante, para ejercer plenamente las funciones derivadas del contrato de trabajo suscrito entre las partes, amparándose en la justa causa señalada en el numeral 15 del literal a) del art. 62 del C.S.T., causal que no procedía de pleno derecho, de acuerdo con el sentido y alcance que la Corte Constitucional le dio al Fuero derivado de la Ley 361 de 1997, en Sentencia de revisión de Constitucionalidad de dicha norma, C-531 de 2000.

Indicó que la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, que declaró la exequibilidad condicionada del art. 26 de la Ley 361 de 1997, fue enfática y contundente al sostener, que el fuero de estabilidad reforzado derivado de la norma, no solo se extiende a las personas discapacitadas, sino también a aquellas que al momento de su despido se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, en aplicación directa del art. 13 de la Constitución Política.

Afirmó que la única razón de la demandada para realizar el despido fue el estado de salud, condición o

dolencia física, razón por la cual no resulta de recibo lo afirmado por el *a quo*, en el sentido de que no probó los supuestos fácticos de la norma que ampara sus pretensiones, porque no se trataba de una persona discapacitada, sino de una que se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, tan es así que llevaba más de 180 días incapacitado de forma continua.

Señaló que a pesar de configurarse la causal de terminación del contrato por justa causa prevista en el ordinal 15 del literal A) del art. 62 del CST, por mandato del art. 26 de la Ley 361 de 1997, la demandada tenía la obligación de solicitar previamente al despido, la autorización ante la Oficina de Trabajo; requisito que no cumplió.

Igualmente expresó que, en caso de habérselos pagado, no había lugar a la restitución por parte del demandante, de los valores por concepto de indemnización por terminación injustificada del 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

Pretende la recurrente, que la corte case la sentencia atacada y en sede de instancia, confirme la de primer grado.

Con tal propósito formuló un cargo, frente al cual no se presentó réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusó la sentencia de violar, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea el art. 26 de la Ley 361 de 1997, y por infracción directa el 5 de la misma ley, lo que condujo a la aplicación indebida de los arts. 51 y 145 del CPTSS, en relación con el 177 del CPC.

En el desarrollo del cargo expresó, que no se discute que, para el momento del despido, el demandante se encontraba incapacitado, y que por ello le era aplicable el art. 26 de la Ley 361 de 1997, y en general el contenido de esa ley.

Dijo que el tribunal asumió que el hecho de que el trabajador estuviera enfermo e incapacitado para el momento del despido, determinaba en forma automática su limitación, que por ello le era aplicable el art. 26 de la Ley 361 de 1997 y en general, el contenido de esa ley; lectura que constituye una interpretación desfigurada de la norma, ya que el referido precepto al consagrar la protección, se refiere, con exclusividad, a una categoría específica de personas, las que padecen *limitaciones físicas o psíquicas*, y que no son más que las que la Convención 159 de 1983 y la Recomendación 168 del mismo año, emanadas de la OIT, llaman «*inválidos*».

Señaló que no puede dejarse de lado, que los citados acuerdos internacionales se encuentran mencionados en el art. 3 de la Ley 361 de 1997, y fueron fuente primordial para su expedición, por ello constituyen parte de su marco conceptual y son de aplicación obligatoria.

Afirmó que así las cosas, la aplicabilidad de la norma acusada presupone la calificación previa y científica de que la persona afectada padece de una *limitación*, pues estando referida a esa categoría de personas, solo ellas pueden acceder al derecho; existiendo entonces una diferencia sustancial entre este grupo de personas y las que padecen una enfermedad, que si bien puede ser leve o grave, no implica *per se*, la existencia de una limitación, por lo que consecuentemente, debe ser declarada previamente, para los efectos de la aplicación de la Ley 361 de 1997.

Sostuvo que lo dicho no es una tesis abstracta, que pueda estar sometida a la simple interpretación subjetiva, ya que se concreta y está impuesta en el art. 5 de la Ley 361 de 1997, que consecuentemente debe ser estudiado en armonía con el art. 26.

Arguyó que era necesaria la calificación previa, relevante tanto para el trabajador como para el empleador. Para el primero, porque le otorga las ventajas y protecciones consagradas en la ley, y le garantiza la salvaguardia de su estabilidad laboral, una vez notificada en debida forma.

Para el empleador, porque el conocimiento pleno de la existencia de un trabajador limitado, le otorga también los beneficios enumerados como garantías en los arts. 24 y 31 de la misma ley; de suerte, que, para poder ejercerlos, requiere establecer previamente y con claridad, la calidad de «limitados» de sus trabajadores.

En esas condiciones, aseguró que, la Ley 361, al exigir la calificación previa, ofrece un escenario de plena claridad para precaver la infracción de los derechos, deberes y prohibiciones que rigen el contrato de trabajo en relación con ese grupo de trabajadores, por lo que si se interpretara que el art. 26 no reclama la previa calificación de la limitación, se estaría avalando una posición inequitativa frente a los empleadores, a quienes de hecho, les serían arrebatadas las garantías consagradas en la misma ley.

Dijo que el argumento del *ad quem*, según el cual el fallador de primer grado no consultó los lineamientos plasmados en la sentencia CC C-531-2000, no son de recibo, pues en parte alguna de esa providencia, se refirió la alta corporación al despido de personas *enfermas e incapacitadas*, circunscribiendo su argumentación, a los casos referidos a personas *limitadas*, es decir, a ese exclusivo contingente de personas respecto a las cuales también consideró la aplicación del art. 13 de la Constitución Nacional.

Manifestó que, con lo expuesto, quedaba demostrada la interpretación errónea en que incurrió el *ad quem*, al aplicar

en forma automática el art. 26 de la Ley 361 de 1997, así como la infracción directa del art. 5 *ibidem*.

Agregó que en sede de instancia debían tenerse en cuenta las certificaciones de incapacidad del demandante que reposaban en el expediente, con el fin de constatar que se prorrogaron por más de 180 días, como lo exigen los arts. 62 y 63 del CST en su ordinal «14», y, por lo tanto, se cumplieron las premisas necesarias para que se produjera el despido con justa causa.

De otro lado indicó que previa al despido, no había calificación acerca de la limitación, ni se había anotado en el carné de afiliación del trabajador dicha calidad, ni el grado en que supuestamente la podía padecer, en los términos del art. 5 de la Ley 361 de 1997, lo que era suficiente para acreditar, que ignoraba su condición, por lo que no estaba obligada a solicitar el permiso para despedir ante las autoridades del trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

La recurrente fundó el cargo por la vía directa, acusando la interpretación errónea del art. 26 de la Ley 361 de 1997, y a su vez, la infracción directa del art. 5 *ibidem*, entre otros.

Atendiendo a que la vía escogida que fue la de puro derecho, salen de la discusión los supuestos fácticos que quedaron sentados en las instancias: (i) que Pedro Pablo

Mahecha Castro prestó sus servicios a Expreso Bolivariano S.A. a través de contrato de trabajo, desde el 1º de septiembre de 2005 hasta el 20 de julio de 2006, desempeñando el cargo de conductor; (ii) que aquel en vigencia de la relación laboral sufrió una enfermedad denominada «*OBSTRUCCION DE NEFORATOMIA, ASOXIADO (sic) FIEBRE, NAUSEAS, MALESATR GERNERAL (sic) Y OLIGURA [...]*», que le ocasionó incapacidades por más de 180 días; (iii) que la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo a partir del 21 de julio de 2006, aduciendo la configuración de la causal prevista en el ordinal 15) del literal A) del art. 62 del CST «*La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días*»; (iv) que para despedirlo no se pidió autorización de la Oficina de Trabajo; y, (v) que no se le realizó la valoración correspondiente para determinar su porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

El problema jurídico se orienta a determinar, si se equivocó el tribunal al ordenar el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno de igual o superior categoría, incurriendo con ello, en interpretación errónea del art. 26 de la Ley 361 de 1997, y en infracción directa del art. 5 *ibidem*.

El tribunal concluyó que el actor era sujeto de la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con lo dispuesto por la sentencia CC C-531-2000 que declaró su exequibilidad condicionada, para

las personas discapacitadas, *limitadas o minusválidas*, así como las que se encontraban en estado de debilidad manifiesta, en razón de que llevaban más de 180 días incapacitadas de forma continua; intelección que en sentir de la recurrente resulta equivocada, debido a que el referido precepto se refiere con exclusividad a una categoría específica de personas, las que padecen *limitaciones físicas o psíquicas*, además, que fuera leve o grave, debía ser declarada previamente.

Al respecto, esta corporación definió el alcance y aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, precisando, que está orientado a garantizar la asistencia y protección necesarias a aquellas personas con *limitaciones severas y profundas*, pues así lo consagra el artículo 1, al referirse a los principios que la inspiran y a sus destinatarios, determinando como tales, las personas consideradas en situación de discapacidad, esto es, aquellas que presenten un grado de *invalidez* superior a la limitación moderada.

La corte, en la sentencia CSJ SL 32532, 15 jul. 2008, en que se fijó el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dijo que el hecho de que el trabajador padezca de alguna patología que lo haya incapacitado temporalmente para desarrollar sus labores, no lo hace beneficiario de la especial protección que le garantice la estabilidad laboral; precisó allí:

La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la Oficina de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar,

en el contexto de este articulado y, sólo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S. del T.

Al respecto conviene precisar que la Ley 361 de 1997 contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, dado que su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre, pues su propósito es la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de “severas y profundas” la asistencia y protección necesarias. En este sentido la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, lo siguiente:

“cumple observar que la Ley 361 de 1997 es un estatuto especial que estableció “...mecanismos de integración social de las personas con limitación...” y que según su primer artículo los principios que la fundamentan están en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política. Se trata de una ley que según la exposición de motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados (Gaceta del Congreso N° 364 del 30 octubre de 1995). Los capítulos que la integran consagran garantías que asumen el Estado y la Sociedad para facilitar al antes señalado grupo de personas un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes y al espacio de uso público, al trabajo, etc”.

Aclarado lo anterior, se observa que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º; al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa.

Es en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a que está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, que se dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán aparecer como tales en los carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada. No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su

integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

En el articulado de la Ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalías a que se hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Así por ejemplo en el 24 se garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitación que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, si tienen en sus nóminas un mínimo del 10% de sus empleados, en las condiciones de discapacidad enunciadas en ese mismo ordenamiento; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con limitación, y el 37 prevé que el Gobierno, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y en cooperación con las organizaciones de personas con limitación, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender las personas con limitaciones severas.

Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral

oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.

En las condiciones anotadas es claro que el juzgador de segundo grado se equivocó al aplicar en este asunto el artículo 5 de la Ley 776 de 2002, pues si bien este precepto limita los grados en que se encuentra comprendida la incapacidad permanente parcial lo hace de manera expresa para los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales y para los fines de las indemnizaciones y prestaciones que cubre este régimen, que obviamente no guarda relación con el tema de estabilidad laboral que protege la Ley 361 de 1997.

Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación modera, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1º.

Esta corporación en la sentencia CSJ SL12998-2017, en la que analizó la configuración de la causal de terminación del contrato de trabajo plasmada en el ordinal 15 del literal A) del artículo 62 del CST, por prolongarse una incapacidad por más allá de 180 días, sin que hubiere sido posible la recuperación, a la luz de la protección contenida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

La Corte es del criterio que no se presenta la supuesta contradicción entre la justa causa de despido consistente en la incapacidad por enfermedad general de más de 180 días y la protección contra el despido discriminatorio por motivos de discapacidad severa o profunda contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En primer lugar, no se puede perder de vista que la protección contenida en el inciso 1º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consiste en que ninguna persona con discapacidad severa o profunda puede ser despedida o su contrato terminado por esta razón, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo a

desempeñar. En otras palabras, la legislación que protege la estabilidad de los trabajadores en condiciones de discapacidad relevante no consagra derechos absolutos o a perpetuidad a favor de este sector de la población, los cuales puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros, entre ellos los del empleador. Así lo sostuvo la propia Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000 al estudiar este punto. Esto significa que no le corresponde al empleador asumir la responsabilidad de tener contratado a este trabajador indefinidamente, a pesar de que sea imposible el cumplimiento de la obligación esencial a cargo del trabajador, como es la prestación personal del servicio, porque la discapacidad resultare incompatible e insuperable en el cargo desempeñado o cualquier otro que haya dentro de la empresa. Es decir, la responsabilidad del empleador de garantizar la estabilidad laboral en estos casos va hasta cuando la discapacidad laboral le permita al trabajador prestar el servicio en los puestos de trabajo que existan dentro de la empresa. Por tal razón, del mismo texto del artículo 26 en comento, en concordancia con la sentencia C-531 de 2000 de la Corte Constitucional, se colige que, si se presenta la situación de que la discapacidad haga imposible la prestación del servicio por parte del trabajador, el retiro del trabajador por este motivo no se puede considerar discriminatorio. En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad condicionada atrás referida:

*En cuanto al primer contenido normativo acusado por los actores, expuesto en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que señala que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, para la Corte es claro que en lugar de contradecir el ordenamiento superior, lo desarrolla. Lo anterior, pues se evidencia como una protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, **pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de “la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada” (C.S.T., art. 62, literal a-13), y según el nivel y grado de la disminución física que presente el trabajador.** Destaca esta Corporación.*

Tampoco se puede considerar discriminatorio cuando el retiro lo origina una justa causa de despido, pues, se reitera y así también lo estimó la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000, la protección de los trabajadores en estado de discapacidad no implica derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros, entre

ellos los de los empleadores.

En segundo lugar, respecto de la justa causa de despido contenida en el numeral 15, parte a) del artículo 62 del CST, consistente en que la incapacidad por enfermedad general supera más de 180 días, se trata de un motivo autónomo apto (C-079 de 1996) para justificar la ruptura del vínculo laboral por el empleador, claramente distinto e independiente a la discapacidad severa o profunda objeto de protección en el pluricitado artículo 26, la cual puede llegar o no a configurarse adicionalmente, como se presentó en este caso. Cabe recordar que la discapacidad relevante también puede conducir a la terminación del contrato por ineptitud del trabajador, causal nl. 13 parte a) artículo 62 del CST, criterio este que igualmente comparte la Corte Constitucional en la sentencia tantas veces citada, la C-531 de 2000.

En el presente caso, conforme lo estableció el ad quem y no fue controvertido por el recurrente, el empleador demostró los hechos constitutivos de la justa causa de despido consistente en la incapacidad superior a 180 días, tipificada en el numeral 15 de la parte a) del artículo 62 del CST. El Tribunal constató que la actora estuvo incapacitada por 960 días; que, a pesar de la incapacidad superior a los 180 días, la empresa continuó con la vigencia del contrato de trabajo sin desconocer los salarios ni prestaciones sociales, sin el reconocimiento de la prestación económica por el sistema de la seguridad social por haber superado los 180 días reglamentarios y sin que la trabajadora pudiera prestar su servicio personal en un cargo igual o similar, por no tener posibilidades de reubicación según la certificación de la EPS de fl. 122. De tal suerte que no fue el caso de que el empleador diera por terminado el contrato de trabajo por la sola discapacidad relevante del 26.75% que le fue dictaminada a la trabajadora, supuesto objeto de la protección prevista en el artículo 26 en cuestión, sino por la incapacidad superior a 180 días, con la particularidad de que no era posible reubicar a la trabajadora dentro de la empresa, lo cual corrobora que la accionante, en definitiva, no podía prestar el servicio. En consecuencia, concluye la Sala que el despido de la accionante no fue discriminatorio por motivos de discapacidad, sino que obedeció a la justa causa de despido por incapacidad superior a 180 días.

Ahora bien, la censura no controvierte la ocurrencia de la justa causa de despido del numeral 15 de la parte a) del artículo 62 del CST, si no que edifica el yerro jurídico achacado al ad quem en que este debió declarar la ineficacia del despido de la actora por encontrarse en condición de discapacidad del 26.75% y no haberse solicitado la autorización previa a Minprotección para despedirla.

Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el

trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

La anterior distinción es relevante para resolver la disconformidad de la censura, ya que

[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%. (CSJ SL. 10538 de 2016)

Por tanto, si el trabajador solo se encuentra en incapacidad, claramente no tiene la protección de la estabilidad reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Pero, si además sucede que en él concurren la discapacidad igual o superior al 15% y la condición de incapacidad superior a 180 días por enfermedad general que activa la justa causa de despido, como es el caso de la accionante, la aplicación del numeral 15 del citado artículo 64 y del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se deberá hacer armónicamente para que se garantice la protección del servidor en estado de discapacidad, sin perjuicio de la esencia misma del contrato de trabajo cual es la prestación personal del servicio por el trabajador. Por lo que el empleador, en este caso particular, para invocar la justa causa de despido en cuestión deberá acudir al Ministerio de trabajo para obtener la autorización de que trata el artículo 26 con fundamento en la incapacidad por enfermedad general superior a 180 días. Evento en el cual, para conceder la autorización, la oficina del trabajo deberá constatar que se le han respetado los derechos y prestaciones de ley al trabajador en estado de incapacidad, tanto por el empleador como por los entes del sistema de la seguridad social a los que se encuentre afiliados. Además, verificará si el trabajador tiene o no posibilidades de ser reincorporado.

Esta postura ya fue asumida por esta Corporación en sentencia CSJ SL del 13 de marzo de 2013, No. 41380, de la cual, por su pertinencia con el presente asunto, merece recordar:

Ese cimiento de la salvaguarda de los destinatarios de la Ley 361 de

1997, por ser sujetos de especial protección constitucional, es el que precede al tratamiento diferencial, que se patentiza cuando el empleador estima que existe justa causa para fenecer la relación, y que lo obliga a acudir a la Oficina del Trabajo para solicitar el permiso pertinente.

De manera que la teleología del artículo 26 *ibidem*, que se edifica en lo querido por el legislador y el juicio de exequibilidad al que fue sometido, permiten predicar, a ciencia cierta que para la desvinculación de un empleado que tenga discapacidad de carácter severo comprobada, y de la que tenga pleno conocimiento el empleador, como acontece en el sub lite, se requiere agotar el recurso atrás descrito.

En consecuencia, la Sala considera que, en aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en concordancia con el numeral 15 del artículo 64 del CST, si la terminación unilateral del vínculo laboral dispuesta por el empresario se produce sin la autorización gubernamental de rigor, se presume que el despido tiene como única motivación el estado de discapacidad superior al 15%. No obstante, si a pesar de la falta del permiso administrativo para despedir, el empleador acredita en juicio que esa no fue la real razón del despido, vale decir, desvirtúa la presunción que pesa en su contra probando plenamente la justa causa que alegó oportunamente, el despido resultará eficaz y con justa causa. Pues, como lo anotó el juez de la alzada, desaparece el tercer requisito extraído por la jurisprudencia (CSJ SL del 27 de enero de 2010, No. 37514, entre otras) del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es que el despido obedezca a la discapacidad relevante de la trabajadora.

Se ha de precisar por la Sala que la autorización administrativa previa como requisito para despedir en estos casos, no es un fin en sí mismo, sino es un mecanismo de protección contra la discriminación por motivo de discapacidad laboral. En ese orden, la falta de autorización de la oficina laboral para despedir a la persona con estabilidad reforzada por motivos de discapacidad relevante no puede acarrear las mismas consecuencias al empleador que logra acreditar judicialmente que actuó con fundamento en una justa causa oportunamente alegada y debidamente comprobada, al que simplemente toma la decisión de romper unilateralmente la relación con el pago de la indemnización por despido o alega cualquier justa causa sin fundamento. (negrillas propias del texto).

Sobre el tema, recientemente, la Corte Constitucional, en la decisión CC C-200-2019, declaró exequible esa norma del CST, y expresó que lo hacía:

[...] **EN EL ENTENDIDO** de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona

por razón de su situación de salud cuando no exista autorización previa del inspector de trabajo. Además de la ineficacia descrita previamente, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su situación de salud, sin la autorización del inspector de trabajo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

Así mismo, en virtud del numeral 1º del art. 48 de la Ley 270 de 1996, lo resuelto en esa decisión es de obligatorio cumplimiento.

En la misma providencia la alta corporación expresó:

101. Es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador la enfermedad contagiosa, no profesional de trabajador que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días.

La disposición prevé tres elementos que pueden constatarse objetivamente y que son indispensables para pueda terminarse el contrato: (i) la enfermedad contagiosa no profesional; (ii) que incapacite para el trabajo; (iii) cuya curación no haya sido posible durante 180 días.

Sin duda, la categoría de enfermedad contagiosa puede convertirse en un criterio discriminatorio que haga necesaria la implementación de la estabilidad laboral reforzada porque se puede presumir que el despido es segregador. De hecho, el vocablo utilizado no corresponde con el lenguaje técnico, que define estas enfermedades como transmisibles o infecciosas. Incluso existen enfermedades no contagiosas transmisibles, por lo que es razonable pensar que la norma pretende referirse a condiciones médicas que generan la necesidad de aislamiento o cuarentena como herramienta de salud pública.

Esta causal se ajusta, en principio, a la Constitución, no viola el derecho al trabajo porque corresponde a un criterio objetivo en que el carácter de la enfermedad debe estar certificado por médicos y debe referirse al eventual riesgo de estar en comunidad o a la necesidad de aislamiento. De tal forma, la disposición pretende preservar no sólo la salud de la persona enferma sino la de los demás trabajadores de la empresa, con lo que se protegen

derechos fundamentales de los individuos (art. 49 de la Constitución) y el interés general (art. 1º superior).

Por otra parte, la incapacidad para trabajar también debe estar debidamente certificada, si hay lugar a pensión, la relación laboral puede terminar sin que el trabajador quede desprotegido, pero si no hay lugar a ella, debe verificarse que efectivamente la persona no pueda trabajar. Para ello debe tomarse en consideración su capacidad laboral, la naturaleza de la enfermedad y el riesgo propio o para los demás que pueda generar.

Además, la causal de despido no puede ejecutarse sino después de los 180 días y previo agotamiento de las opciones razonables que debe brindar el empleador, pues incluso en la hipótesis de aislamiento, es posible continuar con la labor en ciertos casos. Todo ello deberá ser analizado por el empleador en conjunto con el trabajador. Sólo si se encuentra que no hay opciones posibles, puede invocarse la causal.

102. Es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador la enfermedad crónica no profesional del trabajador que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días.

En esta hipótesis, los aspectos que deben presentarse objetivamente con el fin de que opere la causal para la terminación del contrato laboral son los siguientes: (i) la enfermedad crónica no profesional (ii) que incapacite para el trabajo, (iii) cuya curación no haya sido posible en 180 días.

Las enfermedades crónicas están definidas por la OMS como “de larga duración y por lo general de progresión lenta.” Varias de ellas corresponden a las principales causas de mortalidad en el mundo (enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la diabetes) y son responsables del 63% de las muertes.

En estos casos, también es evidente la carga discriminatoria que puede generar una enfermedad crónica y las dificultades que se presentan en las diversas legislaciones laborales del mundo. En efecto, el tratamiento a los trabajadores que padecen enfermedades crónicas es un tema que se enmarca en el derecho laboral, pero también involucra los campos de la salud pública y la sostenibilidad del sistema de seguridad social. En efecto, los estudios señalan que el número de personas pertenecientes a la población activa que sufre algún tipo de enfermedad crónica ha aumentado. Sin embargo, en ausencia de un régimen jurídico específico, la legislación laboral equipara a estos trabajadores con cualquier otro empleado, a pesar de que se encuentran en circunstancias distintas debido a su condición de salud. Tal equiparación deriva en tratamientos segregadores que, por causa

de una normativa ciega a la diferencia, terminan en la expulsión de estas personas del mercado laboral. La posibilidad cierta de la pérdida del empleo con fundamento en consideraciones discriminatorias incide no sólo en la afectación a la dignidad del trabajador enfermo, sino en la reducción de la población activa y la consecuente disminución de los aportes al sistema de seguridad social. Por eso, estos análisis académicos insisten en la necesidad de adaptación de los puestos de trabajo de estas personas a sus nuevas capacidades y en la extinción del vínculo laboral únicamente ante razones objetivas.

El reconocimiento de las diferencias de estas personas con otros trabajadores no lleva necesariamente a equiparar totalmente el concepto de enfermedad y discapacidad. En otros ordenamientos se habla de una tercera categoría: la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador. En nuestro sistema, el concepto es aún más amplio y apunta a las circunstancias de debilidad manifiesta por razones de salud que generan estabilidad laboral reforzada, con lo que se distinguen de los trabajadores en situaciones “usuales” y de las personas en situación de discapacidad.

Como consecuencia, debe verificarse la capacidad para trabajar del sujeto, lo cual corresponde al concepto médico laboral. Del mismo modo deberá constatarse el transcurso de los 180 días para considerar el reingreso en las condiciones ya mencionadas y con el cumplimiento de las cargas del empleador y, de no ser posible, puede hacerse efectiva la causal. Bajo estas condiciones, la Corte encuentra que, prima facie, la norma no viola el derecho al trabajo.

103. Es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador cualquiera otra enfermedad del trabajador que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días.

Los criterios que contempla esta hipótesis normativa son: (i) cualquier otra enfermedad, (ii) que incapacite para el trabajo, (iii) cuya curación no haya sido posible en 180 días.

En este caso, las razones objetivas que habilitan la terminación del contrato laboral con justa causa tienen que ver con la noción de enfermedad como deterioro de la salud. En relación con lo anterior, la OMS define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. En esta materia será el criterio médico el que indique cuándo se está en presencia de una enfermedad y rendirá concepto técnico sobre su curación. Por otra parte, será necesario establecer, también mediante concepto médico y laboral, si se presenta una incapacidad para trabajar. Como en los casos anteriores, deberán transcurrir 180 días de incapacidad y, al término de los mismos, deberán cumplirse las

obligaciones del empleador relacionadas con el reingreso y reubicación antes de invocar la causal, de lo contrario esta no será objetiva, sino que se presumirá que corresponde a un criterio discriminatorio. De acuerdo con este análisis preliminar, la causal no viola el derecho al trabajo.

104. Es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador cualquiera otra lesión del trabajador que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días.

Esta previsión establece como elementos objetivos para la terminación de la relación laboral los siguientes: (i) cualquier lesión, (ii) que incapacite para el trabajo, (iii) cuya curación no haya sido posible por 180 días.

El concepto de lesión se define como “Cualquier daño intencional o no intencional al cuerpo debido a exposición aguda a energía térmica, mecánica, eléctrica o química o debido a la ausencia de calor u oxígeno que lleve en un daño corporal o psíquico temporal o permanente y que puede ser o no fatal”.

En este caso, nuevamente, el concepto médico y el laboral darán cuenta de la existencia de una lesión que impida trabajar y cuya duración también estará dada por las incapacidades. Al término de los 180 días el empleador deberá adoptar las medidas encaminadas al reintegro, si la situación de salud del trabajador lo permite y si es razonable desde el punto de vista de los movimientos de personal o los ajustes razonables que deba hacer la empresa.

Este tema es de vital importancia en contextos como el colombiano, pues existe un nexo indiscutible entre la violencia y las lesiones, por lo tanto, es del mayor interés de la sociedad y del sistema de seguridad social mantener en el empleo a las personas que aún pueden trabajar, aunque hayan sido víctimas de lesiones. En efecto, no puede perderse de vista la importancia del trabajo como parte del proyecto de vida y la forma de alcanzar una existencia digna. De lo visto hasta ahora, la causal no contraviene el artículo 25 superior.

105. Hasta este punto del análisis, las cuatro hipótesis descritas para la terminación de la relación laboral no transgreden la garantía de estabilidad laboral reforzada, tal como lo alegó la demandante. No obstante, existen elementos comunes a todas las hipótesis: son factores reconocidos como criterios que han dado origen a la discriminación en el empleo, exigen concepto médico sobre la situación, requieren que la condición de salud genere la incapacidad para trabajar, deben transcurrir 180 días sin que sea posible la recuperación, y al término de los mismos el empleador tiene el deber de buscar fórmulas para que el trabajador sea reintegrado si este lo desea y su salud lo permite, por medio de

movimientos de personal y otros ajustes razonables. Si ello no es objetivamente posible, puede alegar la causal y terminar la relación laboral. Todos estos elementos deben ser interpretados con base en el concepto de estabilidad laboral reforzada, que corresponde a una garantía claramente definida y reiterada en la jurisprudencia de esta Corporación.

Como fue mencionado, se trata de una norma que tiene más de 50 años, que requiere de una interpretación apoyada en la ciencia médica y en los criterios médico-laborales, además, requiere de la valoración de la capacidad para laborar de acuerdo con el contexto actual y con las condiciones particulares de cada situación, ya que debe haber un análisis estricto, pero razonable de las posibilidades de reintegro al término de los 180 días que debe involucrar las propuestas del empleador y el trabajador. Por lo tanto, las hipótesis de despido sólo operan por la extinción de la capacidad laboral, entendida como la posibilidad de prestar el servicio personal para el cual el empleado fue contratado, que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Esta circunstancia debe ser verificable objetivamente, lo que exige que la evaluación sea adelantada por alguien que no sea parte de la situación, pues, sin duda, sus circunstancias pueden ser objeto de debate. Adicionalmente, debe considerarse el eventual carácter discriminatorio de las hipótesis que prevé la norma acusada, pues con ellas se genera una presunción de despido injustificado, lo que incide en la valoración de cada situación.

*106. No obstante, ante la posibilidad cierta de discriminación, el numeral 15 del literal a) del artículo 62 de Código Sustantivo del Trabajo **no contempla expresamente quién es el encargado de verificar la configuración de los elementos que, objetivamente, permiten aplicar la causal de terminación del contrato laboral. La norma tampoco incluye un dispositivo que, ante el despido injusto, repare a los trabajadores y disuada a los empleadores de llevar a cabo actos segregadores.** Tal situación desconoce el deber del Estado de garantizar que el enfermo obtenga y conserve su empleo y progrese en el mismo hasta el momento en que no pueda desarrollar la labor para la cual fue contratado, ni ninguna otra de acuerdo con la clase de restricción que presenta, debidamente valorada por la autoridad del trabajo. Además, desconoce la protección de su mínimo vital, de su integridad, su salud y dignidad. La Corte observa una incongruencia en la regulación, pues, si bien diseña un dispositivo protector, no consagra consecuencias que reparen y disuadan la discriminación, con lo que le resta fuerza normativa a la prohibición de despido derivada de la falta de configuración de la justa causa.*

El carácter incompleto de la norma viola el derecho al trabajo en su componente de estabilidad laboral reforzada. En efecto, como se indicó previamente en esta providencia, una parte de este concepto se relaciona con el artículo 13 constitucional que indica

que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, además, “[e]l Estado protegerá a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos que contra ellas se cometan”.

Por tratarse de una norma preconstitucional y proferida sin mayor debate democrático, ya que fue expedida por el Presidente de la República en virtud de facultades extraordinarias, no es extraño que haya diseñado un dispositivo protector, pero, simultáneamente, haya dejado de considerar la forma de hacerlo efectivo. Bajo esas circunstancias, la norma parecería ir en contra de la garantía de estabilidad laboral reforzada que a su vez forma parte del derecho al trabajo, con lo que resultaría inconstitucional. Sin embargo, tal declaratoria puede generar un vacío legal inaceptable desde el punto de vista constitucional.

107. La jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones que han llevado a considerar opciones adicionales a la declaratoria de inexecutable pura y simple. La **Sentencia C-325 de 2009** consideró que, aunque se encuentre una clara inconstitucionalidad, debe valorarse la eventual generación de vacíos e inconsistencias normativas que podrían tener resultados inconstitucionales, que lógicamente son indeseables para el sistema jurídico.

108. En el presente caso, la ausencia del texto que debe declararse inexecutable puede resultar más gravosa -en términos constitucionales- que su presencia. En efecto, de un lado, eliminaría la posibilidad de que un empleador pueda terminar, con justa causa, la relación laboral en consideración a la imposibilidad del empleado para la prestación personal del servicio, lo cual generaría la obligación indefinida de mantener a un trabajador en ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, de tal forma que debería pagarle sin recibir el trabajo a cambio, o implicaría que el patrono afrontara las consecuencias judiciales y económicas del despido injustificado. Por otro lado, restaría la protección al trabajador enfermo, pues eliminaría la garantía de estabilidad laboral relativa que cobra especial relevancia por las características de las enfermedades descritas en la norma, por el impacto de las mismas en su capacidad laboral y por el tiempo que debe transcurrir antes de analizar la posibilidad de reintegro.

Sin embargo, una sentencia diferida no es pertinente porque la falta de un mecanismo efectivo de protección, así sea de forma transitoria, afecta gravemente los derechos fundamentales de los trabajadores. Esta circunstancia se comprueba en los casos conocidos por esta jurisdicción en sede de tutela y por la jurisdicción laboral en sede de casación, por lo tanto, la regulación es apremiante. De otro lado, aunque existe un mandato al

Congreso para que expida el estatuto del trabajo (art. 53 superior), han transcurrido más de 27 años sin que se haya ejecutado. Por ende, la Corte encuentra el fallo condicionado como la medida más razonable en este asunto, pues la norma se debe completar en los aspectos que el Legislador ignoró. No sobra reiterar que, como es obvio, el Congreso mantiene la facultad constitucional para pronunciarse sobre la materia, dentro del margen de configuración que le asiste.

109. Para llenar el vacío generado por la falta de un dispositivo de garantía real para el derecho a la estabilidad reforzada de los trabajadores, y con el objetivo de respetar al máximo la previsibilidad jurídica, el principio democrático y el trabajo del Legislador, la Corte condicionará la norma en el sentido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su condición de salud, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no producirá efectos jurídicos y sólo será eficaz si se obtiene la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir, además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Esta opción encuentra sustento en varias razones de índole legal y jurisprudencial que muestran el desarrollo del sistema jurídico en esta materia y explican que esta decisión es sólo el seguimiento de la tendencia sistémica, con lo que se mantiene su consistencia y coherencia y se evita la adopción de decisiones inesperadas o inusitadas:

(i) La elección del Inspector de Trabajo como autoridad indicada para verificar la objetividad de la causal acusada deriva de sus facultades legales (Ley 1610 de 2013) y de su potestad para proteger los derechos de los trabajadores.

(ii) Corresponde a la misma forma usada por el Legislador para prevenir y sancionar la discriminación laboral de las personas en situación de discapacidad (art. 26 Ley 361 de 1997), que ya fue declarada exequible por esta Corte en la Sentencia C-531 de 2000. Esto no significa que se trate de la simple fusión del artículo 62 del CST con el 26 precitado, no habilita a trasladar los contenidos de este último sin mayor miramiento. Ciertamente, esta Sala considera que la opción más adecuada en términos metodológicos y conceptuales es ajustar la norma acusada para que contenga un dispositivo que contemple consecuencias ante la posible discriminación laboral. La estrategia idónea para lograrlo es integrar los mecanismos que el Legislador ha diseñado en casos similares, como el del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En efecto, no puede simplemente ampliarse la aplicación del artículo 26, pues

el ordenamiento jurídico ya prevé una norma específica para proteger de la discriminación a las personas que padecen de ciertas condiciones de salud y, teniendo en cuenta el principio de preservación del derecho, lo ideal es mantener en el ordenamiento la norma existente y ajustarla según la necesidad que ha manifestado la demanda ante el cambio conceptual en la comprensión del artículo 53 constitucional. Esta práctica no es ajena al control de constitucionalidad, pues pretende resolver el dilema que se presenta ante las eventuales consecuencias de un vacío legal, de hecho, esos mecanismos contemplan la posibilidad de integrar elementos completamente nuevos a una norma jurídica a fin de proyectar mandatos constitucionales a la legislación. En este caso, la Corte integra un dispositivo de control que no es nuevo, que fue aprobado por el legislador en casos similares y que ha sido usado de manera recurrente, unánime y sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación, pues son ejemplos de la materialización de un cambio de significación material de la Constitución en pleno respeto de su superioridad (art. 4 superior), de la efectividad (art. 2 ibidem) y de conservación del derecho (art. 241 constitucional).

(iii) La jurisprudencia de la Corte ha usado esa misma fórmula en los casos que ha analizado en ejercicio del control concreto, en sede de revisión de tutelas, pues la posibilidad de despedir y sólo indemnizar no configura una salvaguarda de los derechos de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios. En particular, la jurisprudencia ha reconocido que la indemnización es insuficiente para materializar el principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana. Además, la indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario, pero no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona cuya salud afecta su desempeño laboral, sin previa autorización de la Oficina de Trabajo, por lo que procede el reintegro.

(iv) No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado

de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

110. Con respecto a las funciones de los inspectores del trabajo, tal como lo dijo la **Sentencia C-531 de 2000** cuando analizó algunos artículos de la Ley 361 de 1997

“el requerimiento de la autorización de la oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.”

Además de esa función, esta autoridad estudia la situación como garante de la razonabilidad, entendida en clave constitucional, para adoptar la mejor decisión posible. De acuerdo con esa comprensión, también es parte de su función analizar cada asunto a partir de la premisa según la cual el ordenamiento jurídico colombiano no consagra derechos absolutos o perpetuos oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros individuos.

Por otro lado, resulta exigible que la actuación del inspector de trabajo sea ajustada a los principios establecidos en el artículo 29 de la Constitución Política sobre el debido proceso. En efecto, la función del Inspector de Trabajo como autoridad protectora de los derechos del trabajador debe desplegarse en el marco de la razonabilidad, a fin de hacer efectivas las normas constitucionales en favor de los trabajadores sin olvidar que ellas se relacionan con otras disposiciones que manifiestan el interés del Estado, como la promoción de las empresas como base del desarrollo económico del país. Desde esa perspectiva, debe analizar las opciones que protegen de mejor manera los derechos del trabajador sin caer en decisiones extremas que en la práctica eliminen la existencia de esta causal de terminación del contrato laboral. De esa manera, al proteger los derechos de los trabajadores y considerar la importancia de las empresas, maximiza las posibilidades de lograr que aumente la oferta de empleo para personas con diferentes capacidades. Por supuesto, no es una tarea simple y habrá de estudiarse caso a caso. Igualmente, para su efectivo funcionamiento es vital que el Ministerio del Trabajo adelante una capacitación constante.

111. Algunos criterios que pueden guiar el análisis de la situación se concentran en la determinación de si la desvinculación fue discriminatoria. Todos ellos corresponden a factores objetivamente verificables que deben ser entendidos desde la presunción según la cual todo despido de un trabajador, en las condiciones descritas por la norma acusada, se presume injusto. Con base en esos elementos, el inspector de trabajo debe analizar los siguientes criterios:

- a. El despido atiende sólo a la condición de salud del trabajador y es un criterio superfluo o irrelevante para el trabajo.
- b. Aunque sea un criterio relevante para la prestación de sus servicios personales, el empleador debe agotar las posibilidades de traslados o ajustes razonables al término de los 180 días.
- c. El empleador debe considerar los riesgos para el trabajador u otras personas en las opciones que considere.
- d. Todo nuevo cargo o modificación en las condiciones del empleo implica capacitación adecuada.
- e. Si objetivamente el trabajador no puede prestar el servicio, es posible terminar el contrato.

Es importante agregar que la intervención del inspector no desplaza al juez, quien puede asumir, cuando corresponda, el conocimiento del litigio que se trabaje para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el empleador. Efectivamente, si el inspector del trabajo otorga el permiso, este constituye una presunción de la existencia de un despido justo, pero se trata de una presunción que puede ser desvirtuada ante el juez correspondiente. Además, su actuación también está sometida a control, como la de cualquier autoridad en el Estado Social de Derecho. Con todo, es indiscutible que el reconocimiento del cambio de significación material de la Constitución que ha dado lugar a este fallo, permite que asuntos que han generado altísima litigiosidad constitucional ahora sean atendidos por una autoridad administrativa, con lo que se maximiza la eficacia del Estado y la efectividad de los derechos fundamentales de los involucrados (art. 2º superior).

112. Bajo este criterio, se declarará la exequibilidad del numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, únicamente por el cargo analizado en esta oportunidad, en el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su condición de salud, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización.

En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e

indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

[...]. (negritas propias del texto)

No puede considerarse que el tribunal hubiera cometido un error interpretativo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al ordenar el reintegro del trabajador despedido en el momento en que estaba incapacitado y cuando esa situación había superado los 180 días, en aplicación de una interpretación teleológica y finalista que, además, se acompasa con lo resuelto por la Corte Constitucional en la decisión transcrita, sin importar que aquella fuere posterior a los hechos, pues su contenido siempre ha existido.

Aunque la sentencia del órgano constitucional sirve para complementar la decisión, debe decirse que la conclusión a la que arribó el colegiado, según la cual, el hecho de que el empleador tuviera pleno conocimiento del estado de salud de su trabajador, que perduró en el tiempo, y que ello conllevaba a considerar que la causa del despido fue esa situación, y en ese orden de ideas, no podía hacerse una interpretación aislada de la causal prevista en el ordinal 15) del literal A) del art. 62 del CST, sin tener en cuenta el contenido del art. 26 de la Ley 361 de 1997, y que por ello era necesario que obtuviera el permiso de la autoridad administrativa respectiva, para realizar, válidamente, el despido, en sentir de la sala se encuentra ajustada a derecho.

En la ya citada decisión CSJ SL998-2017, la sala refiriéndose al caso particular allí decidido, expresó:

En el sublite, quedó plenamente definido por el Tribunal que la trabajadora al momento del despido llevaba 960 días de incapacidad y que el empleador agotó todas las instancias ante la EPS, sin que la actora se recuperara de la incapacidad, aunado a que se certificó que no podía ser reubicada, todo lo cual configura la justa causa del numeral 15 del artículo 62 del CST, premisas estas que gozan de la presunción de legalidad. De tal suerte que, tal y como lo concluyó el ad quem, resulta evidente que el despido no fue discriminatorio en razón a la discapacidad del 26.75%, sino que obedeció a la incapacidad por 960 días. Por tanto, la Sala arriba a la misma conclusión de la sentencia impugnada. En consecuencia, no se casará.

Contrario sensu, como en el caso que ocupa la atención de la corte, no fue objeto de discusión que la sociedad recurrente despidió al trabajador cuando se encontraba incapacitado, que dicha situación que venía perdurando en el tiempo, que no realizó gestión alguna ante la EPS que ordenó las incapacidades, y que no intentó su reubicación, a la luz de las reglas de la sana crítica y con base en la libertad probatoria permitida al juez laboral según el artículo 61 del CPTSS, para la sala no se demostró la existencia de un error en la intelección que hizo el tribunal de las normas atacadas.

Lo razonado es suficiente para despachar desfavorablemente el cargo.

Sin costas por no haberse formulado oposición.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil

doce (2012), por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., dentro del proceso ordinario laboral promovido por **PEDRO PABLO MAHECHA CASTRO** en contra de **EXPRESO BOLIVARIANO S.A.**, hoy **EXPRESO BOLIVARIANO S.A. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN.**

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

Tralucan
ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA
Aclaro voto

OMAR R. O.
OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Gio
GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ


República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha se fijó edicto.

Bogotá, D. C., 06 AGO 2019 - 08:00 A.M.

SECRETARIO ADJUNTO


República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto.

Bogotá, D. C., 06 AGO 2019 - 05:00 P.M.

SECRETARIO ADJUNTO


República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D. C., 12 AGO 2019 Hora: 05:00 P.M.

SECRETARIO ADJUNTO



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

ACLARACIÓN DE VOTO

SL2981-2019

Radicación n.º 57004

ACTA n.º 23

Demandantes: Pedro Pablo Mahecha Castro.

Demandada: Expreso Bolivariano S.A. hoy Expreso Bolivariano S.A. en ejecución del acuerdo de reestructuración.

Magistrado Ponente: Dr. Omar de Jesús Restrepo Ochoa

Con el debido respeto de la Sala, aclaro mi voto pues, aunque estoy de acuerdo con no casar la decisión proferida por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., creo que debieron resolverse una serie de cuestionamientos con el fin de determinar la viabilidad del amparo del fuero por razones de salud.

Así, debió llamarse la atención sobre la dificultad que implicaba resolver este tipo de situaciones cuando esta Corte señala que si el retiro se produce por una justa causa, no se puede considerar discriminatorio (CSJ SL12998-2017), pero precisamente la autorización legal para la terminación del vínculo laboral está dado por la incapacidad por más de 180

días que, a juicio de la Corte Constitucional, requiere de todos modos la intervención del inspector de trabajo (CC C-200 de 2019).

Por ello, más allá de la extensa transcripción de las consideraciones hechas por las dos Corporaciones, en el caso en particular debieron evidenciarse los elementos que llevaron a la decisión tales como si el empleador conocía del estado de enfermedad y los elementos para ello, si así ocurrió en qué momento lo hizo, si para la fecha del despido el trabajador se encontraba en estado de incapacidad o no, si existía una calificación de cualquier tipo además de la que buscara la definición del porcentaje de pérdida laboral, entre otras.

Así, a más de dar el soporte del precedente judicial, debía explicarse en el contexto particular las razones que favorecían las pretensiones del demandante.

Fecha *ut supra*


ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA