



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL1184-2023

Radicación n.º 91581

Acta 16

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 11 de febrero de 2021, en el proceso que instauró **ECG** contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

ECG llamó a juicio a CENCOSUD COLOMBIA S.A., con el fin de que se declare que se vinculó mediante un contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de auxiliar, el cual finalizó de manera unilateral por parte del empleador y sin autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar de encontrarse enfermo y presentar restricciones médicas.

Que como consecuencia de lo anterior, solicitó las siguientes condenas: el reintegro al cargo de auxiliar, el pago de los salarios dejados de percibir durante todo el tiempo que dure cesante, las cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, aportes a la Seguridad Social Integral y sus reajustes, la indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el despido se produjo con causa a la «*discapacidad física*» y el incremento del salario del año 2014.

Fundamentó sus peticiones en lo que interesa al recurso extraordinario que ingresó a trabajar en seguridad interna al servicio de la demandada desde el 14 de junio de 2013, en el cargo de auxiliar de control de pérdidas, que la relación laboral se dio a través de un contrato de trabajo a término indefinido, que devengaba un salario de \$687.400, más el trabajo extra y suplementario que le permitía cobrar un sueldo básico de \$755.000 mensuales para el año 2013.

Que encontrándose al servicio de la demandada presentó una hernia discal y problemas en su rodilla, que la empresa conocía de las restricciones médicas emitidas a su favor para la valoración y control del puesto de trabajo. Manifestó que la empresa demandada el 29 de noviembre de 2014, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo le terminó de manera unilateral el contrato de trabajo porque se encontraba enfermo.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos aceptó la relación de trabajo, pero aclaró que el demandante ingresó el 14 de agosto de 2013, mediante contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de auxiliar y, a través de otro sí, se modificó y se convirtió en un contrato a término indefinido; que el salario mensual devengado era de \$687.400 y para el año 2014 la suma de \$755.000, con los recargos extras y dominicales. Manifestó que el demandante nunca entregó durante la vigencia de su contrato de trabajo los soportes de sus dolencias, como tampoco informó de sus restricciones médicas, tal y como lo estipula el artículo 33 del reglamento interno de trabajo. Negó los restantes hechos.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 24 de octubre de 2019 (fls.165-169), decidió absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

El juez de primera instancia tuvo como fundamento de su decisión el hecho de que el demandante fue incapacitado debido a un dolor lumbar, no queriendo con ello decir que por esa razón tuviera una estabilidad laboral reforzada por presentar limitaciones en su salud o que presentara

restricciones médicas. Y en idéntico sentido lo sostuvo el juez de tutela que revocó el amparo inicialmente concedido.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo de 11 de febrero de 2021, al resolver el recurso de apelación de la parte demandante, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador CENCOSUD COLOMBIA S.A, al trabajador **ECG**, ocurrido el 29 de noviembre de 2014, por vulneración a la estabilidad laboral reforzada.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y condenó al reintegro de manera definitiva y sin solución de continuidad a partir del 29 de noviembre de 2014, al mismo cargo o a uno de iguales o mejores condiciones, de acuerdo con las recomendaciones del médico tratante, debiendo pagar los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social integral, acreencias laborales que se cancelaran de conformidad con el cargo al que sea reintegrado.

Condenó al pago de la suma de \$4.287.000 por concepto de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debidamente indexada. Absolvió de las restantes pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como problema jurídico determinar si al momento de la finalización del vínculo el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada, lo cual conlleva a declarar la ineficacia del despido y, por consiguiente, ordenar el reintegro y el pago de las diferencias salariales reclamadas.

Argumentó el Tribunal que la protección reforzada «*derivada de las condiciones de salud del trabajador*» tiene fundamento en los artículos 13, 46 y 54 de la Constitución Política que se refieren a la igualdad, seguridad social y la obligación del Estado de garantizar trabajo a los minusválidos, respectivamente en el numeral 1 del artículo 3 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación, en el literal a) del numeral 1º del artículo 27 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se ocupa de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en el trabajo; y, finalmente, en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

El Tribunal además tuvo como fundamento de la decisión lo señalado en la CC SU 049-2017, sentencia en la que se dijo que el derecho a la estabilidad laboral incluye a las personas que se encuentran bajo contratos laborales a término fijo, de obra o labor, dada la obligación de garantizar la permanencia en el empleo al trabajador que se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta y, por ende, cuando una persona goza de estabilidad laboral ocupacional reforzada, no puede ser desvinculada sin que exista una

razón objetiva que lo justifique. Lo anterior, por cuanto con el despido se puede discriminar a una persona.

Con tal precedente, el *ad quem* analizó lo prescrito en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las sentencias CC T-198-2006, T-041-2014 y SU-049-2017 y concluyó que la estabilidad laboral reforzada surge para quienes han sido desvinculados sin autorización del Ministerio del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores.

Seguidamente, con apoyo en la sentencia CC C458-2015 determinó el *ad quem* que los trabajadores pueden catalogarse como: i) inválidos y, ii) en condición de discapacidad, disminuidos físicos o sensoriales y, en general, todos aquellos que tengan una considerable afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares y, en esas condiciones particulares pueden ser discriminados por ese solo hecho, y al estar en circunstancias de debilidad manifiesta, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Citó además el Tribunal lo señalado en sentencia CSJ SL 1360-2018, y procedió entonces analizar las pruebas obrantes en el expediente y que se relacionan a continuación:

Las incapacidades desde el 4 de marzo de 2015 por cinco días, el 19 de marzo de 2014 al 20 de marzo del mismo año, del 10 de abril de 2014 al 12 de abril del mismo año, por tres días, del 21 de mayo de 2014 al 24 de mayo de ese año, por 4 días y luego del 12 de junio de 2014 al 11 de julio de 2014, es decir, por 30 días; del 8 de agosto de 2014 al 10 de agosto del mismo año por tres días y la última del 15 de agosto de 2014 al 16 de agosto de 2014.

Relacionó la segunda instancia el informe radiológico de 10 de mayo de 2014, en el cual se concluyó que existe abombamiento multidireccional de anillo fibroso del disco intervertebral L5 S1 «*anterolistes*» grado 1 de L5 S1 y «*espondilosis*», disminución de la amplitud de los «*forámenes radiculares*» L5 S1 bilaterales y que para una adecuada caracterización del compromiso radicular se podría complementar con resonancia. Así mismo, obra copia de la historia clínica de 28 de noviembre de 2014, con recomendaciones médicas y cita de control en 4 meses en ella se consignó que se recomienda no levantar objetos pesados de más de «10 de peso» no trabajar más de dos horas de pie o sentado o más de 8 horas diarias con el tronco inclinado, valoración por salud ocupacional para evaluar el puesto de trabajo y cita de control.

Con tal documentación el Tribunal señaló que el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo tenía problemas de salud, y se hallaba en el lapso de recomendaciones médicas y con tratamiento médico en curso.

Tal proceder se precisó tiene fundamento en la aplicación de los principios del Estado Social de Derecho, igualdad material y la solidaridad social.

Frente al conocimiento del empleador determinó el *ad quem* que éste si tenía conocimiento puesto que «el demandante presentó 7 incapacidades médicas, una de ellas por 30 días, por lo tanto fue un hecho conocido por la demandada, porque de lo contrario se habría presentado una inasistencia a laborar sin justificación, hecho que no fue anunciado por el empleador». De otra parte, agregó que «las recomendaciones médicas, citas de control se hubieran sucedido en vigencia de la relación contractual lo que claramente hubiere afectado el normal desempeño de sus labores, pues requería tiempo para superar tales recomendaciones y hacer el tratamiento médico recomendado para recuperar su salud».

Así mismo manifestó que es a la empresa a quien le corresponde demostrar que el motivo del despido no fue la enfermedad del demandante. Y la terminación abrupta del contrato de trabajo, sin obtener autorización del ministerio, configura una presunción de despido discriminatorio en favor del trabajador.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la decisión proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali.

De manera subsidiaria pretende, *«que se case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto condenó al reintegro -y sus efectos- luego en sede de instancia confirme la absolución impartida por el juez de primer grado y, solo ordene, si es del caso, el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997. Finalmente, se intenta el quiebre parcial de la sentencia impugnada, pero solo en el evento de considerar la H. Corte que no existe fundamento para casar la decisión de reintegro, de modo que se debe anular la orden de pago respecto de la prima de servicios y de las vacaciones, puesto que tales beneficios son incompatibles con orden de reintegro»*.

Con tal propósito formuló tres cargos, por la causal primera de casación, los cuales no fueron objeto de réplica. Por razones metodológicas se estudiarán de manera conjunta el primero y segundo cargo al compartir elenco normativo, para posteriormente desarrollar el cargo tercero.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 1, 2, 3, 5 y 26 de la Ley 361 de 1997, en relación con los artículos 7, 32 y 39 del Decreto 2463 de 2001; artículo 3 de la Ley 1346 de 2009; artículo 2 de la Ley 1618 de 2013; 1, 19, 43, 55, 58, 60, 62 (mod. por el artículo 7 del Decreto 2351/65), 64, 104 y 5 ss, 127, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 17 y 204 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. 4 de la Ley 797 de 2003); 4 de la Ley 1564 de 2004, 8 del Decreto 917 de 1999; artículo 3 Decreto 1507 de 2014; 99 de la Ley 50 de 1990 y 13, 25, 46, 47, 48, 49, 54, 68 y 366 superior.

Adujo la recurrente los siguientes errores de hecho:

1. Considerar en contra de la evidencia que, con fundamento en los documentos citados, surgía nítido para la Sala que el demandante al momento de la terminación del contrato tenía problemas de salud y se hallaba en el lapso de recomendaciones médicas y con tratamiento médico en curso, pues tenía cita de control programada para 4 meses después.
2. Considerar, sin ser del caso, que el demandante tenía una situación de salud que le impedía y le dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores.
3. No considerar siendo una evidencia, que no milita prueba alguna mediante la cual se le otorgue al demandante alguna calificación y/o grado de deficiencia, discapacidad o minusvalía o pérdida de la capacidad laboral o que padeciera una patología que le impidiese y/o le dificultase sustancialmente el desempeño de sus labores.
4. Considerar en contra de la evidencia que la recomendación médica implicaba que la demandada no podía despedir al demandante y que debía mantenerlo en el cargo hasta tanto no se restableciera su salud.
5. Considerar en contra de la evidencia, que la demandada tenía conocimiento del estado de salud del demandante, siendo que expresó que, al momento de la terminación del contrato, aquel

no tenía incapacidad médica, de modo que correspondía al empleador demostrar que el despido no fue la enfermedad del demandante.

6. Dar por demostrado, sin estarlo, que el despido fue discriminatorio, por haber finalizado el contrato mientras padecía el actor de graves quebrantos de salud, luego que la desvinculación fue la circunstancia de debilidad en que se encontraba el demandante.

7. Dar por demostrado, sin estarlo, que con la abrupta terminación no medió la debida autorización del Ministerio de trabajo.

Consideró la recurrente que el *ad quem* apreció de manera indebida las siguientes pruebas:

- Los documentos obrantes a folios 16, 17, 18, 19 y 21. Y,
- Los documentos que corren a folios 16 a 21 del expediente.

A su juicio, esas herramientas de convicción solo registran, en primer lugar, un historial de las incapacidades tramitadas por el demandante, en los meses de marzo, abril, mayo, julio y agosto de 2014, sin que esa constancia indique el problema de salud por el cual fueron concedidas esas excusas médicas.

En relación con el documento que obra a folio 17 considera que solo se consignó que el demandante tuvo un inconveniente de tipo lumbar, patología que no fue cobijada por ningún tipo de incapacidad.

Respecto del folio 16, advirtió que dicho diagnóstico fue emitido el día 10 de mayo de 2014 y la certificación de incapacidad de folio 16, señaló que al actor le fue concedida una incapacidad laboral para los días del 21 al 24 de mayo

de 2014, es decir, por solo 4 días y 10 días después de la fecha en que se suscitó la consulta que relata el folio 17.

Precisó además que el documento que obra a folio 18 hace alusión a una consulta externa que data de 28 de noviembre de 2014, cuyo motivo, se indicó, fue de control por dolor lumbar, no obstante, esa prueba tampoco señaló ningún periodo de incapacidad e igualmente, por la fecha de la consulta tampoco puede entenderse que al trabajador se le concedió incapacidad y que sea de las relacionadas en la certificación del folio 16. Destacó que esa constancia fue expedida el día 4 de diciembre de 2014, es decir, 7 días después de esa cita de control.

Señaló que los documentos que obran a folios 19 y 20 permiten comprender que, en esa oportunidad, esto es, el 23 de julio de 2014, al demandante se le practicó una resonancia de rodilla y que para ese procedimiento no se señaló ninguna licencia de incapacidad, además, tampoco es de las incapacidades relacionadas en la certificación de folio 16.

Alegó que el criterio médico que reposa a folio 21, da cuenta de una consulta por dolor en la rodilla, oportunidad en la cual se le ordenaron 15 secciones de fisioterapia y se le sugirió un control en seis meses. Esa consulta fue llevada a cabo el día 23 de octubre de 2014, evento por el cual no se generó incapacidad alguna y tampoco aparece dentro de las registradas y certificadas a folio 16.

Es así como la censura consideró que de la prueba relacionada en el cargo, no es posible, extraer la supuesta nitidez respecto de los graves quebrantos de salud y la desatención de las recomendaciones que tenía el demandante al momento de finalizar el contrato, luego ese incorrecto y precario análisis de los documentos denunciados como generadores de los desatinos protuberantes de hecho, condujo al sentenciador a armar meras conjeturas.

Consideró que la premisa del juez de segundo grado frente al despido discriminatorio y en razón de la circunstancia de debilidad en que se encontraba el actor, constituye un evidente desacierto, pues de la prueba analizada no se desprende la supuesta gravedad y/o el peligro en la salud del demandante, y mucho menos que él tuviese algún grado de calificación de invalidez, o que sobre esa persona recayera alguna situación que permita predicar discapacidad, deficiencia o minusvalía o algún grado y/o porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. Tampoco, milita evidencia probatoria sobre la delicada situación en la salud que le impidiera o le dificultara sustancialmente el desempeño de algún tipo de labor, de donde surge, sin ningún asumo de duda, que el Tribunal erró en forma manifiesta cuando intentó otorgarle una condición al demandante que no le concedieron los profesionales de la salud y/o los expertos, desacierto que incide necesariamente en la conclusión final.

Insistió la censura en que el Tribunal distorsionó y/o comprendió erróneamente los datos consignados en los medios de convicción que se denuncian y, ante todo, obró sin soporte alguno para considerar -sin incurrir en monumental y trascendente desacierto- la supuesta e inexistente condición que, incluso, la misma parte científica no llegó a determinar.

Advirtió que, así el demandante tenga o hubiese tenido algún suceso que pudo haber afectado su salud, esa sola circunstancia no implica que hubiese quedado bajo el criterio de protección constitucional y mucho menos que automáticamente se le deba ubicar dentro del segmento de la población en situación de discapacidad. Señaló que no todo problema de salud justifica la protección implorada en la demanda, toda vez que es necesario analizar en cada caso, el suceso particular que se discute y, con mayor razón, si el diagnóstico no es conocido por el empleador, aún más, si no existe ningún grado o porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, comoquiera que, se recalca, la salud del actor no presenta minusvalía, discapacidad o deficiencia o peligro que impida desarrollar labores.

Con apoyo en precedente de la Corporación (citó el radicado 39.207, sin número o mayor referencia, CSJ SL 4689-2021 y SL 184-2021), señaló que, en torno a la procedencia de la protección de la Ley 361 de 1997 se concretó que: i) no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador; ii) que la situación de discapacidad en que se

encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor; iii) que la discapacidad hace referencia a la limitación del trabajador para desarrollar sus actividades con ocasión del deterioro de su estado de salud; iv) que ante la falta de calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral, el nivel de limitación se puede inferir a través de otros medios, siempre que sea notoria, evidente y perceptible.

Vistas así las cosas, para la recurrente el Tribunal incurrió en un yerro al dar por establecida la procedencia de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el solo hecho del padecimiento de salud del trabajador y el establecimiento del origen laboral del mismo, pues no se evidencia que en momento alguno se hubiera ocupado de determinar la certeza de que el trabajador contara con una discapacidad que limitara su actividad laboral para la data de terminación de la relación laboral, que en momento alguno puede ser confundida con el concepto de incapacidad por tratarse de situaciones diferentes, como antes se explicó.

Destacó la censura que la jurisprudencia ha señalado que la verificación del estado de salud debe efectuarse para la época de terminación del contrato de trabajo, como presupuesto de la procedencia de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Finalmente señaló que no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encontró demostrado en el proceso y ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que el trabajador estuviera en situación de discapacidad (CSJ SL572-2021).

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea, el artículo 26 la Ley 361 de 1997, en relación con los artículos 7, 32 y 39 del Decreto 2463 de 2.001; artículo 3 de la Ley 1346 de 2009; artículo 2 de la Ley 1618 de 2013; 1, 19, 43, 55, 58, 60, 62 (mod. por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965), 64, 104 y ss, 127, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 17 y 204 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. 4 de la Ley 797 de 2003); 4 de la Ley 1564 de 2004, 8 del Decreto 917 de 1999; artículo 3 Decreto 1507 de 2014; 99 de la Ley 50 de 1.990 y 13, 25, 46, 47, 48, 49, 54, 68 y 366 superior. El artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adujo la censura que la limitación de una persona no puede ser motivo para obstaculizar o finalizar una relación de trabajo, o establecer que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de esa especial condición. Aclaró que el legislador partió de un

supuesto que debe ser conocido, esto es, la condición de limitación que padece el trabajador, determinando que el nexo laboral podía concluir por dos modos diferentes, el primero, por el despido y, el segundo, por decisión unilateral por parte de empleador.

Agregó que la facultad limitada al empleador no implica que quede sujeto a presumir una limitación física, pues de ser así conculcaría derechos, incluso fundamentales, tales como la intimidad y la dignidad humana, cuando sin prueba científica que así lo indique, se deba predicar que una persona puede tener la condición de limitada física. Tampoco se podría predecir un estado de ese carácter y mucho menos -el empleador- puede estar obligado a conocer un estado futuro, puesto que esa circunstancia comportaría un quebranto a las reglas de la lógica.

Señaló la censura que se impone entonces el quiebre parcial de la decisión impugnada en cuanto se ordenó el reintegro del demandante y, en su lugar, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, al no existir conocimiento de la inexistente limitación física al momento de la terminación del contrato. Por otro lado, en este proceso, la misma parte científica no determinó ningún porcentaje de discapacidad, deficiencia o minusvalía y mucho menos pérdida de la capacidad laboral, así como tampoco se pudo verificar la situación que dificulte o impida el ejercicio de tareas normales del trabajador.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en las consideraciones de la sentencia CC SU 049-2017, providencia en la que se dijo que el derecho a la estabilidad laboral incluye a las personas que se encuentran bajo contratos laborales a término fijo, de obra o labor, dada la obligación de garantizar la permanencia en el empleo al trabajador que se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta y, por ende, cuando una persona goza de estabilidad laboral ocupacional, reforzada no puede ser desvinculada sin que exista una razón objetiva que lo justifique.

En relación con la interpretación que debe darse al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con apoyo de las sentencias CC T-198-2006, T-041-2014 y SU-049-2017 considera el *ad quem* que la estabilidad laboral reforzada surge para quienes han sido desvinculados sin autorización del Ministerio de Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral.

Estableció además una clasificación de acuerdo a las patologías de los trabajadores, de conformidad con la sentencia CC C458-2015 así: i) inválidos y, ii) en condición de discapacidad, disminuidos físicos o sensoriales y, en general, todos aquellos que tengan una considerable afectación en su salud que les impida o dificulte

sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, categorías amparadas por lo señalado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

El Tribunal además encontró probado conforme con las incapacidades generadas para los años 2013, 2014 y 2015, así como el informe radiológico y demás recomendaciones médicas, que la empresa conocía del estado de salud del demandante y del tratamiento médico en curso.

La censura radica su inconformidad en que, del historial de incapacidades, así como de la documentación en la que consta que el demandante padece de patologías lumbares, no es posible concluir que existe un grado de calificación de invalidez, minusvalía o situación que permita vislumbrar un estado delicado de salud del actor y, por consiguiente, le impidiera el desempeño de sus funciones.

A juicio de la recurrente el precedente de la Sala de Casación Laboral ha sido claro en señalar que no basta el solo padecimiento de salud del demandante para activar la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que debe existir certeza de que se cuenta con una discapacidad, pues no es la patología lo que activa la protección. En esa medida considera que no tenía conocimiento de la misma.

Así las cosas, del recurso se desprende que el problema jurídico a dilucidar: consiste en determinar si el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 26 de la Ley 361 de 1997,

al determinar que las garantías contempladas en dicha norma se encuentran previstas para las personas que presentan un estado o condición de salud disminuido; y, ii) Si de las pruebas denunciadas resulta evidente que el demandante no era sujeto de la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Se excluye del debate, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido y la fecha del despido –29 de noviembre de 2014-.

A efectos de resolver los problemas propuestos la Corte revisará, en primer lugar, los criterios de la jurisprudencia laboral fijados en torno a la definición de discapacidad y a la protección de la estabilidad laboral establecida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; luego, sobre el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad. Seguidamente, examinará si, en el caso de autos, el actor era sujeto de protección del art. 26 del art. 26 en comento al momento del despido.

1. Sobre los criterios de la Sala respecto a la definición de discapacidad y a la protección de estabilidad laboral establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997

La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26

de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017, SL4609-2020, SL3733-2020, SL058-2021 y SL497-2021).

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la *condición o situación* de discapacidad es *relevante* o de un *grado significativo*, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.

Entre tanto, el contenido y los alcances del concepto de discapacidad han sido tópicos en constante discusión y desarrollo, de manera que son varios los instrumentos que impactan el entendimiento que debe asumir esta Sala, específicamente en lo que concierne al ámbito del trabajo y a la estabilidad que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En efecto, el concepto de discapacidad no ha sido estático, pues ha evolucionado como consecuencia de diferentes factores de acuerdo con las realidades sociales. Desde la década de los años 60 se propuso un concepto de modelo social de discapacidad, tal como puede notarse de la aprobación del Programa de Acción Mundial para la Discapacidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que buscaba el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas en situación de discapacidad, enfocado no solo en medidas de rehabilitación, sino de prevención y equiparación de oportunidades.

Tal objetivo también puede advertirse en la Resolución n.º 48/1996 del 20 de diciembre de 1993 emanada de la Asamblea de las Naciones Unidas relativa a las *«Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad»*, que puso de presente los *«obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades»*, y la necesidad de *«centrar el interés en las*

deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad».

Posteriormente, con la expedición de la «*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*» y su «*Protocolo Facultativo*» de 2006, se enfatizó en un modelo con enfoque social y de derechos humanos, y se reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

La Convención adoptó el «*enfoque de los derechos humanos*», por cuanto, con base en el «*modelo social*» de concepción de la discapacidad, se fijó como propósito «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*», artículo 1.º.

Dicha convención «*configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad*» (CC C-066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL 711-2021 y SL 572-2021 reiteraron el criterio de la Sala referido con anterioridad y, en esta última decisión se amplió y señaló que, si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una *«calificación técnica descriptiva»*, en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse *«del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación»*.

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada Convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades con las demás personas.

Pues bien, según el inciso 2.º del artículo 1.º de la convención, *«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»*.

Así mismo, señala:

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (Inc. 4, art. 2).

Este concepto también concuerda con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, que incluso lo amplió a las deficiencias de mediano plazo, en tanto establece:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Destaca la Sala.

Además, la Ley 1618 de 2013 también definió que las *«acciones afirmativas son políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las*

desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan».

A juicio de la Sala, sin duda estas disposiciones tienen un impacto en el ámbito laboral y se orientan a precaver despidos discriminatorios fundados en una situación de discapacidad que pueda surgir cuando un trabajador con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo, al interactuar con el entorno laboral vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás.

Realizado el estudio del ordenamiento jurídico vigente, la Corte debe concluir que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año.

2. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la

discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
2. La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son *«cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad»*. La Sala destaca que el término *discapacidad* empleado en este precepto debe entenderse como *«algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo»*.

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;
- b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.
- c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en *«las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»*.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer *«una carga desproporcionada o indebida»* para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las

personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que *«adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo»*.

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

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *«los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»*. Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

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

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

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

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

En este punto la Corte destaca que en el 2001 la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS, que tiene por objetivo ser una herramienta descriptiva en la medición de la salud y la discapacidad en el contexto de la atención e investigación

médica y en políticas públicas sanitarias compatible con el modelo social de la discapacidad.

Con todo, este último documento no puede utilizarse por sí solo para determinar la estabilidad laboral reforzada para las personas con discapacidad, sino que debe leerse en armonía con otros instrumentos normativos de aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico que han abordado el concepto de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos.

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

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

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

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

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del

vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

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

valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

3.Caso concreto

3.1. El tribunal sí se equivocó en la interpretación del art. 26 de la Ley 361 de 1997:

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados en los cargos en estudio.

Considera la Corte que resulta equivocada la postura del Tribunal pues establece que la protección de la discapacidad que protege el art. 26 de la Ley 361 de 1997 consiste en una estabilidad laboral *«derivada de las condiciones de salud del trabajador»*.

De acuerdo con lo que se dijo atrás, la finalidad de la protección del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es la de garantizar la igualdad de oportunidades respecto de las demás personas en el ejercicio del derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad.

Ahora bien, con el fin de establecer si se aplica la protección conforme el nuevo criterio, la Sala examinará si en la actuación resulta demostrada la discapacidad del demandante en el entorno laboral, para ello revisará:

i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.

Y, ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.

Para efectos de establecer su aplicación y determinar la protección analizará los tres aspectos establecidos en las líneas que anteceden que son:

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

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

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

3.2. La deficiencia más las barreras (situación de discapacidad)

Sin discusión sobre el despido, corresponde a la Sala establecer si el demandante presentaba una situación de discapacidad al momento del despido, entendiendo que esta se define como aquella persona que presenta una deficiencia más barrera que puedan impedir el ejercicio de su labor. Para ello tendrá en cuenta las pruebas denunciadas en el recurso.

Con sujeción a lo expuesto procede la Sala analizar en el caso *sub examine*, las pruebas denunciadas en efecto a folios 16 a 21 obran los siguientes documentos:

Folio 16: Certificación de incapacidades del demandante así:

FECHA	DIAS
2014-03-04	5 días
2014-03-19	2 días
2014-04-10	3 días
2014-05-21	4 días
2014-06-12	30 días
2014-08-08	3 días
2014-08-15	2 días

Folio 17 (12 de mayo de 2014): Tac lumbar. Con la siguiente descripción:

“ABOMBAMIENTO MULTIDIRECCIONAL DEL ANILLO FIBROSO DEL DISCO INTERVERTEBRAL L5-S1. ANTEROLISTES GRADO I DE L5-S1 Y ESPONDILOLISIS. DISMINUCIÓN DE LA AMPLITUD DE LOS FORÁMENES RADICULARES L5-S1 BILATERALES. PARA UNA ADECUADA CARACTERIZACIÓN DEL COMPROMISO RADICULAR SE PODRIA COMPLEMENTAR CON RESONANCIA”.

Folio 18 (28 de noviembre de 2014): consulta Neurocirugía. Señala un padecimiento de enfermedad lumbar, se consigna: paciente sin acompañante, refiere sentirse un poco mejor del dolor lumbar, no se irradia a miembros inferiores. El dolor se presenta al levantar objetos pesados, no ha tenido restricción laboral por falta de un formato.

En otro aparte se consigna: Lumbago no especificado.
Espondilolistes.

Y consta además la siguiente recomendación:

1 RECOMENDACIONES DE MANEJO DE LA COLUMNA NO LEVANTAR OBJETOS DE MAS DE 10 DE PESO. NO TRABAJAR SEGUIDO MAS DE 2 HORAS DE PIE O SENTADO, NO TRABAJAR MAS DE 8 HORAS DIARIAS, NO TRABAJAR CON EL TRONCO INCLINADO 2. ACETAMINOFEN 2 TABLETAS CADA DIA SI HAY DOLOR 3 VALORACION POR SALUD OCUPACIONAL PARA EVALUAR PUESTO DE TRABAJO 4. DISMINUIR DE PESO 5. CITA CONTROL EN 4 MESES 28/t 1/2014 • 10:25 JUAN CARLOS MOSOUERA MARTINEZ • R.M CC No 10481391 RM No. 13990 NEUROCIRUGIA

Folio 20 (26 de julio de 2014): resonancia nuclear. Se consigna la siguiente conclusión:

CAMBIOS CONDOMIXOIDES EN EL CUERNO POSTERIOR DEL MENISCO MEDIAL. PEQUEÑO QUISTE DE BAKER SEPTADO DE LAS DIMENSIONES DESCRITAS

Folio 21 (23 de octubre de 2014): consulta de traumatología:

FISIOTERAPIA 15 SESIONES ANALGESIA CONTROL. 8 MESES 23110/2014 -15:54 ALBERTO ANOIES CAMPO GUILLEN· R.M. A.M. 525335CC. 98398190 ORTOPIEDIA Y TRAUMATOLOGIA

De las pruebas denunciadas resulta claro para la Sala que el demandante venía padeciendo una serie de dolencias asociadas a su columna y, en tal contexto se le hicieron unas recomendaciones médicas y fueron ordenadas unas terapias. Así también estuvo gozando de manera interrumpida (49 días) de incapacidades médicas, siendo la mayor de treinta

días. Estas se presentaron entre el mes de marzo a agosto de 2014, el despido ocurrió el 29 de noviembre de 2014 cuando el trabajador desarrollaba su relación de trabajo en condiciones normales.

Ahora bien, específicamente respecto de los padecimientos de salud del demandante se encuentra acreditado que el actor se encontraba sufriendo de una alteración en su estructura corporal, en este caso, la columna vertebral, tal y como se desprende de su historia clínica.

De otro lado, en relación con el concepto de deficiencia que es el primer elemento a determinar a efectos de establecer la situación de discapacidad, advierte la Sala que, debe examinar las afecciones de salud del demandante atendiendo a los términos técnicos y científicos señalados en la Convención, y la Ley 1618 de 2013-normas aplicables al momento del despido-, a fin de establecer si constituye una deficiencia la cual debe tener como requisito ser de mediano o largo plazo.

En tal contexto, en el caso *sub examine* cuenta la Sala con una breve historia clínica, y el resumen de incapacidades, documentos que, si bien pueden brindar información respecto de la lesión física del demandante, no se acredita con ellos que le genere una secuela a mediano o largo plazo.

Considera la Sala que no se discute que el trabajador

estuvo incapacitado, y fue objeto de recomendaciones por parte de su médico tratante, todas al parecer, referentes a la prestación del servicio en la empresa, no obstante, dicha información en el caso concreto no permite probar la deficiencia requerida para la estructuración de la discapacidad por las siguientes razones:

En un ejercicio de valoración probatoria, en efecto, uno de los criterios que se tiene en cuenta es la historia clínica, y si bien se puede observar la alteración corporal en las vértebras L5 S1, zona lumbar, las recomendaciones y terapias ordenadas no prueban la existencia de una deficiencia en el demandante con la característica de ser a mediano o largo plazo, es decir, dicha documental no permite establecer si la afección en la salud del demandante le genere una deficiencia a mediano o largo plazo o es algo que resulte superable en un corto plazo.

Y es que a efectos de establecer la deficiencia a mediano o largo plazo las solas incapacidades, terapias y recomendaciones no prueban dicha temporalidad, puesto que con las primeras se demuestra la imposibilidad de la prestación del servicio por un determinado tiempo, que en este caso, fue interrumpido conforme las pruebas reseñadas. Con las segundas, -tratamiento y recomendaciones- se determinan de manera técnica los procedimientos, intervenciones, medicamentos y todos aquellos aspectos que permitan la recuperación o la prevención de la salud. Ninguna de los dos conceptos anteriores sin un mayor contexto técnico y clínico en este caso, permiten establecer la

temporalidad de las afectaciones en la salud y, por consiguiente, que se generó la deficiencia requerida en las premisas normativas citadas en esta decisión, es decir, con la característica de ser a mediano o largo plazo.

Y es que de las pruebas se advierte que el demandante se le diagnosticó un lumbago no especificado el cual es objeto de una serie de recomendaciones, incluyendo medicamentos para el dolor, estableciendo un control en 4 meses. Lo anterior no le permite a la Sala concluir que se trata de una deficiencia a mediano o largo plazo atendiendo a que puede ser una afectación en su salud que pudiera desaparecer. Las incapacidades son relacionadas a través de una constancia general y en la que solo se discriminan fechas, por consiguiente, tampoco ofrecen certeza a la Sala que ellas sean consecuencia de una deficiencia a mediano o largo plazo del demandante.

Ahora bien, se precisa que *per se* las incapacidades no prueban la deficiencia, no obstante, en conjunto con otras pruebas o elementos de juicio pueden llevar a un estudio en el que pudiera concluirse la existencia de una deficiencia.

Desde otro horizonte, en el caso que ocupa la atención la Sala también se hace claridad que las recomendaciones generadas en algunos eventos pueden llegar a constituir prueba de una barrera, en la medida en que tal y como lo determina el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 se desprende que con ellas se pretende superar un obstáculo para el ejercicio efectivo de los derechos de quienes presentan

algún tipo de discapacidad y que en el ámbito laboral exigen el conocimiento del empleador, lo cual no se evidencia en el caso concreto.

Con tal claridad concluye la Sala que las recomendaciones ordenadas e inclusive, de las terapias prescritas y el control médico posterior, en el caso *sub examine* no ubican al demandante en situación de discapacidad, por cuanto resulta necesario probar la deficiencia a mediano o largo plazo, situación que se reitera no demostró el actor con las pruebas denunciadas.

Las recomendaciones en casos muy específicos pudieran probar la existencia de eventuales barreras en la medida en que de estas se desprenda que existen impedimentos u obstáculos en la prestación del servicio en condiciones de igualdad con causa a la deficiencia presentada ya sea a mediano o largo plazo.

En esa línea de pensamiento, desde tal perspectiva es claro para la Sala que la situación de discapacidad de una persona requiere un ejercicio probatorio que permita al juez determinar no solo su existencia, sino que esta se caracterice por ser de mediano o largo plazo, siendo necesario además la prueba de las barreras en la prestación del servicio.

Probar uno de los dos elementos de manera singular, no es suficiente para determinar que una persona está en situación de discapacidad, como lo concluyó el Tribunal, y mucho menos establecer que el despido es discriminatorio.

Lo anterior de acuerdo con el art. 1 inc. 2 de la Convención de la ONU y el art. 2.1 de la LE 1618 de 2013.

3.3. Parámetros objetivos que permiten la aplicación de la protección.

Ahora bien, realizando el ejercicio que permite establecer al juez unos parámetros objetivos para el análisis de la situación de discapacidad, se encuentra que el primer elemento -la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial -factor humano-, no fue probado, tal y como acabó de explicarse.

Más aún, si la Sala profundizara en los aspectos consignados en esta providencia, tampoco se logra la demostración del segundo de los elementos desarrollados en este nuevo criterio, como son el estudio de funciones y cargo del demandante. Lo anterior por cuanto al estudiar dicho requisito así como los requerimientos del entorno laboral del actor, tal y como lo manifiesta en su demanda, el cargo desempeñado fue de auxiliar de control de pérdidas en seguridad interna, sin que se evidencien funciones específicas para el desempeño del mismo, o en su entorno laboral, y, aunque pudiera desprenderse de las recomendaciones que se restringen ciertas actividades que tienen que ver con su trabajo, no se encuentra probado que estén directa o indirectamente relacionadas con el desarrollo de su labor como auxiliar de control de pérdidas de seguridad interna, aún más, se trata de recomendaciones que son aplicables para su vida diaria.

3.4. El conocimiento del empleador o la notoriedad de la situación de discapacidad

Por otro lado, si bien se concluyó que el demandante no se encontraba en situación de discapacidad, en un ejercicio pedagógico y, en atención al nuevo criterio, considera la Sala debe estudiar dicho requisito.

Siguiendo lo hasta ahora expuesto si se examinan los documentos denunciados, se puede concluir que el empleador conocía de las incapacidades reconocidas al trabajador. Sin embargo, no consta que conociera de las recomendaciones médicas ordenadas por el galeno tratante, en este caso el neurólogo, quien las prescribió en consulta médica un día antes de su despido – el 28 de noviembre de 2014 (historia clínica) el despido ocurrió el 29 de noviembre de 2014). Ó de las terapias ordenadas, pues tampoco consta que el demandante cumpliera con las mismas en su jornada de trabajo, pues no se prueban ausencias de tal tipo en la empresa y, en razón de su patología clínica.

Frente al conocimiento del empleador determinó el *ad quem* que las incapacidades médicas le fueron presentadas, luego era un hecho conocido por la empresa el deterioro en su salud. En este punto precisa la Sala que, cuando se trata de un hecho notorio relativo a una situación de discapacidad, al menos deben existir situaciones evidentes e irrefutables de la misma, en relación con su deficiencia y las barreras en su entorno laboral.

Siguiendo tal premisa, no existe constancia del conocimiento del empleador respecto de la consulta médica y las recomendaciones efectuadas al actor, de las cuales se insiste, no consta notificación a la demandada, o al menos se evidencia que estuviere enterada. Insiste la Sala en que para que opere la protección no es suficiente acreditar la simple deficiencia o las barreras, sino que estas deben ser conocidas del empleador con el fin de tener la certeza de la situación de discapacidad.

En resumen, en el caso concreto no se probó la deficiencia a mediano o largo plazo padecida por el trabajador como tampoco el conocimiento del empleador.

Sorprende que el Tribunal no analizara de manera suficiente el conocimiento del empleador respecto de las patologías presentadas, las cuales enmarcó en la protección de manera objetiva y simple, y se limitó a señalar la regla relativa a la carga de la prueba y a establecer suposiciones respecto de una posible mejora de su salud en el evento de atender las recomendaciones realizadas al empleador, recomendaciones que nunca fueron conocidas por la empresa, requisito que constituye uno de los aspectos a verificar tanto en la anterior postura como en la actual, con el fin de analizar el eventual despido discriminatorio.

En consecuencia, ambos cargos resultan fundados. Por tal razón no se estudiará el tercer cargo.

Sin costas en el recurso extraordinario dada la prosperidad del mismo.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

A juicio de la Sala las consideraciones expuestas resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto con las pruebas aportadas no se probó la situación de discapacidad del demandante.

Costas a cargo del demandante.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 11 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ECG** contra **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, el 24 de octubre de 2019, en la que se absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

ACLARO VOTO

FERNANDO CASTILLO CADENA

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

ACLARO VOTO

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO