



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado Ponente

SL711-2021

Radicación n°. 64605

Acta 07

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2013, por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, en el proceso que instauró **CHARLYS GABRIEL RUIZ MUJICA** contra **CONSTRUCTORA EMINDUMAR S.A., SEGUROS DE VIDA COLPATRIA** y **SALUDCOOP EPS.**

I. ANTECEDENTES

El accionante demandó en proceso ordinario laboral a la Constructora Emindumar S.A., Seguros de Vida Colpatria y la EPS SaludCoop, con el fin de que se declarara que el despido del que fue objeto, el 23 de julio de 2011, fue ilegal porque desconoció lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, como consecuencia, fueran condenadas a efectuar el reintegro al mismo cargo que desempeñaba al momento

del despido, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de terminación del vínculo y la del aludido reintegro, la sanción equivalente a 180 días de salario, las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago oportuno de salarios y prestaciones, el auxilio por incapacidad, la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del CST, la indexación de las sumas adeudadas, y lo que resulte de la aplicación de las facultades extra y ultra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis, que ingresó a laborar, el 18 de noviembre de 2010, en la empresa Constructora Emindumar S.A., mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual tuvo varias prórrogas, la última hasta el 17 de mayo de 2011; que fue contratado para ejecutar tareas de construcción, desempeñándolas en el oleoducto Caño Limón; que el 9 de febrero de 2011, a las 2:30 pm, mientras se encontraba prestando el servicio en el área de producción, cargando tubos de una carpa, pisó un terreno falso que le ocasionó una lesión en la rodilla derecha, por lo que el empleador reportó a la ARP, el accidente de trabajo ocurrido; que en el tratamiento médico, se dispuso la valoración con el ortopedista, dado que el diagnóstico fue la ruptura completa del ligamento cruzado anterior, entre otras lesiones asociadas; que el 26 de abril de 2011, le fue practicada una cirugía de reconstrucción de ligamento.

Indicó, que antes de la intervención quirúrgica, le fueron otorgadas varias incapacidades, comenzando el 9 de febrero de 2011, y con posterioridad, hasta el mes de agosto

de ese mismo año; que pese a que el empleador conocía del estado de salud y de los reportes de incapacidad, el 16 de junio de 2011, le fue entregada la carta de no prórroga del contrato de trabajo; que ante esa situación, presentó acción de tutela, la cual fue resuelta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, el 16 de agosto de 2011, accediendo al amparo, conminando al empleador al reintegro; sin embargo, en la impugnación que resolvió el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Arauca, mediante fallo del 21 de septiembre de 2011, dispuso que el amparo sería transitorio, por lo que debía demandar ante la justicia ordinaria laboral.

Al dar respuesta a la demanda, la Constructora Emindumar S.A., se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, precisó que, efectivamente existió el contrato de trabajo aludido, cuyas prórrogas se dieron en fechas distintas a las aducidas por el demandante; mencionó, que el actor sufrió un accidente de trabajo, pero como el empleado se encontraba afiliado en riesgos profesionales y en salud, a las respectivas entidades del sistema, aquellas le brindaron los servicios asistenciales y las prestaciones económicas, encontrándose pendiente la valoración por la Junta Médica; que aunque el actor se encontraba activo en la nómina de la empresa, por cuenta de la acción de tutela impetrada, la terminación del contrato tuvo lugar por cuestiones administrativas y no por razón de la afectación a la salud.

En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe, temeridad del trabajador e inexistencia de nexo causal entre la discapacidad laboral y la terminación del contrato.

Seguros de Vida Colpatria S.A., se opuso a las súplicas, y con respecto a los hechos, indicó, que no le constaban puesto que no hizo parte de la relación laboral alegada. Señaló, que en lo relacionado con el accidente de trabajo, ciertamente tal suceso le fue informado el 9 de febrero de 2011, por lo que, a partir de allí, le fueron concedidas las incapacidades correspondientes. Agregó, que el actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 6.35%, dictamen que fue impugnado por el trabajador ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, a la espera del resultado final. Propuso como excepciones de mérito las de cumplimiento de las obligaciones, inexistencia de la obligación, límite de la eventual obligación a cargo de Seguros de Vida Colpatria, prescripción y la genérica.

La EPS SaludCoop también se opuso a las pretensiones, y en cuanto a los hechos, sostuvo que la mayoría no le constaban, y otros se atenía a lo que resultara probado en el proceso. Propuso las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2012, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, con condena en costas a la parte actora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandante, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, mediante proveído del 24 de mayo de 2013, revocó la sentencia de primer grado, y en su lugar, declaró la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo. Como consecuencia, ordenó a la Constructora Emindumar S.A., al reintegro del trabajador, sin solución de continuidad, al mismo empleo u otro de igual categoría o superior nivel, que esté acorde con la condición de salud. Así mismo, condenó al empleador a reconocer al demandante, los salarios y prestaciones dejados de percibir por el demandante, entre el 18 de julio y el 21 de agosto de 2011, y entre el 24 de agosto de 2012, hasta la fecha en que se cumpla el reintegro, así como las incapacidades del 18 de julio al 8 de agosto de 2011, debidamente indexadas, más la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, correspondiente a 180 días de salario, junto con la condena en costas en ambas instancias.

El tribunal, luego de referirse a los supuestos fácticos que tuvo acreditados el juez de primera instancia, y que en la apelación serían la base de decisión, por no haber sido discutidos por las partes, tales como la existencia de la

relación laboral, el oficio desempeñado y el tipo de contrato; dejó claro, que su estudio se centraría en establecer, si para la fecha en que le fue entregada la carta de terminación del vínculo, aquél se había prorrogado o, si efectivamente, el empleador se encontraba en término para entregar el preaviso, y finalmente, si en caso de haberse respetado dichos plazos, en realidad la demandada podía prescindir del trabajador ante su condición de salud.

Con respecto al primer punto, se refirió al artículo 46 del CST, subrogado por el al artículo 3º de la Ley 50 de 1990, y con base en dicha norma, consideró que el empleador respetó las prórrogas del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, y entregó oportunamente la carta de terminación del contrato, antes de que se cumpliera la última prórroga, esto es, el 16 de junio de 2011, puesto que el contrato finalizaba, el 17 de julio de 2011.

No obstante, y al pasar al segundo problema jurídico, indicó que para la fecha en que el empleador entregó el aludido preaviso de terminación del contrato, el trabajador se encontraba incapacitado debido a la disminución de su estado de salud, por cuenta del accidente de trabajo ocurrido el 9 de febrero de 2011.

Con fundamento en ello, explicó que debía darse aplicación al principio constitucional de estabilidad laboral reforzada de trabajador con discapacidad, la cual no sólo opera para personas calificadas como inválidas de conformidad con las normas legales, sino igualmente, para

aquellas que tienen una mengua en su estado de salud, que los ubica en una situación de debilidad manifiesta, que a su vez les impide ejecutar el trabajo de manera normal.

Añadió, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la cual citó las sentencias T- 943 de 1999, T-003-2010, T-198 de 2006, T-225 de 2012 y C-531 de 2000, dicho principio es aplicable a cualquier modalidad contractual, es decir, incluso los contratos a término fijo o por obra o labor contratada; de suerte que no importa que haya expirado el plazo inicialmente pactado, pues si el empleador tiene conocimiento del accidente o enfermedad del trabajador y las respectivas incapacidades, debe otorgarle un trato diferencial, jamás la terminación del contrato.

Para el sentenciador colegiado, ante esa situación, la obligación del empleador consiste en buscar alternativas de reubicación laboral o reasignación de funciones, y de ser necesario, las respectivas capacitaciones, sin que con ello se pueda concluir, que deba mantener indefinidamente al trabajador, dado que puede acudir a la autoridad administrativa del trabajo, para que autorice la terminación del vínculo, verificando el acaecimiento de factores objetivos que ameriten la desvinculación laboral, por cuanto en estos casos, el trabajador tiene derecho a conservar el empleo, pese a la expiración del término pactado.

Más adelante precisó, que lo dicho en la sentencia no se contradecía con pronunciamientos anteriores emitidos por el Tribunal, relacionados con este tipo de eventos, pues aquí

estaba demostrado que el empleador conocía el estado de salud del trabajador y las secuelas que dieron lugar a la emisión de las diferentes incapacidades, aspectos que no se acreditaron en esos procesos.

En esa misma explicación, indicó que sin desconocer los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionados con que la estabilidad laboral reforzada opera para los trabajadores cuya limitación comienza en el grado de moderada, esto es, a partir del 15% de pérdida de capacidad laboral, en su criterio, especiales situaciones que no encajan en esa directriz, no pueden conducir a la desprotección del trabajador, con mayor razón, si en otras decisiones, la Corporación ha sostenido que el empleador está obligado a ejecutar el contrato de trabajo de buena fe y a brindar protección y seguridad a su trabajador.

Para el colegiado, aunque desde el punto de vista jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, el grado de discapacidad otorgado en este caso por la ARP al trabajador, no es significativo, no es menos cierto, que cuando se produjo el primer despido del demandante, aquél venía sucesivamente incapacitado, aspecto que el empleador le restó importancia, pues lo reintegró por cuenta de la orden de tutela que amparó los derechos fundamentales del trabajador, pero aún con ello y las nuevas incapacidades, volvió a terminar el contrato, sin tomarse el tiempo de verificar cuál sería el verdadero grado de discapacidad del servidor.

Así, según el Tribunal, se debía acoger la tesis de la Corte Constitucional en concordancia con lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, el principio de la estabilidad laboral reforzada, opera también respecto de sujetos con incapacidad, sin desconocer que la estabilidad no supone que el trabajador sea inamovible, pues una vez se presenten causas objetivas tales como indisciplina, ineficiencia o bajo rendimiento, menos la expiración del plazo pactado, se autoriza la terminación unilateral del contrato de trabajo, garantizando de esta manera el derecho al debido proceso del trabajador.

Por lo tanto, si el trabajador se encuentra en una situación especial de merma en su estado de salud, debe mediar autorización de la oficina del trabajo, so pena de la ineficacia del despido.

Añadió, que esa declaración no sólo implica el reintegro del trabajador al puesto de trabajo, sino igualmente, la condena de 180 días de salario, a título de sanción por la conducta ilegal del empleador, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y lo señalado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-531 de 2000.

Luego se refirió al tema de las incapacidades, para lo cual mencionó que se habían acreditado las respectivas órdenes en los períodos: 9 al 11 de febrero de 2011; 12 de febrero al 3 de marzo de 2011; 4 de marzo al 1 de abril de 2011; 2 al 16 de abril de 2011; 17 al 29 de abril de 2011; 26 de abril al 25 de mayo de 2011; 8 de julio al 6 de agosto de

2011; 1 al 2 de febrero de 2012; 22 al 24 de marzo de 2012; 10 al 11 de abril de 2012; 30 de julio al 1 de agosto de 2012, y; 2 al 6 de agosto de 2012.

Y como el actor había señalado en el interrogatorio de parte, que sólo se le adeudada el auxilio por incapacidad de unos días de julio y agosto de 2011, siendo que los demás períodos fueron pagados por la ARP y la EPS, acorde con sus competencias, lo adeudado se le debía imponer al empleador.

Por último, sostuvo que como no se debatió ni demostró el tema de la culpa patronal solicitada en la demanda, no había lugar a condena alguna por dicho concepto, lo mismo que por la moratoria del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, puesto que se impuso la condena relacionada con el reintegro, que implica el pago de salarios y prestaciones como si el vínculo contractual jamás se hubiera extinguido.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el apoderado de la demandada Constructora Emindumar S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicitó *«que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto en el numeral primero de la sentencia gravada se revocó el numeral 1º de la sentencia de primer grado; respecto del numeral segundo de la sentencia atacada, en cuanto declaró la ineficacia de la*

terminación de la relación laboral con el actor, ordenando en consecuencia el reintegro sin solución de continuidad al mismo empleo o a otro de igual o superior nivel acorde con su condición de salud; el numeral tercero, en cuanto condenó a Emindumar S.A. a pagar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 sancionada en 1997 y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 18 de julio de 2011 al 31 de agosto de 2011 y del 24 de agosto de 2012 hasta la fecha en que sea reintegrado, junto con el pago de las incapacidades del 18 de julio al 8 de agosto de 2011, debidamente indexadas; y el quinto al imponer las costas de ambas instancias a Emindumar S.A.; para que en su lugar y en ese de instancia, confirme totalmente la del juzgado y provea en costas como corresponda.»

Con tal propósito formuló tres cargos, que fueron replicados por el demandante, los cuales se estudiarán conjuntamente, por cuanto, si bien se encaminan por distinta vía, denuncian idéntico elenco normativo, se valen de los mismos argumentos en la demostración y persiguen igual fin.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en relación con los artículos 13, 47, 48 y 54 de la Constitución Política, que llevó a la infracción directa del artículo 5º de la Ley 361 *ibídem*, en armonía con el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001.

En su demostración adujo, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece un fuero en favor del trabajador

discapacitado o en condición de debilidad manifiesta, a través del cual se persigue la efectiva protección de la estabilidad laboral de las personas que por haber sufrido una enfermedad común o un accidente de trabajo, afectan su capacidad laboral, y por ende, debe impedirse, por la clara discriminación que ello comporta, que el contrato de trabajo termine con fundamento en esa discapacidad.

Indicó, que la consecuencia de esa discriminación, necesariamente es la ilegalidad del despido, y como tal, el reintegro, pues desde todo punto de vista, es reprochable prescindir de un trabajador por el mero hecho de su limitación al estado de salud, conculcando sus garantías fundamentales.

Sin embargo, según el censor, para hacerse acreedor a esa protección legal, el trabajador debe demostrar el verdadero móvil de la terminación del vínculo, es decir, que fue con ocasión de su discapacidad, y no cuando se presenta una causa objetiva como cuando se presenta un modo de terminación del contrato, contrario a lo que dijo el Tribunal, al descartar esa justificación plausible dentro del ordenamiento jurídico.

Así, para el recurrente, aunque el sentenciador colegiado hizo referencia a la norma y sus objetivos protectores *«...lo cierto es que al aplicar la norma que contiene esa exigencia, el Tribunal no hizo referencia material a ella, sino simplemente y al dar por acreditada, según se dijo, la limitación, sin más, procedía la protección foral y por ende el reintegro, cuando de haber aplicado la*

exigencia de tener que dar por demostrado que el despido porque así lo impone la norma, en este caso la terminación del contrato, tuvo como único móvil la discapacidad, lo que no ocurrió, estructura el dilate intelectual endilgado en este cargo. Por manera que si el Tribunal hubiera interpretado adecuadamente el artículo 26 en comento, al percatarse de la necesidad de verificar que la terminación del contrato no fue motivada por la discapacidad, sino por el contrario por uno de los modos que legalmente la ley (sic) a previsto para ello, hubiera llegado inexorablemente a otra conclusión, que naturalmente no era la del reintegro y digámoslo ya, tampoco la indemnización del artículo 26 de esa misma normatividad y las demás condenas fulminadas por la segunda instancia.»

Sostuvo, que el fallador dejó de aplicar una previsión del artículo mencionado, relacionado con el hecho de que la limitación debe aparecer calificada en el carné de afiliación al sistema de seguridad social en salud, por lo que el Tribunal *«...se rebeló contra el claro contenido de la disposición legal infringida, al punto que en ninguna parte de la sentencia, se hizo referencia siquiera tangencialmente a esa disposición. Incluso, tampoco se hizo referencia de tipo jurídico en lo que tiene que ver con el grado de la limitación, es decir, si existiendo, era moderada, severa o profunda, que es a lo que se refiere el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por medio del cual se establecieron los porcentajes para determinar la severidad de la limitación y poder así “identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”»*

VII. LA RÉPLICA

Fue presentada por la parte actora, quien adujo, que contrario a lo manifestado por el censor, el Tribunal no incurrió en la transgresión de la ley sustancial por la vía directa, pues la interpretación efectuada por el sentenciador

al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la que corresponde con los principios constitucionales.

Explicó, que partiendo del hecho de que fueron acreditadas las incapacidades médicas, la fecha de terminación del contrato de trabajo, y la orden de tutela en favor del trabajador, era claro que, acorde con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el despido de una persona en razón a una limitación sin previa autorización de la oficina del trabajo, es ineficaz.

Precisó, que en el momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor no se encontraba registrado como una persona con especial protección laboral, puesto que no se había definido su pérdida de capacidad laboral, ya que se encontraba en apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., situación que no puede convertirse en un eximente de responsabilidad a favor del empleador, pues la Ley 36 de 1997, no menciona que sólo se debe garantizar el derecho a la estabilidad reforzada de quien esté inscrito o calificado, por el contrario, la ley protege a todos los trabajadores con limitaciones físicas permanentes o transitorias, es decir, personas en situación de debilidad manifiesta.

Manifestó, que tal como lo ha explicado la Corte Constitucional, es independiente la modalidad contractual, para que opere la protección legal, por lo que el empleador debe obtener la autorización del inspector del trabajo cuando desee dar por terminada la relación laboral con fundamento

en la expiración del término originalmente acordado, o atendiendo determinadas precisiones, en la culminación de la obra para la cual fue contratado el trabajador.

Así, concluyó que «[L]a previa autorización por parte de la Oficina de Trabajo procede cuando la disminución de la capacidad laboral surge en desarrollo del contrato, es decir, “no se encuentra restringida al caso específico de quienes tienen la calidad de inválidos o discapacitados” sino que además “aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser consideradas como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución.»

VIII. SEGUNDO CARGO

En la proposición jurídica se denuncia el mismo elenco normativo del cargo anterior, pero bajo la vía indirecta.

Así, señaló que el quebrantamiento de la ley sustantiva se produjo a consecuencia de los siguientes errores evidentes de hecho:

Dar por demostrado, sin ser verdad y existir prueba que lo demuestre, que la terminación del contrato de trabajo del actor, tuvo como sustento de la misma, la limitación del demandante como consecuencia del accidente de trabajo sufrido al servicio de la empresa que represento.

No dar por acreditado, estándolo, que como quiera que la terminación del contrato no tiene relación alguna de causalidad con la ocurrencia del accidente de trabajo y las secuelas o limitaciones que este hubiere podido dejar en el trabajador, no

procedía el reintegro ordenado y mucho menos la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Dar por acreditado contra la realidad, que el empleador al momento de la terminación del contrato por vencimiento del término fijo pactado previamente por las partes aquí contendientes, conocía el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del demandante.

Dar por acreditado contra la evidencia, que la empresa que represento tenía la obligación de acudir al Ministerio del Trabajo, en procura de obtener la autorización para poder terminar el contrato de trabajo que la unía con el extrabajador.

Dar por cierto, aunque no exista prueba de ello, que la empresa que represento al momento de la terminación del contrato, tenía pleno conocimiento que el demandante se encontraba con incapacidad laboral.

Dichos errores se dieron, como consecuencia de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

La documental obrante a folio 17 a 25 del cuaderno principal, que contiene el contrato de trabajo y sus prórrogas.

Los documentos obrantes a folios 28 a 35 del legajo principal y que contienen las incapacidades a que se refirió la segunda instancia, así como el documento de folios 48.

Carta de terminación del contrato de trabajo de folio 51 del dossier de primera instancia.

Documento de folio 304 del cuaderno principal.

Y como no apreciadas:

Documental de folio 111 concepto médico de aptitud laboral y 113 a 116.

Dictamen de pérdida de capacidad laboral y su notificación.

En la demostración del cargo, indicó que, si el Tribunal hubiera observado la documental relacionada con las

incapacidades, hubiera encontrado que ninguna de ellas se dio para la fecha en que fue terminado el contrato de trabajo y, por ende, no resultaba necesario que el empleador solicitara el permiso respectivo, pues al no existir prueba alguna que acreditara al momento del acaecimiento del modo legal de terminación del contrato de trabajo la limitación física del demandante.

Sostuvo, que si el jugador hubiera valorado el contenido del concepto médico de aptitud laboral, se hubiera encontrado con que las consecuencias para la salud del trabajador derivadas del accidente de trabajo, fueron conocidas por el empleador sólo hasta la entrega de dicho documento, esto es, el 23 de junio de 2011, una semana después de haberse informado la terminación del contrato por haberse cumplido el término fijo pactado entre las partes.

Indicó, que igual razonamiento debe predicarse respecto del documento de folio 113, por medio del cual se notificó al empleador la calificación de la pérdida de capacidad laboral, por lo que antes de dicha notificación, esto es, el 25 agosto de 2011, nueve días después de la terminación del contrato de trabajo, el patrono desconocía la afectación de la salud del trabajador, y menos el porcentaje en el que opera la protección de la Ley 361, en particular, lo previsto en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001.

Manifestó, que el dictamen de pérdida de capacidad laboral, fue igualmente producido tiempo después de la terminación del contrato, y no existía prueba, si quiera, de

que aun después de dicha terminación, lo hubiera conocido el empleador, para poder, con algún sustento, tratar de derivar la relación de causalidad, a efectos de soportar la conclusión, relacionada con que la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión de la discapacidad y no del cumplimiento del plazo fijo pactado, como lo acredita la carta de finalización, el contrato de trabajo y sus prórrogas, no valorados en su real contenido por el sentenciador.

IX. LA RÉPLICA

Para el opositor, el sentenciador colegiado no incurrió en la infracción de la ley, y mucho menos aplicó indebidamente las normas sustanciales referenciadas en el cargo, dado que el juzgador no cometió los errores de hechos alegados por la censura.

Explicó, que el representante legal de la empresa, al absolver el interrogatorio de parte, confesó que el despido del trabajador se dio por un error administrativo, pues la carta se diligenció con anterioridad al permiso que debía otorgar el inspector del trabajo.

Indicó, que con el material probatorio que fue allegado con la demanda, como fue el informe del accidente de trabajo, los recibos expedidos por el empleador en el área administrativa, relacionados con las incapacidades médicas, así como el examen de egreso realizado por el equipo médico autorizado por la empresa, se podía evidenciar que al

momento de la terminación del contrato, el trabajador se encontraba en incapacidad laboral.

Finalmente, expresó que *«la empresa (...) sí conocía las condiciones de discapacidad del demandante al darle en varias oportunidades permiso para los tratamientos que venía realizando y que además le brindaba atención especial con el médico del empleador y de la EPS y ARL, a la cual lo había afiliado, tenían conocimiento de la gravedad de la lesión. Quien tenía el conocimiento de la evolución de la enfermedad como consecuencia del accidente de trabajo, especialmente, las lesiones en la rodilla, que le implicaban al trabajador una discapacidad laboral.»*

X. TERCER CARGO

Acusó la transgresión de la ley sustancial por la vía directa, por interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los artículos 13, 47, 48 y 54 de la Constitución Política, que condujo a la infracción directa del artículo 5º de la citada Ley 361, en concordancia con el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001.

En el desarrollo del cargo, expresó que el Tribunal había sustentado su tesis, con fundamento en el estudio e interpretación de la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador en estado de discapacidad, pero lo hizo desconociendo la verdadera interpretación que le ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia con radicado No. 36115 del 10 de marzo de 2010, que sobre el tema, sostuvo que es obligación del trabajador

acreditar que el despido o la terminación del contrato se produjo por razón de la discapacidad, la cual, debe ser conocida previamente por el empleador, y en los porcentajes establecidos por la norma reglamentaria, esto es, la limitación moderada, severa o profunda, en tanto que, si lo que se demuestra es una razón objetiva de terminación del vínculo, como ocurre con la expiración del plazo pactado, no era viable declarar la ineficacia, dado que se trata de un modo normal y legítimo de terminación del contrato de trabajo, que conllevaba a descartar la prosperidad del reintegro solicitado.

XI. LA RÉPLICA

Luego de citar los apartes pertinentes de las sentencias de la Corte Constitucional, T-830 de 2008, T-216 de 2009, C-531 de 2000, y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rad. 39207, mencionó que con la estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del trabajador discapacitado, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial, y de conformidad con su capacidad laboral, por lo que es necesario que el empleador adelante los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan al trabajador una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos, en lugar de discriminarlo por razón de sus deficiencias en el estado de salud.

Por último, indicó que resultaba oportuno mostrarle a la Corte, que al trabajador le fue definida la pérdida de

capacidad laboral, mediante dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 20 de diciembre de 2013, por medio del cual concluyó, que el señor Charlys Gabriel Ruiz Mujica, tenía un 12.10% de PCL, de origen profesional, con fecha de estructuración, el 24 de abril de 2012, confirmando el dictamen que emitió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el 5 de julio de 2013.

Con base en lo anterior, solicitó a la Sala, no casar la sentencia de segunda instancia.

XII. CONSIDERACIONES

Al comenzar sus planteamientos, el Tribunal consideró que no estaba en discusión la existencia del contrato a término fijo, con un plazo de dos (2) meses, a partir del 18 de noviembre de 2010, el cual, con el otrosí 1.1 del 17 de enero de 2011, fue prorrogado hasta el 17 de marzo de igual año; que a través del otrosí 1.2 del 17 de marzo de 2011, se prorrogó nuevamente el contrato hasta el 17 de mayo de 2011; que mediante el otrosí 1.3 de esa última calenda, el vínculo fue prorrogado hasta el 17 de julio de 2011, y; que atendiendo a la forma y los plazos que dejaron transcurrir los contratantes, para el 16 de junio de 2011, fecha en que el empleador entregó al trabajador la carta de no prórroga del contrato de trabajo, en principio se habían respetado las previsiones del artículo 46 del CST, subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990.

Tales supuestos fácticos fueron aceptados por la censura, por lo que, el reproche que el recurrente le formula al sentenciador de alzada, es que haya interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el sentido que, solo bastaba acreditar la limitación del trabajador, sin ningún otro aditamento, para que opere la estabilidad laboral reforzada con el consiguiente reintegro, desconociendo que la norma exige, que su beneficiario demuestre que la terminación del vínculo por parte del empleador tuvo como móvil la discapacidad, en cambio, no es procedente la protección, cuando lo que se acredita es un modo de terminación del contrato, como ocurre con la expiración del plazo pactado.

Agregó la censura, que esa interpretación equivocada, a su vez condujo al desconocimiento del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, en concordancia con el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, que establecen que la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado, sólo tiene cabida en las limitaciones moderadas, severas y profundas, aspecto jurídico que, supuestamente, el sentenciador por ningún lado de la decisión hizo referencia.

Frente a esos cuestionamientos, la Sala precisará algunos conceptos y su aplicación con respecto al denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad.

Lo primero que hay que señalar, es que este principio tiene su fuente constitucional en diversos artículos. Por

ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

Lo anterior se articula con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

(aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009). Así se destacó por esta Sala, verbigracia en la sentencia SL1360-2018.

De otra parte, el desarrollo legal está dado, entre otras, por las siguientes normativas vigentes: Ley 12 de 1987 *"por la cual se suprimen algunas barreras arquitectónicas y se dictan otras disposiciones."*; Ley 82 de 1988 *"Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983"*; Ley 324 de 1996 *"por el cual se crean algunas normas a favor de la población sorda."*; Ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones."*; Ley 762 de 2002 *"Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)"*; Ley 982 de 2005 *"por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones."*; Ley 1287 de 2009 *"Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997."*; Ley 1346 de 2009 *"por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006."*; y la ley estatutaria 1618 de 2013 *"por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad"*.

Ahora bien, en materia laboral, sobre todo cuando se trata de la conservación del empleo y prohibir la discriminación por razones de cualquier limitación física o sensorial, cobra especial relevancia el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que en su tenor literal establece lo siguiente:

ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización 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.

Debe precisarse que el inciso 2º fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

Sobre dicho artículo, la Corte ha destacado varios aspectos:

En primer lugar, atendiendo al estudio de la Corte Constitucional, que declaró condicionalmente exequible el aludido inciso 2º de la norma, ha sostenido que allí se consagró una presunción, en el sentido que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la justa causa alegada.

En la sentencia SL1360-2018, se indicó:

Con todo, aunque podría contra-argumentarse que la tesis aquí defendida, elimina una garantía especial en favor de los trabajadores con discapacidad, ello no es así, por varias razones:

Primero, porque la prohibición de despido motivada en la discapacidad sigue incólume y, en tal sentido, solo es válida la alegación de razones objetivas, bien sea soportadas en una justa causa legal o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio. Aquí vale subrayar que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro.

Segundo, la consecuencia del acto discriminatorio en la fase de la terminación del vínculo sigue siendo la misma: la recuperación de su empleo, garantizado mediante la ineficacia del despido con las consecuencias legales atrás descritas.

Tercero, el trabajador puede demandar ante la justicia laboral su despido, caso en el cual el empleador, en virtud de la presunción que pesa sobre él, tendrá que desvirtuar que la rescisión del contrato obedeció a un motivo protervo. Esto, de paso, frustra los intentos reprobables de fabricar ficticia o artificiosamente justas causas para prescindir de los servicios de un trabajador con una deficiencia física, mental o sensorial, ya que en el juicio no bastará con alegar la existencia de una justa causa, sino que deberá probarse suficientemente.

Cuarto, la labor del inspector del trabajo se reserva a la constatación de la factibilidad de que el trabajador pueda laborar;

aquí el incumplimiento de esta obligación por el empleador, al margen de que haya indemnizado al trabajador, acarrea la ineficacia del despido, tal y como lo adocrinó la Sala en fallo SL6850-2016.

De tal manera, que se han aceptado las órdenes de reintegro por cuenta de la ineficacia del despido, cuando quien tenía una afectación en su salud que le dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones normales, se le termina el vínculo de manera unilateral sin la respectiva autorización de la autoridad del trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En segundo lugar, en cuanto al momento y la forma de acreditar los supuestos de dicha garantía, la Sala ha precisado, que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, u otro documento, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad laboral.

En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:

[...] para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine qua non que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria

la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor era un hecho notorio.

Y, en tratándose del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, que por lo general es el concepto que probatoriamente más se discute en este tipo de asuntos, ha indicado, que ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria.

En la sentencia SL10538-2016, se mencionó:

En lo que atañe al dictamen emanado de las Juntas de Calificación de Invalidez como una prueba ad substantiam actus o también denominada ad solemnitatem o solemne, la Corporación en sentencia CSJ SL del 18 de mar. 2009, rad. 31062, recordó:

Sala ha tenido la oportunidad de estudiarlo y definirlo, y por mayoría ha adoctrinado desde la sentencia del 29 de junio de 2005 radicado 24392, reiterada en casación del 30 de agosto de igual año radicación 25505, que esta clase de pericia no tienen esa connotación, y en la última de las decisiones mencionadas se puntualizó:

(...) Al respecto, en sentencia reciente del 29 de junio de 2005 radicado 24392, esta Sala de la Corte definió por mayoría que el dictamen emanado de la Junta de Calificación de Invalidez no es una prueba solemne y en esa oportunidad dijo: <El ataque esta edificado fundamentalmente en la aseveración según la cual el juzgador de segundo grado incurrió en un error de derecho consistente en dar por probado que no hubo accidente de trabajo, pese a que la prueba solemne acerca de la calificación de origen del accidente lo acredita fehacientemente, es decir el dictamen emanado de la junta de calificación. Planteamiento que resulta inexacto pues la referida prueba no es más que un experticio (sic) que la ley estableció debía ser practicado por unos determinados entes, lo cual difiere claramente de lo que es una prueba solemne>.

Lo anterior es así por cuanto la prueba solemne o ad solemnitatem, es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, que en otras palabras es aquella que las partes o los interesados deben necesariamente ajustarse en rigor para la existencia jurídica de un acto, contrato o convenio, entre los cuales no encaja el dictamen pericial que es una de las pruebas que dispone la Ley, es ad probationem y obviamente no es de esencia contractual, sino que tiende a acreditar o demostrar un presupuesto o supuesto fáctico (para el caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral) que sirva como sustento o soporte para obtener un derecho perseguido, como por ejemplo el reconocimiento de un auxilio, incapacidad, prestación económica, indemnización, pensión, etc..

De suerte que, no es del caso calificar como prueba solemne el dictamen pericial con el que se busca establecer la pérdida de capacidad laboral, así provenga de la Junta de Calificación de Invalidez. (...)

En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobre todo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras.

De los criterios anteriores se extrae: i) tanto el carné de que trata el artículo 5 de la Ley 361, como el dictamen pericial de las JCI, son algunos de los medios de prueba, no solemnes, con los cuales se puede acreditar el grado de la limitación física, psíquica y sensorial; ii) habrá casos, según la patología, en los que el Juez sólo podrá verificar tal supuesto de hecho con los dictámenes de las JCI y iii) en otros eventos, el Juzgador tiene libertad probatoria.

En tercer lugar, la Corte de antaño viene señalado, que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15%, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas.

En la sentencia CSJ SL, 28 ag. 2012, Rad. 39207, reiterada en la SL10538-2016 y SL5163-2017, entre otras, indicó la Corte:

Justamente en un proceso adelantado contra la misma empresa aquí demandada, radicado N.º 32532 de 2008, esta Sala determinó que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1º y 5º de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%). Bajo esta premisa, negó la protección al demandante quien sufría una incapacidad permanente parcial del 7.41%.

El anterior precedente fue reiterado en la sentencia 35606 de 2009, donde sobre el particular anotó:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

Ahora bien, en la sentencia 38993 del 3 de noviembre de 2010, esta Sala le dio la razón al tribunal en haber negado la protección prevista en el artículo 26 en comento, no solo porque el actor tenía una discapacidad dentro del rango de moderada (21.55%), sino también porque “...la desvinculación del actor no se produjo por razón de la pérdida de su capacidad laboral, sino en virtud de haberse prolongado la incapacidad por más de 180 días sin que hubiera sido posible su recuperación, causal que se encuentra prevista como justa causa de terminación del contrato de trabajo, en el numeral 15 del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965”. Si bien en las consideraciones se anotó “...en efecto, ya esta Corporación ha fijado su criterio en torno al tema relacionado con la aplicación de la Ley 361 de 1997, en el sentido que ella está diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones ‘severas y profundas’, pues así lo establece el artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, en cuanto son las personas consideradas discapacitadas, esto es, aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra

alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no lo hace merecedor a esa especial garantía de estabilidad reforzada”, el ánimo de la Sala no fue el de apartarse del precedente 32532 de 2008 precitado, pues, justamente, a renglón seguido, se aludió a él, para reforzar su decisión, sin hacer salvedad alguna, así: “Precisamente, la Corte en Sentencia del 15 de julio de 2008, radicación 32532, reiterada en las del 25 de marzo de 2009, rad. 35606, 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235, entre otras, al fijar el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expresó...”

En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento.

Como se explicó en dichas decisiones, los destinatarios del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas.

De tal manera, que la mención en esa parte de la norma sobre el grado de discapacidad de moderada, severa o profunda, ha sido el parámetro que ha orientado la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de identificar a los beneficiarios del principio protector, ya que, para la Sala, no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.

Con todo, como la Ley 361 de 1997, no trajo expresamente la regla numérica para identificar el grado de la discapacidad, tal punto era necesario desarrollarlo; de ahí que el gobierno nacional, aprovechando la necesidad de actualizar el régimen de integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, acorde con las normas que se expidieron después de la Ley 100 de 1993, que comprometían la intervención de dichos actores del sistema, expidió el D. 2463 de 2001, y en el art. 7º, definió las escalas o grados de discapacidad mencionados por el legislador, así:

ARTICULO 7º-Grado de severidad de la limitación. *En los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.*

La aplicación de dicho decreto ha sido el parámetro de la jurisprudencia de la Corte, con mayor razón, cuando los

hechos o materia del despido encajan dentro del período de vigencia de la disposición normativa.

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: **(i)** que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad *moderada*, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) *severa*, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) *profunda* cuando el grado de discapacidad supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, **(iii)** que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, aunque la Corte admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, lo cierto es que el artículo 1 del Decreto 917 de 1999, señaló expresamente que el Manual de Calificación de Invalidez que se establece mediante dicha norma, se aplica también para valorar la discapacidad a efectos de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997. De ello deviene, que aun que se itera existe libertad probatoria para determinar la discapacidad, se estableció un procedimiento objetivo para su calificación.

En ese orden, 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 invalidez, salvo que medie autorización del

Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *“garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”*, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas

personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *“que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial *a largo plazo*, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente.

Claro, los literales a y b del art. 4 de la Convención le exigen a los Estados partes, adoptar medidas legislativas

tendientes a modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; igualmente, el art. 27 a efectos de promover el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de condiciones, exige que se prohíba la discriminación en las diferentes etapas –selección, contratación y empleo- y promover su continuidad; además de que puedan ejercer los derechos laborales y sindicales, pero nada de ello se contraviene, por el hecho de que se identifique en forma particular y objetiva unos rangos de protección, para hallar con certeza a personas con discapacidad, y no simplemente cualquier limitación a afectación a la salud que no pueda encajar allí.

A este punto debe adicionalmente recordarse que, aunque el Decreto 2463 de 2001, estuvo vigente hasta el año 2013, el instrumento establecido para la calificación de la discapacidad, previsto en el Decreto 917 de 1999, mantuvo su vigencia hasta la expedición del nuevo Manual de Calificación de Invalidez, expedido mediante el Decreto 1507 de 2014, el cual derogó expresamente el anterior, conforme lo previó el artículo 6 de esta última normativa reglamentaria. Así las cosas, es meridianamente claro que, a partir de dicha norma, la valoración de la discapacidad debe realizarse, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 2 del último de los citados decretos.

Además, hacia esa identificación ha ido la legislación, a partir de la integración al orden jurídico interno de la citada

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues basta con solo verificar el art. 2º del D. 1507 de 2014, la Circular 009 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, la Resolución 583 de 2018, modificada por la Resolución 246 de 2016 del Ministerio de Salud, y últimamente, la Resolución 113 de 2020, para hacerse una idea, que para verificar la discapacidad de una persona existen unas reglas y unas categorías o denominadas discapacidades avaladas por el ordenamiento jurídico: *discapacidad física, discapacidad auditiva, discapacidad visual, sordoceguera, discapacidad intelectual, discapacidad psicosocial y discapacidad múltiple*, con sus respectivos grados, según lo desarrollan las Resoluciones del Ministerio de Salud.

La mención de tales regulaciones, sólo para indicar que las personas con discapacidad, a partir de la renovación normativa por cuenta de los compromisos internacionales del Estado, buscan identificar con precisión alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, que es la definición concreta de la Convención y las normas que lo incorporaron al orden jurídico interno - que en realidad dificulte la prestación del servicio, es decir, una afectación relevante al estado de salud que impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, y de esa manera ser objeto de protección en el empleo.

Así las cosas, desde el punto de vista jurídico, aunque no es cierto lo que adujo la censura, sobre la omisión del

Tribunal en referirse a los grados de limitación previstos en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, dado que el sentenciador sí mencionó ese aspecto al hacer alusión a la sentencia de la CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532, en la que la Sala explicó las clases de limitación que se deben acreditar en el beneficiario de la protección, acorde con dicha norma, se equivocó al indicar que esa clasificación no es impedimento para aplicar la protección a especiales situaciones de salud que no estén allí, pero que también imposibilitaban el desarrollo normal de las labores, pues como se explicó, para la jurisprudencia de la Sala, no es cualquier clase de limitación, sino aquella que sea significativa, la cual ha sido fijada por el legislador, a partir del 15%, concebida como moderada y, por tanto, como un factor objetivo de verificación por parte del operador judicial.

En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»* (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador *por razón de su discapacidad*, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón

objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.

En sentencia CSJ SL1360-2018, se explicó:

«En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

*Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.*

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el

pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales.

Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

Por ende, tampoco es como lo mencionó la censura, relativa a que el trabajador debe acreditar que el móvil de la terminación del vínculo es la discapacidad, sino demostrar que fue despedido y que se encontraba limitado en su salud en los grados previstos por el legislador, para que surja en su favor la protección legal, que conlleva a que sea el empleador quien deba probar que las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fueron las concernientes a su limitación y, por consiguiente, ante esa situación acreditada, no se le podía exigir el agotamiento del permiso ministerial.

Con todo, se repite, el sentenciador colegiado sí incurrió en el dislate jurídico de concluir que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es aplicable a todo tipo de deterioro en la salud, sin que importe, que el empleador acredite que la causa de terminación del vínculo haya sido la expiración del plazo pactado, pues según el juzgador, ese aspecto no encaja dentro de las razones objetivas que debe acreditar el empleador, porque independientemente de la modalidad contractual, el trabajador tiene derecho a conservar el empleo, siendo otras las causas que el empresario debe demostrar ante la autoridad administrativa.

Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.

Pero habría que precisar, que ello solo es aplicable en los casos de trabajadores con discapacidad, es decir, aquellos a quienes logren acreditar que se encuentran en los rangos de protección aceptados por la jurisprudencia de la Corte, y no que opere en este tipo de vínculo frente a cualquier afectación a la salud.

De manera que, resulta equivocada la conclusión del sentenciador, en tanto pregona que en todos los casos de mengua en la salud del trabajador, aquél tiene derecho a conservar el empleo, aunque el término del contrato haya expirado, pues si, acorde con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en concordancia con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2436 de 2001, se está en presencia de unos rangos inferiores, el empleador puede alegar y probar legítimamente esa causal legal de terminación del contrato, como factor objetivo.

En ese sentido, desde el punto de vista jurídico, los cargos primero y tercero son fundados.

Ahora, en cuanto a los yerros manifiestos de hecho, concretamente, que el Tribunal haya dado por cierto contra la realidad, que el empleador tenía pleno conocimiento de las incapacidades del trabajador, lo mismo que el resultado de la pérdida de capacidad laboral, acorde con las pruebas calificadas, específicamente los documentos que obran a folios 28 a 35 y 48 del cuaderno principal, la Sala encuentra lo siguiente:

A folio 28 obra una fórmula médica emitida por el Hospital San Vicente de Arauca ESE del 9 de febrero de 2011, a nombre del señor Charlys Ruiz, que indica *“incapacidad desde el 09-02-2011 al 11-02-2011 por trauma, contusión en rodilla”* e *“inmovilizador de rodilla”*.

A folio 29, un certificado de licencias o incapacidades de la EPS Saludcoop del 30 de marzo de 2011, a favor del demandante, que otorga ese descanso y viabiliza la reclamación del auxilio correspondiente ante la ARP, entre el 12 de febrero y el 3 de marzo de 2011.

A folio 30, un certificado parecido al anterior, pero esta vez con incapacidad entre el 4 de marzo y el 1º de abril de 2011.

A folio 31, otro certificado de la EPS Saludcoop, con incapacidad entre el 2 al 16 de abril de 2011.

A folio 32, igual certificado con incapacidad entre el 17 al 29 de abril de 2011.

A folio 33, prescripción médica del 26 de abril de 2011, emitido por la Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen Clínica Palermo, que otorga incapacidad al demandante, a partir de ese día y el 25 de mayo de 2011, para lo cual describe que el trabajador presentaba *“LUXACION, ESGUINCE O TORCEDURA DE ARTICULACION Y LIGAMENTO NO ESPECIFICADO DE MIEMBRO INFERIOR, NIVEL NO ESPECIFICADO”*.

A folio 34, prescripción del 8 de julio de 2011, sin que se pueda establecer con nitidez la entidad, médico u organismo prestador de salud, que otorga incapacidad por 30 días al demandante.

A folio 35, certificado de la EPS Saludcoop del 28 de junio de 2011, que otorga incapacidad al trabajador, entre el 8 de julio y el 6 de agosto de 2011

Y a folio 48, prescripción del 8 de julio de 2011, por el médico Dr. Faraón Rafael Villamil Ochoa, dirigido al trabajador, para solicitud de cita de ortopedia en 30 días.

Tales documentos, efectivamente demuestran que el trabajador presentaba una afectación a su estado de salud, a partir del 9 de febrero de 2011, fecha en la cual comenzaron las incapacidades médicas, pero contrario a lo manifestado por la censura, a partir del 12 de abril de 2011, el empleador tenía conocimiento de esas órdenes, es decir, en vigencia del contrato de trabajo y antes de la entrega de la carta del preaviso, que se recuerda, ocurrió el 16 de junio de 2011, pues por lo menos, las incapacidades que emitió la EPS Saludcoop, a partir de marzo de esa anualidad, fueron radicadas en sus instalaciones, tal como lo demuestran los sellos de recibido de la empresa, firmadas por Tatiana Romero, que valga precisar, no fueron objeto de desconocimiento por la demandada.

La documental de folio 304, relacionada con la reseña de incapacidades del demandante, generadas de manera discontinua por algunos días, a partir del 30 de abril de 2011 y el 6 de agosto de 2012, sólo demuestra que en esos períodos al trabajador se le otorgaron los respectivos descansos y la posibilidad de reclamación económica, sin que de allí se pueda establecer el conocimiento del empleador, pero ello no

aporta mayores elementos para resolver el punto, porque como se indicó previamente, con la documental aportada por el actor sobre las incapacidades concomitantes al accidente de trabajo, por lo menos las de marzo en adelante, la demandada estaba enterada de la situación de salud del trabajador antes de la terminación del contrato de trabajo, pues las conoció, por haber sido radicadas en su oficina de correspondencia, a partir del 12 de abril de 2011.

Y la documental de folio 111, relacionada con el concepto médico de aptitud laboral de la ARP Colpatria, aducido por la censura como no estimado por el Tribunal, que si bien, objetivamente demuestra que dicha aseguradora reseñó unas recomendaciones dirigidas a la empresa, el 23 de junio de 2011, fecha posterior a la entrega de la carta de no prórroga del contrato, ante la evidencia anterior, tampoco tienen el mérito de desvirtuar el conocimiento que el empleador tenía sobre el padecimiento de su trabajador en plena vigencia del contrato.

Así mismo, para nada importa que con la documental de folios 113 a 116, relacionada con la primera calificación de pérdida de capacidad laboral, llevada a cabo por la ARP Colpatria, el 19 de agosto de 2011, y su notificación dirigida al trabajador, el 25 de ese mes y año, descrita por el recurrente como no valorada por el sentenciador, se haya producido con posterioridad a la culminación del contrato de trabajo, dado que como se explicó en los puntos anteriores, para la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador en estado de discapacidad, muchas

veces, eso no es lo que determina su operancia, en la medida que por cuestiones administrativas que no dependen del trabajador, incluso del mismo empleador, tal trámite termina dándose con posterioridad a la terminación del contrato, pero su resultado sí resulta de gran importancia, dado que confirma la limitación exigida por el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, que se generó en vigencia de la relación contractual.

Y en todo caso, para el Tribunal, lo determinante para aplicar la protección legal, no fue la calificación de la pérdida de capacidad laboral, dado que expresamente refirió que *«...aunque desde el punto de vista jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el grado de incapacidad otorgado por la ARL no sea significativo, lo cierto es que cuando se produce el primer despido del trabajador, venía sucesivamente incapacitado, y sin importarle luego el reintegro vía tutela, a pesar de las nuevas incapacidades que lo obligaban a verificar cuál era el grado de salud o pérdida de capacidad laboral del trabajador...»*.

En otros términos, para el sentenciador existía una calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por un organismo competente como lo era la ARP a la cual se encontraba afiliado el trabajador, quien dictaminó un porcentaje que no encajaba dentro del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, pero para el Tribunal, eso no excluía el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que con las simples incapacidades, que como se vio, fueron conocidas por el empleador en vigencia del contrato de trabajo, eran suficientes para su aplicación.

En consecuencia, el colegiado no incurrió en los errores manifiestos de hecho previamente estudiados y endilgados por la censura, sin embargo, el conocimiento por parte del empleador de la situación de salud del actor, no resulta suficiente para mantener en pie la decisión, toda vez que para que opere la estabilidad laboral reforzada, también es necesario que esa afectación sea la que el legislador previó para ello.

Para el fallador, como se dijo al analizar los cargos jurídicos, lo importante era que el trabajador estuviera incapacitado, como en efecto ocurrió, y ante esa situación, lo viable era la búsqueda de alternativas diferentes por el empleador, menos la terminación por la expiración del plazo inicialmente pactado, pero se dijo que eso era equivocado, ya que para que opere la protección, se requiere que el trabajador acredite una discapacidad por lo menos moderada, es decir, a partir del 15%, y eso no se logró, dado que inicialmente fue calificado con un 6.35% de pérdida de capacidad laboral, que a la postre, cuando todavía estaba en discusión este escenario, y se desconocía cuál iba a ser el porcentaje final, por cuenta de los recursos interpuestos por el trabajador, sólo fue aumentada en un 12.10% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, confirmada por la Junta Nacional.

Así que no hay manera de integrar esos resultados con lo ciertamente demostrado, porque la limitación establecida no permite la aplicación de la acción afirmativa en favor del

trabajador, y por otra parte, se requiere que la vinculación laboral hubiese terminado por razón de la discapacidad, lo cual no ocurre en este asunto, dado que el empleador invocó una razón objetiva para ello, como fue la expiración del plazo inicialmente pactado, hecho que fue puesto de presente por el Tribunal, y que no se controvertió por el recurrente, por el contrario, se reafirmó en él.

Frente a ese panorama, no se le podía exigir a la demandada que acudiera a la autoridad administrativa para solicitar el permiso de finiquitar el vínculo contractual, por cuanto se estaba ante una afectación a la salud no prevista por el ordenamiento jurídico para que opere la protección reforzada, y por ende, el empleador podía acudir válidamente al modo de terminación legal del vínculo previamente pactado con el trabajador.

Por consiguiente, los cargos jurídicos son fundados.

No hay lugar a costas en casación.

XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, que concluyó que para la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere la acreditación de una minusvalía significativa, esto es, la establecida por el legislador en los grados de moderada, severa y profunda, adicional al hecho de que cuando se está

en presencia de un modo legal de terminación del contrato, como lo es la expiración del plazo pactado, no se requiere que el empleador acuda previamente a la autoridad administrativa laboral, a efectos de solicitar el permiso para terminar el vínculo, y en tal sentido, como en el asunto se acreditó que el actor no tenía el porcentaje de limitación exigido por la norma, se tiene como válido el motivo que alegó y probó el empleador para terminación el contrato de trabajo, como fue la expiración del plazo inicialmente pactado, y por ende, dicho fenecimiento no puede ser declarado ineficaz, porque no fue la situación física del trabajador la que condujo a dicha terminación sino al modo de saldar las obligaciones derivadas del mecanismo contractual previamente utilizado y acordado por las partes, la razón objetiva de finalización.

No sobra aclarar, que lo señalado por el representante legal de la empresa cuando absolvió el interrogatorio de parte (folios 225 y 226), no puede considerarse confesión, esto es, que lo allí manifestado, le traiga consecuencias adversas al absolvente y favorezcan a la parte contraria, y como tal, tenga el mérito de cambiar la anterior conclusión, pues al responder sobre el motivo de terminación del vínculo, sostuvo que *«...fue por que (sic) se le venció el contrato o fue involuntario si él estaba incapacitado no se debió haber retirado, tal vez por error del personal Administrativo de la Empresa si el señor estaba incapacitado no se debió haber retirado, fue una cuestión involuntaria, después de la tutela se vinculo (sic) y se le pago (sic) los días que había estado por fuera de la empresa y actualmente ésta (sic) trabajando con la empresa.»*

Lo que allí se puede extraer, es que la demandada claramente señaló, que la causa de terminación del contrato fue la expiración del plazo pactado, y no que fuera alguna incomodidad, repudio, discriminación, incluso, afectación a los intereses de la empresa, por cuenta de la situación de salud del trabajador, lo que haya dado origen a la entrega del preaviso de no prorrogar el contrato, tanto, que aclaró que frente a las incapacidades, el área administrativa debió percatarse de ello y mantener el vínculo con el trabajador.

En otros términos, lo que deja prever la respuesta del empleador, es que antes de ver en la limitación del trabajador una justificación para excluirlo del empleo, lo que encuentra es una posibilidad de mantenerlo activo, sólo que por un presunto error de una de sus dependencias, se acudió a la razón principal y objetiva de terminación del vínculo, que fue la expiración del plazo pactado, pero recalcando que su criterio era respetar la condición de salud del trabajador, cualquiera que ella sea, esto es, incluso la que no encaja dentro de los parámetros del 7º del Decreto 2463 de 2001, que permite aplicar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En ese sentido, el hecho de haber señalado la demandada, que no se debió terminar el contrato porque el trabajador estaba incapacitado, con la interpretación que se ha venido haciendo del principio de estabilidad laboral reforzado del trabajador en situación de discapacidad, no le apareja consecuencias negativas, y por tanto confesión, porque no necesariamente, esa afectación comprobada con

la expedición de incapacidades médicas, que al final no alcanzan a configurar una limitación significativa de las previstas por el legislador, lo obligan a solicitar el permiso administrativo laboral de prescindir de su trabajador, pues sólo para las que alcanzan el 15% de restricción laboral, está previsto agotar dicho trámite.

Las costas de las instancias estarán a cargo de la parte demandante.

XIV. 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, **CASA** la sentencia proferida, el 24 de mayo de 2013, por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, en el proceso que **CHARLYS GABRIEL RUIZ MUJICA** adelanta contra la **CONSTRUCTORA EMINDUMAR S.A, EPS SALUDCOOP** y **SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

CONFIRMAR el fallo proferido el 7 de septiembre de 2012, por el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Salvo voto

24/02/2021

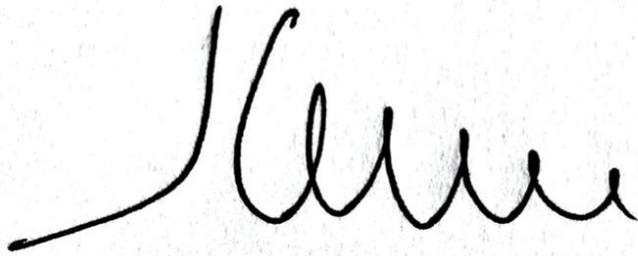


LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Salvo voto

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge Luis Quiroz Aleman', written in a cursive style.

JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Charlys Gabriel Ruiz Mujica

Demandado: Constructora Emindumar S.A., Seguros de Vida Colpatría y Saludcoop EPS

Radicación: 64605

Magistrado Ponente: Gerardo Botero Zuluaga

Con el acostumbrado respeto a mis compañeros de la Sala Laboral, los suscritos magistrados disintimos de la decisión adoptada.

Consideramos que la tesis jurídica de la sentencia desconoce tratados internacionales que reconocen derechos humanos de las personas con discapacidad y es una involución en la historia de las luchas y conquistas normativas de los colectivos con diversidad funcional.

En efecto, la Sala reafirma su criterio según el cual los únicos beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 son aquellos que acrediten una pérdida de capacidad laboral -PCL- igual o superior al 15%, en los términos del Decreto 2463 de 2001, premisa que se mantiene aún a pesar de la entrada en

vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009.

Aunque la Sala afirma que los porcentajes o grados de PCL del Decreto 2463 de 2001 son compatibles con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde nuestro punto de vista, esa normativa es justamente lo contrario: evidentemente incompatible o denegatoria de los contenidos de la Convención, instrumento que valga recordar integra el elenco de los derechos humanos y, por consiguiente, hace parte del bloque de constitucionalidad, según lo previsto en el artículo 93 Constitución Política. Es decir, implica que sus preceptos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico y, por tanto, es imperativo interpretar las reglas de inferior jerarquía, conforme a sus contenidos normativos.

En ese contexto, se destaca que la Convención acoge expresamente un modelo social de discapacidad, en virtud del cual la discapacidad se concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad. En su preámbulo, tras reconocer que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, prescribe que ella es el producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. En igual dirección, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a*

aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En oposición, el Decreto 2463 de 2001 es un rezago del modelo médico-rehabilitador de discapacidad, hegemónico en gran parte del siglo XX. Según este abordaje, la discapacidad viene a ser consecuencia de las limitaciones o pérdidas anatómicas o funcionales de los trabajadores. Por ello, la consideración de si un trabajador tenía o no una discapacidad, dependía exclusivamente de parámetros médicos, mas no sociales o contextuales. Precisamente, el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 sitúa la discapacidad en la persona, al identificarla en función de porcentajes de pérdida de capacidad laboral o deficiencias, sin reparar en las causas sociales o factores externos. De esta forma, se asimila la deficiencia a discapacidad y la titularidad de los derechos queda relegada a criterios científicos -juntas médicas- orientados a establecer la magnitud de las limitaciones.

Como se puede observar, los grados de discapacidad acogidos por la Sala Laboral, se basan en el modelo médico-rehabilitador de discapacidad, ya revaluado a nivel mundial, de manera que esta tesis traída a esta época es anacrónica. De hecho, en los debates del proceso de elaboración del proyecto de la Convención, el Grupo de Trabajo integrado por

los representantes de varios gobiernos, organizaciones no gubernamentales e instituciones de derechos humanos acordaron que la definición de persona con discapacidad iba a estar sustentada en el modelo social de la discapacidad y no en el rehabilitador¹.

La intención de los grupos de trabajo que participaron en la redacción de la Convención era precisamente evitar que los Estados incluyeran en sus legislaciones internas definiciones pensadas en función de porcentajes, grados o criterios netamente médicos que situaran la discapacidad en las limitaciones de la persona y, en lugar de ello, adoptaran un concepto amplio de discapacidad compatible con el modelo social que tuviera en cuenta los distintos colectivos con diversidades funcionales y las barreras que obstaculizan su integración (factores individuales y sociales).

Ahora, por la importancia del tema, consideramos también necesario contestar los argumentos específicos con los cuales la mayoría pretende justificar la aplicación de los porcentajes o grados de discapacidad aún en vigencia de la Convención sobre las Personas con Discapacidad:

1. El fallo sostiene que el inciso 2.º del artículo 5.º de la Ley 361 de 1997 asigna los derechos de esa ley a las personas que posean un grado de discapacidad moderada, severa y

¹ Ver A/ AC.265/2004/WG/1, Informe Del Grupo de Trabajo al Comité Especial (Tercera Sesión), nota nro. 12 al artículo 3 sobre definiciones: “*There was general agreement that if a definition was included, it should be one that reflected the social model of disability, rather than the medical model*”.

profunda. Sin embargo, olvida que para esa época la discapacidad se evaluaba desde el modelo médico-rehabilitador. Es un precepto fiel al modelo hegemónico de su tiempo. Pero ese modelo fue superado por consenso universal, de lo cual da cuenta el rápido y extraordinario número de ratificaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por 182 países², razón por la cual puede afirmarse que sus conceptos centrales expresan normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)³.

Si esto es claro, la Ley 361 de 1997 debe interpretarse de manera actualizada y conforme a la Convención, dada la subordinación de aquella a los instrumentos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, tal como se indicó. No puede ocurrir al revés, como de alguna manera lo hace la Sala: subordinar la Constitución a la ley y, peor aún, a un decreto reglamentario. Con esto queremos decir que, si la Ley 361 de 1997 protege a las personas con discapacidad, la definición de quienes son titulares debe hacerse en los términos de la Convención y de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, la cual recoge el modelo social e

² Es un hecho inédito en la historia de los Derechos Humanos, la velocidad y cantidad de ratificaciones que ha tenido la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A la fecha ha sido ratificada por 182 países, 9 la han firmado y apenas 7 no han emprendido ninguna acción (Botswana, Eritrea, Equatorial Guinea, Niue, Sudán del Sur, Santa Sede y Timor).

³ En los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados «una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

incluso amplía su alcance al incluir dentro de los titulares de la discapacidad a aquellos con deficiencias a *mediano plazo*.

2. El fallo sostiene que el Decreto 2463 de 2001 honra los compromisos internacionales de derechos humanos, puesto que la Convención indica que las personas con discapacidad son aquellas que poseen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo, de manera que identificarlas exige *«parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente»*.

A esto respondemos, que la Convención no cuantifica el grado de la deficiencia o magnitud de las pérdidas anatómica o limitaciones funcionales. Solo alude a *deficiencia*, la que bien puede darse en cualquier escala, siempre que -esto es lo relevante- en un contexto determinado impida al trabajador su integración profesional o el desarrollo de roles ocupacionales. De esta forma, un trabajador con problemas respiratorios que labore en socavones puede tener una discapacidad dadas sus limitaciones para laborar en lugares como esos, mientras que el mismo trabajador, con la misma enfermedad, ubicado en una oficina administrativa, puede no tener ninguna restricción. Igualmente, puede darse el caso de un trabajador de la construcción con una restricción de movimiento en su rodilla que impida o limite el desarrollo de sus roles, mientras que para otra actividad esa deficiencia sea irrelevante.

Adicionalmente, la mayoría de la Sala sigue anclada al modelo médico, pues entiende que un número, dictaminado por un cuerpo médico, da más certeza y seguridad que un concepto. O, dicho de otro modo, para la Sala es más *objetivo* un porcentaje o número que una definición. Con esto, a nuestro modo de ver, incurre en el paralogismo de la *falsa precisión*, error de juicio que tiene lugar cuando un dato numérico se presenta de manera tal que implica una precisión mejor que la que tiene en realidad. O cuando los números se utilizan para ideas que no puede ser expresadas en términos exactos.

La discapacidad según el modelo social o de derechos humanos no puede evaluarse con un dato numérico, como se señaló, por la elemental razón de que las barreras sociales (factores contextuales) y las restricciones o desventajas que suponen para una persona, no pueden cuantificarse. Además, si lo ponemos en términos de lo que es objetivo y subjetivo, resulta más subjetivo identificar a las personas con discapacidad con base en grados de PCL que con un concepto, ya que podrían ocurrir dos cosas: dejar por fuera de protección a personas que tienen una PCL por debajo del 15% y, sin embargo, tienen una deficiencia que en un entorno ocupacional determinado les dificulta o impide el desarrollo de sus roles; o incluir en la protección a personas que a pesar de tener una PCL superior al 15%, no tienen una discapacidad porque su deficiencia es irrelevante laboralmente.

Por ello, lo que a la mayoría le parece objetivo y subjetivo, tiene un aroma ideológico-político, producto de las percepciones individuales acerca de quienes se considera deben tener o no la protección, obviando lo que objetivamente consagran las normas internacionales y locales de derechos humanos.

3. Para la mayoría supuestamente existe una normativa posterior a la Convención y a la ley estatutaria que respalda la vigencia de los grados de discapacidad. Particularmente, el fallo cita el artículo 2.º del Decreto 1507 de 2014, la Circular 009 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud y la Resolución 583 de 2018, modificada por las Resoluciones 246 de 2019 y 113 de 2020 del Ministerio de Salud. No obstante, estas normativas en nada apoyan la tesis de la sentencia, sino que, por el contrario, cuestionan lo que en ella se dice. Veamos.

- Decreto 1507 de 2014 *“Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”*: Esta normativa no ayuda en nada el criterio plasmado en el fallo. Por el contrario, expresamente prohíbe en su artículo 2.º emplear los criterios técnicos del manual para calificar a las personas con discapacidad, incluso, refiere que no tiene validez para identificar a los beneficiarios de la Ley 361 de 1997, así:

El presente Manual no se aplica en los casos de: certificación de discapacidad o limitación, cuando se trate de solicitudes para reclamo de subsidio ante Cajas de Compensación

Familiar, Fondo de Solidaridad Pensional" Fondo de Solidaridad y Garantía, así como en los casos de solicitudes dirigidas por empleadores o personas que requieran, el certificado, con el fin de obtener los beneficios establecidos en las Leyes 361 de 1997 y 1429 de 2010 y demás beneficios que señalen las normas para las personas con discapacidad. Estas certificaciones serán expedidas por las, Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado a la cual se encuentre afiliado el interesado,' de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior es coherente. Hoy la discapacidad no se define con base en la pérdida de capacidad laboral dictaminada por las juntas médicas; hacerlo es volver al modelo médico en el que la última palabra la tenía el médico, pues las barreras importaban poco o nada. De igual modo, la sentencia pasa por alto que la calificación que estos organismos realizan con base en el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional solo sirve para acceder a prestaciones del sistema de seguridad social integral.

Lo que queremos destacar es que el estudio de la discapacidad excede a la seguridad social. Es un concepto universal y transversal. Actualmente, se certifica -sin que esto suponga una prueba formal o excluyente de esta condición- por los equipos multidisciplinarios de las entidades prestadoras de servicios de salud con base en el enfoque dinámico e interactivo de discapacidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, y científicamente se soporta en la Clasificación Internacional

del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS⁴.

Lo anterior pone de relieve que la Sala se apoya en un instrumento técnico inapropiado que, además, prohíbe expresamente el ejercicio que se hace en el fallo: apoyarse en el dictamen de las juntas médicas para decir si un sujeto tiene o no una discapacidad, con lo cual incurre en un defecto sustancial de aplicación normativa.

- La Circular 009 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud (instrucciones sobre la carnetización y documentación de la situación de discapacidad): Los fundamentos normativos de esta circular son la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013. En ninguno de sus 5 artículos refiere que las personas con discapacidad deben estar identificadas con porcentajes. Su articulado expresa que debe constar en el carné los datos personales del solicitante y el tipo de discapacidad (física, mental, cognitiva, auditiva, visual o múltiple). Ahora bien, la categoría de discapacidad en nada tiene que ver con los porcentajes o grados de PCL, como desafortunadamente lo asevera el fallo.

⁴ En la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- la discapacidad de una persona se concibe «*como una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales*».

- Resolución 583 de 2018, modificada por la Resolución 246 de 2019 -que nunca tuvieron vigencia- y subrogada por la 113 de 2020 del Ministerio de Salud (Por la cual se dictan disposiciones en relación con la certificación de discapacidad y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad): Nuevamente el fundamento normativo de esta resolución se soporta en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Ley Estatutaria 1618 de 2013.

En cuanto a la certificación de discapacidad, el artículo 4.º refiere que el procedimiento de valoración clínica debe fundamentarse en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS⁵, instrumento que define la discapacidad *«como una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales»*.

Destacamos que en ninguna parte de la Resolución 113 de 2020 o de su anexo técnico se alude a que el carné -finalidad para la cual fue expedida- debe certificar la discapacidad junto con los grados o porcentajes (moderada, severa o profunda). De hecho, el carné contiene otros datos,

⁵ En la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- la discapacidad de una persona se concibe *«como una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales»*.

tales como las reseñas del solicitante, la categoría de discapacidad (física, visual, auditiva, intelectual, mental, sordoceguera y múltiple), los niveles de dificultad (en una escala de 0 a 100) y los perfiles de funcionamiento.

Como puede percibirse, el carné certifica la discapacidad, pero no la relativiza en grados. La discapacidad es una sola; de hecho, el concepto de «*discapacidad relevante*» es una invención que sugiere erróneamente que hay discapacidades irrelevantes y otras relevantes. Desde luego que hay niveles de dificultad o discapacidades más complejas que otras, pero no por ello son más o menos relevantes.

Ahora, podría pensarse que las escalas de dificultad que registra el carné son la evocación de los grados o porcentajes que miden o cuantifican la discapacidad. A esto habría que contestar que esas escalas van de 0 a 100 y no tienen nada que ver con los grados de *severa, moderada o profunda*, ya que estas últimas mediciones son propias de la normativa de las juntas de calificación de invalidez y actualmente están derogadas. En segundo lugar, no puede pasarse por alto que esas escalas no certifican si una persona tiene o no discapacidad, sino la manera en que sus deficiencias suponen limitaciones en las actividades y restricciones en la participación. Con esto queremos significar, que permiten a la comunidad saber la complejidad de la discapacidad y qué tanto afecta la integración social de una persona (desventaja

social), de manera que se le imparta un trato digno acorde a su situación particular.

Es decir, el carné facilita la identificación de la población con diversidades funcionales y cumple una función informativa sobre las restricciones y desventajas que experimenta una persona en sus actividades sociales, pero en modo alguno puede ser empleado por los particulares y autoridades como prerrequisito de atribución de derechos, mucho menos si existe material probatorio que demuestra que un sujeto, por definición, tiene una discapacidad.

4. Precisamente en relación con los procesos de pérdida de capacidad laboral y de valoración de la discapacidad, observamos que la Sala de manera anti técnica los entremezcla y confunde para construir su argumento, no obstante que se trata de dos procesos independientes entre sí.

En efecto, el proceso de PCL se refiere es a una situación particular en un contexto único, esto es, en un trabajo en particular, mas no a toda la *rutina diaria* que puede vivir una persona. En otros términos, cuando se establece que una persona tiene una pérdida de capacidad laboral ello no quiere decir que sea la *capacidad laboral* en cualquier ámbito trabajo sino solo en aquel que tiene relación con el oficio que desempeñaba al momento de perderla

En cambio, la discapacidad bajo el modelo social, se insiste, es una relación entre una persona que tenga alguna limitación o una deficiencia en una estructura o función que le genera alguna limitación en su actividad y las barreras que el entorno le da. Así, la discapacidad no es como tal una característica de la persona, sino un resultado negativo derivado de confrontar sus limitaciones con las barreras que encuentra al interactuar con su entorno social.

A modo de ilustración, supóngase que un trabajador que utiliza sus manos de manera principal para desarrollar la labor contratada -operación de máquina-, sufre un accidente en el que pierde dichas extremidades y se le determina una PCL del 70%.

Pues bien, tal porcentaje lo único que indica es que hubo una PCL para la labor que desempeñaba; que para ese trabajo en particular sus manos eran prácticamente el principal elemento desde lo funcional para desarrollarla, pero no que tiene una discapacidad del 70%, pues la persona puede ejecutar otras actividades y desempeñarse laboralmente en otras funciones.

Ahora, el proceso de valoración para la certificación de discapacidad lo que se determina es la dificultad que esa persona tiene en el *desempeño funcional* a partir del análisis de varios dominios que define la regulación; estos son los relativos a la cosmovisión, movilidad, relación e interacción

con otros, o su participación en la sociedad o en relación con su entorno social. Y puede establecerse, por ejemplo, que esa persona tenga una dificultad en su *desempeño funcional* del 15%.

Así, fácilmente se advierte que en el ejemplo la persona tiene una *pérdida de capacidad laboral* del 70% y una *dificultad en el desempeño funcional* del 15%, pero ninguno de ellos es un porcentaje de *discapacidad* ni podrían promediarse, pues, se reitera, el primero se refiere únicamente al contexto de la actividad laboral que desempeñaba al momento de perder su capacidad laboral; y el segundo, mide la funcionalidad, es decir, qué tanto el individuo puede desarrollar sus actividades cotidianas pese a su limitación, o cuál es la mayor dificultad que tiene en su desempeño cotidiano en los ámbitos definidos en la regulación o en qué actividades requiere mayor apoyo, con el propósito que el entorno pueda modificarse, o lo que es lo mismo, se levanten las barreras. Esto porque es el medio o el *entorno* el que debe cambiar y no la persona.

De hecho, puede suceder que una persona tenga una pérdida de capacidad laboral en determinado porcentaje y, sin embargo, al adelantarse un proceso de certificación de discapacidad el resultado arroje que no es persona en tal condición. Y el porcentaje de desempeño funcional tampoco es un porcentaje de discapacidad, porque como se explicó, tal condición ya no se sitúa en la persona sino en las barreras del entorno, que pueden existir en unos espacios y en otros

no, de modo que no tiene sentido fijar un rango o valor determinado.

En síntesis, la posición mayoritaria de la Sala confundió dos procesos que se estructuran de manera diferente a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el de *pérdida de capacidad laboral* y el de *valoración para certificación de discapacidad*. Adicionalmente, le dio un alcance equivocado a la medición del *desempeño funcional* prevista en la resolución del Ministerio de Salud.

5. Por último, afirmamos que la sentencia no solo subvierte los enunciados normativos de la Convención -y en consecuencia la propia Constitución Política-; también el alcance e interpretación que la Corte Interamericana ha dado a las normas internacionales que reconocen derechos humanos a las personas con discapacidad. En particular, desconoce la jurisprudencia sentada en los casos Furlan y familiares Vs. Argentina (sentencia del 31 de agosto de 2012) y Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador (sentencia del 1º de septiembre de 2015), en los cuales la Corte subrayó el deber de abordar la discapacidad desde un modelo social.

Evocando todo lo anterior para el caso en concreto, significa que el demandante demostró encontrarse en situación de discapacidad, en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dado

que padece un cuadro complejo de salud en su rodilla derecha (ruptura completa de ligamento cruzado anterior y otras lesiones) que dada la naturaleza de su trabajo (labores de construcción) le impide desarrollar adecuadamente sus roles ocupacionales, es decir, integrarse socio laboralmente. A tal punto que desde febrero de 2011 estaba incapacitado, situación que persistía a la fecha de terminación del contrato y era conocida por la empleadora.

Con base en estos argumentos, salvamos nuestro voto.

Fecha *ut supra*.



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Magistrado