

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL572-2021

Radicación n.º 86728

Acta 07

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

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por ALEXANDER CASTRO BUITRAGO, contra la sentencia proferida por la Sala LABORAL del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de marzo de 2019, en el proceso que instauró el recurrente contra NOBORS DRILLING INTERNACIONAL LTDA.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, el actor persiguió que se declarara que con la sociedad demandada leató un contrato laboral a término indefinido, que se dio por terminado como consecuencia de un accidente de laboral y de la patología de «síndrome del maguito rotatorio»; que no le fueron cancelados los salarios de febrero a junio de 2016, ordenados por el fallo de tutela del Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá; que el despido fue ineficaz por encontrarse en estado de debilidad manifiesta gozando de estabilidad laboral reforzada; que el 9 de septiembre de 2013 sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones del empleador por falta de prevención e incumplimiento de las normas de salud ocupacional y seguridad en el trabajo; que debe ser reintegrado al cargo que venía desempeñando; que se condene al pago de los salarios de los meses de diciembre de 2016 y de enero a julio de 2017, junto con los que se causen hasta el reintegro; al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación por vacaciones, aportes a pensiones, salud y ARL; a la indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales, salarios causados entre el mes de febrero a junio de 2016, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el accidente de trabajo, perjuicios morales en la suma de 80 salarios mínimos, por daño a la vida de relación en 50 salarios mínimos y por daño a la salud equivalentes a 50 salarios mínimos e indexación de todas las condenas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que fue vinculado por la accionada mediante varios contratos de trabajo estando en perfectas condiciones de salud; que el último contrato fue a término indefinido a partir el 23 de mayo de 2013 para desempeñar el cargo de cuñero; que sufrió un accidente de trabajo el 9 de septiembre de 2013; que el médico de la empresa lo valoró sin encontrar nada grave, formulándole medicamentos para el dolor; que prefirió no continuar prestando sus servicios como cuñero debido a la inflamación del hombro; que la ARL Liberty emitió recomendaciones médico laborales; que fue reubicado en septiembre de 2013 para

cumplir funciones de celaduría; que en la ecografía de tejidos blandos de 16 de septiembre de 2013, realizada por la Clínica del Llano, se concluye «Tendinosis del supra espinoso con liquido asociado en la corredera bicipital»; que el 18 de diciembre de 2013 le diagnosticaron «SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO»; que los resultados de la resonancia magnética del 5 de enero de 2014 se concluye «ARTROSIS ACROMICLAVICULAR y LEVE DISTENSION DE LA BURSA SUBACROMIO SUNDELTOIDEA»; que en la valoración de 17 de enero de 2014 el concepto de medicina general señaló que presenta patología crónica de articulación de hombro derecho y se le recomienda ser valorado por EPS y continuar con el estudio para la calificación del origen por EPS; que en la resonancia magnética de 18 de junio de 2015, realizada a las articulaciones del miembro superior, se señala «Pequeña lesión parcial de la inserción humeral del ligamento gleno humeral inferior (patrón hagl) – Tendinosis del tendón del musculo supra espinoso sin evidencias de rupturas»; que en consulta de 17 de febrero de 2016 se le diagnosticó «Lesión tipo HAGL hombro derecho – Artrosis acromioclavicular – Síndrome de manguito rotatorio - Se establece como plan control de ortopedia, consulta externa»; que la empresa el 25 de febrero de 2016 le comunicó la suspensión del contrato de trabajo permaneciendo afiliado a la seguridad social; que el 22 de marzo de 2006 se le diagnosticó «TRAUMATISMO DEL TENDON DEL MANGUITO ROTADOR»; que el Ministerio de Trabajo le informó que no aparecía autorización dada al empleador para la suspensión del contrato de trabajo; que el 16 de mayo de 2016 la empresa le comunicó la terminación sin justa causa del contrato de trabajo, no obstante el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba; que la entidad Equivida S.A.S. el 16 de mayo de 2016 de manera irresponsable señaló como únicos hallazgos «Continuar manejo por EPS ortopedia – Remitido EPS por valoración Patología preexistente»; que la empresa y la entidad Equivida al momento del despido desconocieron su estado de salud derivado del accidente de trabajo y el tratamiento en curso de rehabilitación en que se encontraba; que el 9 de junio de 2016 del Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá con funciones de conocimiento del Sistema Penal Acusatorio, tuteló de manera transitoria su estabilidad laboral y ordenó el restablecimiento del contrato de trabajo; que la orden constitucional de reintegro resulta ser equivocada, al no tutelar de manera definitiva su estabilidad laboral, teniendo en cuenta que la patología aún no ha sido superada; que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo, el 20 de diciembre de 2016, vulnerando sus derechos como trabajador en situación de debilidad manifiesta; que interpuso una nueva acción de tutela ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Villavicencio, quien decidió negar el amparo en sentencia de 9 de marzo de 2017; que impugnó la anterior decisión, la que fue confirmada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Villavicencio, en providencia de 16 de marzo de 2017; que dada la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada y el estado de debilidad manifiesta, en que se encuentra, deben pagársele todas y cada una de las pretensiones solicitadas; que el empleador al momento del accidente no cumplió con las medidas de seguridad; que no aplicó ni mantuvo los sistemas de control necesarios para la protección de sus trabajadores y que no exigió el cumplimiento del programa de salud ocupacional, por lo que debe responder por el accidente de trabajo.

La demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial y en cuanto a los hechos adujo que la última relación laboral con el demandante se extendió del 23 de marzo de 2013 al 13 de mayo de 2016; que éste no aportó prueba del estado de salud que tenía al inicio de cada relación laboral; que no le consta el accidente de trabajo por haber sido reportado dos (2) días después, cuando activó los protocolos de valoración y remitió al trabajador a la ARL LIBERTY, quien recomendó evitar levantamientos de cargas superiores a los 10 kilos sin indicar ningún tipo de incapacidad o

restricciones para desempeñar el cargo; que en la investigación del accidente de trabajo, el supervisor Javier Arias señaló «El señor Alex no me comentó sobre algún dolor que haya tenido»; que el trabajador decidió «no seguir ejerciendo sus funciones como cuñero»; que las recomendaciones de uso de cabestrillo y manipulación de cargas y reubicación, solo fueron concedidas hasta la realización un examen especializado, sin que se hubieran renovado o concedido de manera permanente; que no es cierto que la empresa tuvo conocimiento de la supuesta debilidad manifiesta, pues nunca le fueron reportadas las valoraciones médicas; que las condiciones de salud del trabajador no fueron impedimento para realizar las labores y actividades propias del cargo que ejerció sin ninguna recomendación, restricción y menos incapacidad que pudiera dar evidencia de la situación de salud que ameritara la protección laboral que reclama; que en el lapso de dos (2) años y ocho (8) meses, en que ejecutó sus labores, no le fue reconocida ninguna incapacidad que pudiera considerarlo una persona con debilidad manifiesta; que el examen médico de egreso fue satisfactorio y corroboró la situación médica del demandante, indicando que desde el punto vista laboral no existían secuelas; que frente a la protección conferida por el juez constitucional, el trabajador no acudió al mecanismo ordinario, declarándose improcedente la segunda acción constitucional. Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas y mala fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 8 de marzo de 2019 (fls.263), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTDA a pagar al demandante ALEXANDER CASTRO BUITRAGO identificado con C.C. No. 86.054.443 de Villavicencio, la suma equivalente a DIEZ MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$10.615.950,00) por concepto de salarios por los meses de febrero a junio del 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTDA a pagar al demandante ALEXANDER CASTRO BUITRAGO identificado con la C.C. No. 86.054.443 de Villavicencio, la indemnización por despido sin justa causa, por valor de SIETE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL PESOS (\$7.092.050,00).

TERCERO: CONDENAR a la demandada NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTDA a pagar al demandante ALEXANDER CASTRO BUITRAGO identificado con la C.C. No. 86.054.443 de Villavicencio, la indemnización moratoria, en razón a una suma diaria de SETENTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$70.773,00), a partir del 21 de diciembre de 2016, hasta por 24 meses, esto es hasta el 21 de diciembre de 2018, más los intereses de mora a partir del mes 25, esto es a partir del 22 de diciembre de 2018, hasta cuando cancele el valor adeudado por salarios.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTDA de las demás peticiones incoadas en su contra por el demandante ALEXANDER CASTRO BUITRAGO identificado con C.C. No. 86.054.443 de Villavicencio.

QUINTO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN inexistencia de la obligación respecto de las pretensiones relacionadas con la estabilidad laboral reforzada y no probadas, las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada dentro de las que deberá incluirse por

concepto de agencias en derecho la suma equivalente a cuatro (4) S.M.L.M.V.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de 28 de marzo de 2019, revocó los ordinales segundo y tercero de la sentencia del Juzgado para, en su lugar, absolver a la demandada del pago de la indemnización por despido injusto y de la sanción moratoria, para confirmar en lo demás y condenar en costas a la demandada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal definió como problema jurídico a resolver **«cuál fue la fecha de terminación del contrato, si para dicha data el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada y si la demandada debe proceder al pago de los salarios causados de febrero a junio de 2016, junto con la sanción por despido injusto y la sanción moratoria».**

Sobre el primer aspecto sostuvo: «se constata que el vínculo laboral inició a razón del contrato de trabajo suscrito el 23 de mayo de 2013 (Fl 141-144), feneció por decisión unilateral de la empresa demandada el día 13 de mayo de 2016», a lo cual agregó: «y si bien el demandante volvió a ser reintegrado el 20 de diciembre de 2016, lo fue a razón de una orden de tutela de carácter transitorio emitida el 9 de junio de 2016 por el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá, en la cual se le concedía al libelista 4 meses para acudir al juez competente», para concluir que «dado que el demandante dentro del término indicado no presentó la acción judicial atinente, cesaron los efectos de dicha providencia, conforme el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991»

Afirmó que era lógico que la empresa terminara el contrato de trabajo el 20 de diciembre de 2016, por haber cesado los efectos del fallo de tutela, ratificando así la terminación de 13 de mayo de 2016, para sostener que «resulta diáfano colegir que el extremo final de la relación laboral lo fue el 20 de diciembre de 2016, momento a partir del cual cesó la orden de reintegro, impartida vía tutela».

A continuación, señaló que,

[...] si bien es cierto que el demandante sufrió un accidente laboral el 9 de septiembre de 2013, tal como lo acepta la demandada en el interrogatorio de parte y dan cuenta los testigos (CD FL 247), a más de la documental visible a folio 101 a 103, lo cierto es, que acorde a la historia clínica aportada al plenario (Fl 29-80, 83, 86-91, 227, 230-233) se corrobora que si bien el demandante había sido diagnosticado con un traumatismo de tendón de manguito rotatorio del hombro e inicialmente la ARL dio unas recomendaciones médicas el 11 de septiembre de 2013 (Fl 71), para el momento en que la empresa decidió dar por terminado el contrato sin justa causa el 13 de mayo de 2016, el actor no se encontraba incapacitado, no había sido diagnosticado con ninguna pérdida de capacidad laboral y la última visita médica que registraba para entonces, data del 22 de marzo de 2016 (Fl 35), y en la misma no se evidencia ningún tipo de restricción o recomendación médica que permita inferir que tenía alguna afección que le impidiera desarrollar sustancialmente sus actividades laborales, aunado a ello, el testigo LUIS ALBERTOP CAMAÑO (CD FL 247) expone que la ARL le dio de alta al libelista y de hecho en el reporte de la historia clínica del 31 de agosto de 2016 se indica que no se requiere de tratamiento quirúrgico, no existe tratamiento adicional por parte de fisioterapia y se remite a la ARL para que esta proceda al cierre del caso (Fl 230).

Advirtió, por otra parte, que «aunque el actor expresa que había reportado diversas incapacidades

a la empresa, dentro del plenario no obra constancia alguna de tal circunstancia, de hecho no milita ninguna incapacidad otorgada durante la vigencia de la relación laboral y la mayoría de las consultas médicas por la patología, según la historia clínica, son con posterioridad al 26 de diciembre de 2016, esto es, después de finalizado el vínculo laboral», a lo cual agregó que, «por tanto, no era dable predicar en forma alguna que se encontrara en el estado de debilidad manifiesta a la fecha de culminación de la relación laboral, el demandante no gozaba de ningún tipo de estabilidad laboral reforzada para la fecha en que la empresa decidió terminar su contrato sin justa causa el 13 de mayo de 2016, por tanto no requería, contar con la autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado el mismo, pues no le resultaba aplicable la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que no le asiste el derecho a ser reintegrado como lo solita en la demanda y de contera, tampoco se podría ordenar el pago de los salarios dejados de percibir desde el 20 de diciembre de 2016, en cuanto cesó la orden de reintegro emitida por tutela, ni la indemnización de los 180 días a que alude la mentada norma».

De otro lado, aseveró que no hay duda de que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, el 13 de mayo de 2016, cancelando la indemnización vista en la liquidación definitiva de prestaciones sociales que reposa a folio 286 por valor de \$6.300.289,00, sin embargo, cuando cesó en sus efectos la acción de tutela por disposición del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, fue desvinculado el 20 de diciembre de 2016, situación que en modo alguno implicaba volver a pagar la indemnización, pues, «de hecho, si se revisa con detenimiento el documento (Fl 234) se puede observar que la empresa reliquidar (sic) la indemnización por despido injusto con corte al 20 de diciembre de 2016, cuantificándola en \$7.092.050,00 pero procede a restar, la suma de \$6.300.289 correspondiente al valor que ya había sido cancelado al demandante en la liquidación efectuada con corte al 13 de mayo de 2016 (Fl 286), por tanto, la pasiva sí cancelo la indemnización por despido injusto».

Con relación a los salarios de febrero a junio de 2016 dejados de percibir por el demandante, indicó que se debían cancelar, dado que la tutela ordenó que se cancelaran los salarios dejados de percibir, «de manera que al haber sido reintegrado el demandante el 16 de junio de 2016 y por lo menos, hasta el 20 de diciembre del mismo año, es lógico que la demandada debió proceder a cancelar los salarios insolutos de febrero a junio de 2016, como se dispuso en primera instancia».

En cuanto a la sanción moratoria estimó que del comportamiento de la demandada al no cancelar los salarios de febrero a junio de 2016, no deviene un actuar de mala fe que tuviera como propósito vulnerar los derechos del trabajador,

[..] sino que se originó en el convencimiento de la pasiva de que la orden de reintegro emitida en el fallo de tutela del 9 de junio de 2016, había perdido sus efectos con fundamento en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, al no haber acudido el promotor ante la jurisdicción ordinaria laboral dentro de los 4 meses que le fueron concedidos» y, en ese sentido, consideró que «la pasiva obró de buena fe, máxime cuando conforme se corroboró a lo largo de este proceso, el demandante realmente no tenía derecho a ser reintegrado tras la culminación de su contrato el 13 de mayo de 2016, por cuanto no gozaba de la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, disposición con fundamento en la cual, se dio el amparo transitorio en el fallo de tutela tantas veces mencionado», para luego concluir «conforme a lo anterior, se revocara la condena fulminada por concepto de sanción moratoria en primera instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

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

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte:

[...] case, quebrante o anule PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia en cuanto revocó y/o absolvió a la parte demandada del pago de la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria; para que luego de constituida la Corte en sede de instancia en lugar del fallo recurrido, confirme el fallo de primera instancia en lo antes enunciado con la imposición de costas.

Así mismo, se CASE PARCIALMENTE el precitado fallo y, en su lugar, se acceda o se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones del artículo 26 de la ley 361 de 1997, que es aplicable tanto en el primer despido el cual se surtió el 13 de mayo de 2016 como en el segundo materializado el día 20 de diciembre de 2016, y en consecuencia se conceda el reintegro del mismo, motivos que fueron sustentados en el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Con tal propósito formula cuatro cargos por la causal primera de casación laboral, sin replica, de los que pasan a ser examinados conjuntamente el primero y el segundo, por tener el mismo objeto y propósito, pese a que fueron formulados por vías distintas.

CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de interpretar erróneamente los artículos 13, 47, 48, 53 y 54 de la Constitución Política e infringir directamente el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 1° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Asevera el recurrente que dada la vía seleccionada «no se discuten las conclusiones de naturaleza fáctica que obtuvo el Tribunal» y, en consecuencia, lo que discute es que desde el punto estrictamente jurídico «pese a los hechos que se encontraron acreditados en el proceso, respecto al estado en salud del trabajador, ALEXANDER CASTRO BUITRAGO, el Tribunal no concedió la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, al considerar que no estuvo incapacitado y que la empresa nunca se enteró del estado de salud del trabajador»

Aduce, que el ad quem en su decisión «se enfocó en resaltar que, el decreto 2463 de 2001 en su artículo 7, señala los grados de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5° de la ley 361 de 1997, en donde 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%».

Asimismo, invoca al artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que define el estado de invalidez, para asegurar que «Por el contrario podría afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en un contexto social. En este sentido, la discapacidad no puede asimilarse, NECESARIAMENTE A PÉRDIDA DE CAPACIDAD

LABORAL. Así, personas con algún grado de discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral [...]»

Aduce que en la sentencia SU-049 de 2017 se estableció que la estabilidad laboral reforzada aplica a todas las personas que presenten una situación grave o relevante de salud y que, **«por tanto, esta protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, o cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral»**

De otro lado, asevera que el Tribunal en su argumentación encuentra apoyo en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, por tal motivo, invita a un cambio de criterio en la exigencia de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, así:

[...] comedidamente se propone un cambio de esos criterios, el sentido que no sea requisito sine qua non, el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, para demostrar la discapacidad del trabajador en el ejercicio de sus funciones como quiera que, en muchas circunstancias el trabajador es despedido en proceso de rehabilitación, y por ende, agrava más aun su situación personal y de salud. [...]

En este mismo sentido, insiste en que no debe ser necesaria la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para la protección de la estabilidad laboral reforzada,

[...] así las cosas, bien puede decirse que la posición de la Corte Suprema de Justicia en varios fallos, es imponer a la clase trabajadora, el dictamen de pérdida para advertir, si es o no, beneficiario de un estado de debilidad manifiesta o laboral reforzada, no se compadece, con los derechos que le asisten a los trabajadores que ven disminuida su fuerza laboral, como consecuencia de un accidente laboral, de tal manera que, en mi parecer no se ajusta al artículo 53 y 54 de la Constitución Política, toda vez que, la interpretación de una Ley laboral siempre deberá ser la quine mayor amparo otorgue al trabajador.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de «ser violatoria de la ley sustancial, mediante de la **VIA INDIRECTA**, a causa de la aplicación indebida de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; artículo 13, 55 del Código Sustantivo del Trabajo; 60 y 61 del Código de Procedimiento Laboral, y el inciso 1º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y evidentes por la defectuosa apreciación de las pruebas».

Señala los siguientes errores de hecho:

Uno de los yerros más protuberantes y gravísimos en que incurre la sentencia de segundo grado, consiste en no dar por demostrado, estándolo, que el señor ALEXANDER CASTRO BUITRAGO, durante la relación laboral presentó un desmejoramiento de su salud, si se tiene en cuenta que, para octubre de 2013, el médico ocupacional de la empresa, realizó una valoración al trabajador y en ella determinó la existencia de una patología crónica a nivel de hombro derecho. Es por lo anterior, que se demuestra el pleno conocimiento que tenía la empresa, respecto a la salud del trabajador, y el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba el mismo.

No dar por demostrado, estándolo, que el reporte de salud ocupacional de fecha 17 de enero de 2014 expedido por EQUIVIDA SALUD OCUPACIONAL, determinó que el trabajador ALEXANDER CASTRO BUITRAGO, debía seguir el estudio de calificación por medicina

laboral, sin embargo, esta historia clínica el tribunal la interpretó equivocadamente al momento de fallar.

No dar por demostrado, estándolo, que el empleador NABORS DRILLING tenía pleno conocimiento del estado de salud del señor CASTRO BUITRAGO, antes de dar por terminado el contrato laboral del día 13 de mayo de 2016 (primera desviación unilateral) y el día 20 de diciembre de 2016 (segunda desviación) y en desarrollo de ello el sentenciador debió, haber concedido el reintegro, por estar demostrado que el trabajador, no podía seguir ejerciendo su labor habitual dentro de la empresa a causa de la patología que presentaba como consecuencia del accidente laboral.

No dar por demostrado, estándolo, el deber legal que le asistía al empleador de brindar acompañamiento al trabajador durante la etapa de seguimiento y control médico, así mismo asegurar que una recuperación total o parcial del mismo, lo cual fue desatendida superlativamente por la sentencia de segunda instancia.

Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor CASTRO BUITRAGO, estaba totalmente recuperado por el solo hecho de haberse dado de ALTA por medicina laboral, lo cual es un error mayúsculo y riñe con la realidad clínica del recurrente, toda vez que su estado de debilidad manifiesta no se puede supeditar a la expedición de incapacidades o la simplista y equivocado diagnóstico del médico laboral, pues su patología se encuentra plenamente sustentada con su historia clínica y conceptos médicos aportados en el expediente, lo que evidencia una disminución medica física y que encuentra en evolución, circunstancia que fue corroborada con la tutela fallida por el JUZGADO TREINTA Y DOS PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO SISTEMA ACUSATORIO y ratificado por los testimonios de la señora LUCRECIA VARELA MONCALEANO (Gerente de recursos humanos de NABORS LTDA.

Indica como pruebas defectuosamente apreciadas:

1. Ecografía de Tejidos Blandos (hombro derecho) de fecha 16 de septiembre de 2013, a través de la cual se concluye: “TENDINOSIS DEL SUPRAESPINOZO CON LIQUIDO ASOCIADO A LA CORREDERA OCCIPITAL. Recomendaciones laborales” (folio 29 C2).

2. Concepto Medico laboral, de fecha 22 de octubre de 2013, emitido por EQUIVIDA salud ocupacional, a través del cual señala: “CONSIDERO QUE EL USUARIO PRESENTA UNA PATOLOGÍA CRÓNICA DE LA ARTICULACIÓN DEL HOMBRO DERECHO QUE DEBE SER VALORADA POR LA EPS Y SEGUIR EL ESTUDIO DE CALIFICACIÓN POR MEDICINA LABORAL DE LA EPS DEL AFILIADO, PARA DETERMINAR SU ORIGEN DE PRIMERA INSTANCIA, CONTINUAR MANEJO POR ORTOPEDIA DE HOMBRO DE LA EPS” recomendaciones: “ DE ALTA POR MEDICINA LABORAL LIBERTY, EVITAR LABOTES CONTRA GRAVEDAD CON MSD, MANIPULAR CARGAS CON MSD HASTA 10 KILOS. CONTINUAR CON FISIOTERAPIA EN SU EPS SEGÚN INDICACION DE FISIATRIA CALIFICACION DE ORIGEN DE SU PATALOGIA POR MEDICINA LABORAL DE LA EPS” (Folio 75 y 76 C2)

3. Historia Clínica de fecha 05 de enero de 2014, emitida por la Fundación Saint – Centro de Imágenes Especializadas – Resonancia Magnética de Hombro Derecho, en donde se diagnostica: ARTROSIS ACROMIOCLAVICULAR, LEVE DISTENSION DE LA BURSA SUBACROMIO SUBDELTOIDEA. (folio 30 C2)

4. RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE ARTICULACIONES DE MIEMBRO

SUPERIOR (CODO, HOMBRO Y/O PUÑO), realizada en la Fundación Cardioinfantil, de fecha 18 de junio de 2015, con resultado de: “alteración en la morfología del aspecto anterior del complejo ligamento glenohumeral inferior, se demuestra escaso contraste por fuera del contorno capsular en esta localización y pequeñas zonas de irregularidad en relación con su inserción humeral...” (folio 34 C2)

5. Historia Clínica de Consulta Externa por ortopedia de fecha 17 de febrero de 2016, la cual señala: “Cuadro clínico de 3 años de evolución, consistente en omalgia derecha, limitación funcional asociada, luego de trauma local por tracción, durante desempeño de actividad laboral; desde entonces refiere que no ha sido posible reintegrarse a su trabajo, actualmente sin tratamiento, lesión HALG hombro derecho, atrosis acromioclavicular, síndrome de manguito rotatorio” (folio 79 y siguientesC2)

6. Historia Clínica por ortopedia de fecha 22 de marzo de 2016, la cual señala: “INSPECCION NORMAL BUEN TROFISMO MUSCULAR REALIZA ABDUCCION ACTIVA HASTA 100 GRADOS. SIGNOS DE PINZAMIENTO POSITIVO. ARCOS DE MOVILIDAD DISMINUIDOS POR DOLOR ESPECIALMENTE EN LAS ROTACIONES RESULTADO DE ARTRORESONANCIA NO EVIDENCIA LESIONES SLAP. LESION PARCIAL EN LA INSERCIÓN EN EL LIGAMENTO GLEONOHUMERAL INFERIOR Y TENDINITIS DEL SUPRA ESPINOSO SIN LESIONES. DE CONTINUIDAD POR CRONICIDAD DE LOS SINTOMAS SIN RESULTADOS ATTO CONVENMNCIONAL SS VALORACION Y CONCEPTO POR SUBESPECIALIDAD DE HOMBRO IV NIVEL BOGOTA.” (folio 83 C2)

7. Formato certificado de aptitud laboral, emitido por ARL EQUIVIDA, de fecha 16 de mayo de 2016, en donde determina: “RECOMENDACIÓN EN SALUD OCUPACIONAL: CONTINUAR MANEJO POR EPS CON ORTOPEDIA, NUTRICION Y MEDICINA INTERNA O CON REGIMEN SUBSIDIADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL NO HAY SECUELAS DE ALTERACION EN SU ACTIVIDAD LABORAL” OBSERVACIONES: REMITIDO EPS VALORACION PATOLOGIA PREEXISTENTE” (folio91 C2)

8. Historia Clínica de fecha 26 de diciembre de 2016, la cual señala: “DIAGNOSTICO PRINCIPAL: esquinces y torcedura de la articulación del hombro” (prueba anexada por el demandado en la contestación de la demandada folio 230 C2, historia clínica que es posterior al despido “20 de diciembre de 2016” y que estaba en poder de la empresa)

9. Historia Clínica del 31 de agosto de 2016, la cual prescribe: “esquinces y torcedura de la articulación del hombro” (prueba anexada por el demandado en la contestación de la demanada folio 230 C2)

10. Ecografía de Hombro, de fecha 30 de diciembre de 2016, que diagnostica: Tendinopatía de la porción larga del bíceps, hallazgos sugestivos de ruptura del tendón del musculo supraespinoso. (folio 31 C2).

Y como pruebas no calificadas indica los testimonios de Lucrecia Valera Moncaleano y Andrés Felipe Alvarado Ruiz.

Aduce la censura que el Tribunal desconoció la realidad médica del actor al momento de la terminación de la relación laboral, dado que debía continuar con su proceso de rehabilitación para ser valorado por un especialista de hombro; que la gravedad de la patología se encuentra sustentada en la historia clínica y en los conceptos médicos aportados al expediente, lo que evidencia una disminución física que se encuentra en evolución, como lo corroboró el Juez 32

Penal Municipal en la acción de tutela; que la empresa conocía la condición de salud del demandante al momento del despido, el 20 de diciembre de 2016; que estando la patología del actor plenamente sustentada en la historia clínica y en los conceptos médicos, no se puede supeditar su estado de indefensión a la expedición de unas incapacidades.

En cuanto a las pruebas enlistadas como mal apreciadas, asevera el recurrente que el Tribunal en su valoración desconoció la patología crónica de que adolecía, como lo determinó la entidad Equivida Salud Ocupacional en concepto de 17 de enero de 2014 y que la sentencia recurrida omitió efectuar un mejor estudio de la historia clínica, pues, «el día 17 de febrero de 2016 (**un mes antes del primer despido unilateral**), **ortopedia le diagnostica:** “lesión HALG hombro derecho, atrosis acromioclavicular, síndrome de manguito rotatorio».

De igual modo considera que del historial clínico se advierte la gravedad de su patología a la fecha del primer despido. Así lo señala:

[...] así lo permite inferir la prescripción médica de fecha 22 de marzo de 2016, veamos: “INSPECCION NORMAL BUEN TROFISMO MUSCULAR REALIZA ABDUCCION ACTIVA HASTA 100 GRADOS. SIGNOS DE PINZAMIENTO POSITIVO. ARCOS DE MOVILIDAD DISMINUIDOS POR DOLOR ESPECIALMENTE EN LAS ROTACIONES RESULTADO DE ARTRORESONANCIA NO EVIDENCIA LESIONES SLAP. LESION PARCIAL EN LA INSERCIÓN EN EL LIGAMENTO GLENOHUMERAL INFERIOR Y TENDINITIS DEL SUPRA ESPINOSO SIN LESIONES. DE CONTINUIDAD POR CRONICIDAD DE LOS SINTOMAS SIN RESULTADOS ATTO CONVENCIONAL SS VALORACION Y CONCEPTO POR SUBESPECIALIDAD DE HOMBRO IV NIVEL BOGOTA.” (folio 83 C2)

Destaca que la empresa Equivida, en el certificado de aptitud laboral de 16 de mayo de 2016, determinó «**CONTINUAR MANEJO POR EPS CON ORTOPEdia, NUTRICION Y MEDICINA INTERNA O CON REGIMEN SUBSIDIADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL NO HAY SECUELAS DE ALTERACION EN SU ACTIVIDAD LABORAL” OBSERVACIONES: REMITIDO EPS VALORACION PATOLOGIA PREEXISTENTE”** (folio 91 C2)», sin embargo, «no es menos cierto que, **la patología grave del señor Alexander Castro se encuentra plenamente sustentada con la historia clínica y conceptos médicos aportados en el expediente, lo que evidencia una disminución física y que se encuentra en evolución».**

Estima como yerro del Tribunal el haber inferido que no era sujeto de protección por estabilidad laboral reforzada, por considerar que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo no se encontraba en situación de discapacidad, que no estaba calificada la pérdida de su capacidad laboral y que en la última visita médica del 22 de marzo de 2016 se evidenció que no tenía ningún tipo de restricciones o recomendaciones. A ese respecto aduce que «Cuando lo notable o evidente en su historial clínico es que su patología no había sido superada y que indudablemente no le permitían continuar laborando con la empresa, razón por la cual, la empresa decide dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, lo cual torna el despido ineficaz y discriminatorio».

Alega que el ad quem no estudio en detalle los testimonios de Lucrecia Varela Moncaleano y Andrés Felipe Alvarado Diaz, quienes conocían su estado de salud e insiste en que el sentenciador desconoció el historial clínico que demostraba que la empresa al momento del despido estaba enterada de la gravedad de su patología.

De otro lado, afirma que el Tribunal desentendió los principios de «la necesidad de la prueba, unidad de la prueba, comunidad de la prueba, imparcialidad en la dirección y apreciación de la prueba por el juez, evaluación y apreciación de la prueba», circunstancias que, de no haber ocurrido, en su criterio, hubieran llevado al sentenciador al reconocimiento de sus pretensiones.

CONSIDERACIONES

Dado que el primer cargo se enderezó por la senda de puro derecho, no son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos establecidos por el Tribunal: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, comprendido entre el 23 de mayo de 2013 y el 20 de diciembre de 2016; ii) que el empleador el 13 de mayo de 2016, de manera unilateral y sin justa causa, dio por terminada la relación laboral; iii) que el extremo de esta última calenda se extendió hasta el 20 de diciembre de 2016, momento en que cesó la orden de reintegro, impartida vía tutela; iii) que a Alexander Castro Buitrago le fue diagnosticada la patología síndrome de manguito rotatorio el 18 de diciembre de 2013; iv) que para el momento del despido Alexander Castro Buitrago no se encontraba discapacitado por motivos de salud; v) y que para la data de la terminación del contrato de trabajo se encontraba desarrollando las labores propias del cargo de 'cuñero'.

Por razones metodológicas, para el estudio de las dos acusaciones la Sala fijará el marco jurídico relevante de la situación en disputa y analizará si el Tribunal incurrió en algún error de tipo hermenéutico en este preciso ámbito, para luego analizar los errores de hecho que denuncia la censura en el segundo cargo.

En el orden propuesto, desde el punto de vista jurídico, la decisión del Tribunal puede sintetizarse de la siguiente manera: i) en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 las personas limitadas físicamente no pueden ser despedidas sin autorización del Ministerio de Trabajo, aún si se efectuara el pago de la indemnización de los 180 días; ii) la protección laboral para las personas con limitación en el ejercicio de sus derechos fundamentales por limitaciones severas y profundas procede tanto para aquellos trabajadores con calificación laboral, como para aquellos que presentan una clara disminución en su salud; y iii) **las garantías a la estabilidad laboral, previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, operan siempre que se acredite que el trabajador se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato.**

Resaltado lo anterior, para la Sala, a primera vista resulta abiertamente infundado el primer cargo, pues lo que se defiende es precisamente contrario a lo adocinado por la Corte respecto de la garantía de la protección laboral, que el Tribunal reitera en su decisión.

En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adocinado 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% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

En concordancia con lo anterior, 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 mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo

importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:

No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso.

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera 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% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque 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 y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

En este sentido, la Ley 1618 de 2013, «por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad» en el numeral 1º artículo 2, define quiénes son las personas y/o en situación de discapacidad:

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.

De acuerdo con la anterior definición, la persona en situación de discapacidad es aquella que padece de una deficiencia, que puede ser física, mental, intelectual o sensorial, que le impida su

participación plena y efectiva en la sociedad.

Asimismo, el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014 «Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional» define la deficiencia y la discapacidad, así:

Deficiencia: Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.

Discapacidad: Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad, esta se valorará en el Título Segundo “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales”.

De las anteriores definiciones se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador - que lo limita para desarrollar una actividad - derivada de una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa, a la vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social denomina Manual único para la Calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, actualmente contenido en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir 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 o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado. En la sentencia SL6850-2016, así se pronunció la Corte:

Esta Sala de la Corte ha sostenido en repetidas oportunidades que garantías como la que aquí se analizan constituyen un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Por ello, siendo un límite a dicha libertad, no puede entenderse cómo, en todo caso, el empleador pueda despedir sin justa causa al trabajador

discapacitado, sin restricción adicional al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese caso, bastaría que el empleador despidiera al servidor discapacitado sin justa causa, como lo puede hacer, en condiciones normales, con todos los demás trabajadores, con la sola condición del pago de una indemnización, sin dar razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la aplicación de la norma quedara plenamente descartada.

Tampoco es funcional a los fines constitucionales perseguidos por la norma. Ello es así porque la intención del legislador, entre otras cosas, fue la de que una autoridad independiente, diferente del empleador, juzgara de manera objetiva si la discapacidad del trabajador resultaba claramente «...incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar...» y es precisamente en el marco de los despidos unilaterales y sin justa causa que se puede ejercer esa atribución en toda su magnitud.

Si no fuera de esa manera, se repite, al empleador le bastaría acudir a la figura del despido unilateral y sin justa causa, sin revelar las razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la norma quedara totalmente anulada en sus efectos, de manera que nunca se lograría cumplir con la finalidad constitucional de promover un trato especial para las personas puestas en condiciones de discapacidad.

En ese sentido, la postura de la censura también es contraria a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000, en la que, al examinar la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló que el despido unilateral e injusto del trabajador discapacitado, sin autorización de las autoridades de trabajo y con el simple pago de una indemnización, no atiende las finalidades constitucionales de la disposición, de lograr un trato especial para aquellas personas puestas en condiciones de debilidad manifiesta, por su condición física, sensorial o mental.

En este caso, por ejemplo, aún si (sic) el despido se dio en el marco de una reestructuración y una escisión, como lo alega la censura, antes de materializarse la decisión, para resguardar los propósitos constitucionales de la norma, la compatibilidad de la condición especial del trabajador con el ejercicio de determinado cargo, en perspectiva de los «...estándares empresariales...», debió ser revisada por una autoridad independiente e imparcial y no quedar sometida al mero arbitrio del empleador.

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte.

Por esto la interpretación de la norma más razonable y acoplada al principio de igualdad, es la que prohió el Tribunal, en virtud de la cual, a pesar de que el despido injusto indemnizado resulta legítimo en condiciones normales, «...en casos como el que se estudia, en el que la empresa conocía por sus propios directivos y el personal en general de la causa que daba origen a la disminución laboral del trabajador, la diligencia mínima que se esperaba en ejercicio de la buena fe contractual, era la de cumplir con los requisitos que exige la ley para proceder a la decisión de despido del demandante.»

Esto es, que el trabajador en condiciones de discapacidad no puede recibir el mismo trato que los demás, de manera que el empleador no puede acudir directamente a los despidos unilaterales y sin justa causa, sino que, previo a ello, tiene que cumplir con los

presupuestos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

La interpretación que favorece la verificación de las autoridades de trabajo, previo al despido unilateral e injusto del trabajador discapacitado, no resulta desproporcionada para el empleador y no quebranta su libertad de contratación. En efecto, en primer lugar, la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 tan solo implementa un control administrativo previo a la facultad de despedir, estructurado como una especie de acción afirmativa, en pos de la promoción de la igualdad real y efectiva en el ámbito del trabajo, que para nada inutiliza o vuelve irreales las libertades patronales, sino que las limita razonable y fundadamente.

Por otra parte, tal restricción no resulta desproporcionada para el empleador, pues si en realidad la discapacidad de un trabajador puede resultar incompatible con el ejercicio del empleo, de manera que puede afectar derechos y libertades fundamentales de la empresa, así lo podrá demostrar ante las autoridades de trabajo, con las pruebas que resulten relevantes.

Finalmente, en cuanto a la ineficacia del despido, resulta pertinente destacar que el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-531 de 2000, bajo el supuesto de 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».

El precepto citado consagra la ineficacia del despido de quien estando en situación de discapacidad es desvinculado laboralmente sin autorización de la oficina del trabajo. Así, el sentenciador de segundo grado al establecer que el demandante para la época del despido no contaba con ninguna restricción médica para el desempeño de sus labores, ni se encontraba incapacitado, determinó que no se hallaba en situación de debilidad manifiesta, sin que tal determinación implicara un entendimiento equivocado de la norma.

Por consiguiente, en lo que al ámbito jurídico concierne, no incurrió el Tribunal en yerro alguno.

Ahora bien, en lo que guarda relación con el aspecto fáctico, del que se ocupa principalmente el segundo cargo, el ad quem concluyó fundamentalmente que el demandante no tenía ninguna afectación en su estado de salud que le impidiera desarrollar su labor, ni se encontraba con restricciones o recomendaciones médicas que ocasionaran alguna limitación en su salud o integridad al momento del despido.

No obstante, el censor insiste en que se encontraba en situación de debilidad manifiesta al momento del despido, debido al “síndrome de manguito rotatorio” que le fue diagnosticado en septiembre de 2013, así no estuviera incapacitado y estando desarrollando sus actividades para las cuales fue contratado.

Sin embargo, encuentra la Sala que de los medios de convicción que indica como erróneamente apreciados, más exactamente como defectuosamente apreciados, que corresponden a diez conceptos o certificaciones médicas de la historia clínica, la verdad es que el recurrente omitió precisar de cada uno, en qué consistió el error de hecho atribuido al Tribunal y como incidió en la decisión, pues no basta con enumerarlos simplemente, porque esto significa que se incumple con el requisitos establecido en el literal b) del

numeral 5 del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En relación con la acusación, el censor solo hace referencia en el desarrollo del cargo a cuatro documentos de la historia clínica: al formato de Equivida Salud Ocupacional del 17 de enero de 2014, donde se registra la patología de la articulación de hombro derecho para que sea valorada por la EPS y se recomienda continuar con el proceso de calificación por medicina laboral para determinar el origen, al igual que continuar con el manejo por ortopedia del hombro por la EPS; a la consulta externa del 17 de febrero de 2016, donde también se registra la lesión del hombro; al formato de aptitud ocupacional del 16 de mayo de 2016, donde aparece que desde el punto de vista laboral no hay secuelas de alteración en su actividad laboral y sugiere continuar con manejo por EPS; por último, a la consulta del 22 de marzo de 2016, donde también se registra el trauma del hombro derecho.

En relación con lo precedente, el recurrente no se ocupa de explicar de manera clara y precisa qué es lo que verdaderamente acreditan estos elementos de la historia clínica, en su lugar se ocupa es de realizar elucubraciones que en nada fundamentan los eventuales yerros del Tribunal, pues son simples comentarios sobre los gravísimos, protuberantes y evidentes desatinos del Tribunal, que no concreta en lo que pretende demostrar específicamente con cada prueba, aseverando de manera general que se encontraba en gravísimo estado de salud.

No obstante, se tiene que en los registros de la historia clínica, específicamente en los cuatro certificados que enrostra como defectuosamente apreciados por el Tribunal, se puede apreciar que en ellos aparecen desde un comienzo los soportes de una patología de hombro derecho, sin especificar algún daño que limite la realización de la actividad laboral, como se pasa a indicar:

En el certificado de Equivida Salud Ocupacional del 17 de enero de 2014 (fl.75 C2), aparece que el usuario presenta una patología crónica del hombro derecho, que debe ser valorada por la EPS y seguir con el estudio de la calificación para determinar su origen no se evidencia de lo allí señalado la gravedad que se alega, en cuanto se recomendó manejo por la EPS, lo cual es apenas lógico; y también sugiere calificación por medicina laboral para determinar el origen, no la disminución en su capacidad laboral, lo que demuestra que no se advertía ninguna limitación física que requiriera una calificación de pérdida de la capacidad laboral.

El registro de consulta externa del 17 de febrero de 2016 (fl.79 C2), donde aparece en la descripción del diagnóstico lesión tipo HAGL hombro derecho, artrosis acromioclavicular, no se aprecia registro que indique la gravedad como lo quiere hacer ver la censura.

En el formato de aptitud ocupacional del 16 de mayo de 2016 (fl. 91 C2) claramente aparece que desde el punto de vista laboral no hay secuelas de alteración en su actividad laboral y sugiere continuar con manejo por EPS, con lo que se demuestra el estado de salud del trabajador para realizar la actividad laboral.

En el registro de la historia clínica del 22 de marzo de 2016 (fl. 83 C2), en el espacio denominado motivo de la consulta, aparece la anotación de arcos de movilidad disminuidos por dolor en las rotaciones, por lo demás, se señala: buen trofismo muscular, realiza abducción activa hasta 100 grados, signo de pinzamiento positivo, resultado de artroresonancia no evidencia lesiones, lesión parcial en el ligamento gleonohumeral, tendinitis del supra espinoso sin lesiones de continuidad por cronicidad de los síntomas y el

concepto por subespecialidad de hombro, sin que se infiera de tales hallazgos elementos claros para derivar un grave estado de salud.

Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores, 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 encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.

De otro lado, no es posible estructurar los errores de hecho enrostrados al Tribunal con base en la errada apreciación de aquellas pruebas que no son calificadas en el ámbito del recurso extraordinario.

En razón de lo antes expuesto, los cargos no prosperan.

IX. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia «POR LA VIA INDIRECTA; a causa de la aplicación indebida de los artículos 64 del Código Sustantivo de Trabajo, 167 del Código General del Proceso, por remisión analógica al artículo 139 y 18 de la Ley 712 de 2001, como consecuencia de errores de hechos manifiestos y evidentes por la defectuosa apreciación de las pruebas»

Como errores de hecho señala los siguientes:

1.- Uno de los yerros más protuberantes y gravísimos en que incurre la sentencia de segundo grado, consiste en no dar por demostrado, estándolo que el señor ALEXANDER CASTRO BUITRAGO, al momento de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, no recibió la indemnización del artículo 64 del CST, puesto que así lo evidencia la liquidación final realizada por NABORS DRILLING LTDA de fecha del 31 de diciembre de 2016, en donde se demuestra que, se realiza la deducción de la indemnización por un valor de \$6.300.289 (ver el acápite de deducciones – lado derecho del oficio), lo cual permite inferir que no hubo pago alguno por este concepto.

Además, la misma empresa no logró probar al despacho que efectivamente el señor CASTRO BUITRAGO hubiese recibido dicha suma, lo que demuestra la mala fe de la empresa NABORS DRILLING LTDA.

2.- Al no dar por demostrado, estándolo, que la carta de fecha 20 de diciembre de 2016 (cesación de efectos transitorios de tutela), tiene relación directa con la Carta de terminación del contrato comunicada de fecha 13 de mayo de 2016, porque ratifica la finalización del contrato en los mismos términos señalados allí, al estipular lo siguiente: “(...) por lo anterior a partir de la fecha indicada, cesa cualquier tipo de relación laboral existente, ratificando la decisión de terminación

del contrato comunicada el 13 de mayo de 2016.”(negrillas no son del texto original), de tal suerte que, el señor CASTRO BUITRAGO, era beneficiario de la indemnización del artículo 64, no obstante se insiste no fue pagada, porque en la liquidación final se le descontó.

Indica como pruebas defectuosamente apreciadas:

Documentales:

1. Liquidación de fecha 31 de diciembre de 2016, en donde se evidencia que al demandante el señor Castro Buitrago, no se le canceló el pago la indemnización por despido injusto, puesto que le fue descontado el valor de \$ 6.300.289, como un pasivo a favor de la empresa (folio 232 C2).

2. Carta de fecha 20 de diciembre de 2016, mediante la cual notifican al señor ALEXANDER CASTRO BUITRAGO, respecto de la cesación de efectos transitorios de la tutela (folio 94 C2), en donde, por demás se señala lo siguiente: “ (...) por lo anterior a partir de la fecha indicada, cesa cualquier tipo de relación laboral existente, ratificando la decisión de terminación del contrato comunicada el 13 de mayo de 2016.” (subrayado y negrilla fuera de texto)

3. Carta de terminación de contrato sin justa causa de fecha 13 de mayo de 2016. (folio 85 C2)

En la demostración del cargo el recurrente señala como yerro del Tribunal el haber inferido de las pruebas allegadas al proceso que la indemnización por despido injusto se le había cancelado; «[...] por ende no tenía la obligación de incluir en la liquidación de prestaciones sociales del 20 de diciembre de 2016, el valor de la indemnización por despido injusto ya cancelado. De hecho, si se revisa con detenimiento el documento (fl.234) se puede observar que la empresa reliquidar (sic) la indemnización por despido injusto con corte al 20 de diciembre de 2016, cuantificándola en \$7.092.050 pero procede a restar, la suma de \$6.300.289 correspondiente al valor que ya le había sido cancelado al demandante en la liquidación efectuada con corte al 13 de mayo de 2016 (fl.286), por tanto, la pasiva si canceló la indemnización por despido injusto»

En este sentido la censura insiste en que no le fue cancelada la indemnización, **«ni la primera ni la segunda liquidación, puesto que al descontar la indemnización por despido sin justa causa, en la liquidación de diciembre, denota que el trabajador nunca la recibió, además, no aparece soporte de consignación que así lo evidencie, aunado a ello, el trabajador se opone a firmar dicha liquidación, puesto que no ha recibido pago alguno (ver parte inferior del documento en donde se deja la observación en los siguientes términos: [el trabajador manifiesta que no firma el presente documento]»**

De otra parte, reprocha al Tribunal haber valorado de manera equivocada las pruebas, lo que lo llevó a no dar por demostrado que la indemnización nunca la recibió. Por último, indica que la sentencia impugnada vulneró los artículos 64 del Código Sustantivo del Trabajo, 167 del Código General del Proceso «y por remisión analógica al artículo 139 y 18 de la Ley 712 de 2001» sobre la carga de la prueba que tenía el empleador de probar que pagó la indemnización.

X. CONSIDERACIONES

No se discute que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo con el actor el 13 de mayo de 2016, realizando la liquidación de prestaciones sociales (fl.226 C2) en donde se aprecia un valor de \$6.300.289,00 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Ahora bien, por orden impartida en acción de tutela (fls.109 a 113 C2) de 9 de junio de 2016, el empleador restableció la relación laboral reintegrando al trabajador; no empecé, dentro de la oportunidad correspondiente el actor no reclamó sus derechos ante la jurisdicción ordinaria, razón por la cual cesaron los efectos de la acción constitucional, lo que llevó al empleador, el 20 de diciembre de 2016, a ratificar el despido el 13 de mayo de ese mismo año y a liquidar de nuevo los conceptos laborales (fl. 234 C2), donde se aprecia incluido el valor de \$7.092.050 de la indemnización por despido injusto y, asimismo, un descuento por valor de \$6.300.289,00.

Para la censura, en la última liquidación de prestaciones sociales el empleador descontó el valor correspondiente a la primera indemnización, pero sin demostrar que se hubiera efectuado su pago, como se desprende de la misma liquidación.

Así las cosas, el cargo queda reducido al yerro que pudo cometer el ad quem al apreciar la liquidación final de prestaciones sociales (Fl 234 C2), de donde infirió que el descuento realizado correspondía al valor de la primera liquidación y que por tanto quedaba acreditado el pago de la indemnización por despido injusto. Así lo asentó el Tribunal:

[...] por ende no tenía la obligación de incluir en la liquidación de las prestaciones sociales del 20 de diciembre de 2016, el valor de la indemnización por despido injusto ya cancelado. De hecho, si se revisa con detenimiento el documento (Fl 234) se puede observar que la empresa reliquida la indemnización por despido injusto con corte al 20 de diciembre de 2016, cuantificándola en \$7.092.050,00 pero procede a restar, la suma de \$6.300.289 correspondiente al valor que ya había sido cancelado al demandante en la liquidación efectuada con corte al 13 de mayo de 2016 (Fl 286), por tanto, la pasiva sí cancelo la indemnización por despido injusto.

Ahora bien, la censura afirma que la indemnización inicial por valor de \$6.300.289,00 no le fue cancelada, pero resulta que, en la liquidación (fl. 226 C2) se aprecia la firma de trabajador, dejando constancia de que la recibió.

Al respecto, la valoración que realizó Tribunal a la liquidación definitiva de prestaciones sociales (Fl 234 C2), en principio, no merece ningún reparo, en cuanto coligió que el descuento por valor de \$6.300.289,00 coincidía con el valor de la primera indemnización (Fl 226 C2); pero al aplicar el descuento de la indemnización inicial al valor de la última indemnización, se concluye que resulta una diferencia a favor del trabajador.

En este orden de ideas, revisado el expediente se observa que el empleador no acreditó el pago de la diferencia de la indemnización, que resulta al descontar los \$6.300.289 de la primera indemnización, a los \$7.092.050,00 de la última, arrojando un saldo a favor trabajador de \$791.761,00

Por lo expuesto el cargo está llamado a prosperar.

XI. CARGO CUARTO

«POR LA VIA INDIRECTA; a causa de la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de errores de hecho manifiestos y evidentes en la

defectuosa apreciación de las pruebas, sumado a esto, como el cargo a estudiar tiene que ver con la conducta del empleador, la vía correcta es la indirecta, así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia»

Indica como pruebas defectuosamente apreciadas la liquidación de prestaciones sociales de 13 de mayo de 2016, la carta de terminación del contrato de 13 de mayo de 2016, la carta de notificación de cesación de efectos transitorios de la tutela de 20 de diciembre de 2016 y la liquidación de prestaciones sociales de 31 de diciembre de 2016.

Para la sustentación del cargo se hace alusión a la jurisprudencia de esta Sala, citando los radicados CSJ SL, 16 de mar. de 2005, rad.23987 y CSJ SL14651-2014, para luego expresar que el empleador no señaló los motivos por los cuales no canceló los salarios durante la relación laboral, afirmando que «el empleador no hizo ningún esfuerzo, en demostrar las razones por las cuales no las había pagado, es mas no hizo esfuerzo alguno en demostrar que efectivamente las había pagado, como así lo señaló el Juez de primera instancia»

Continúa la censura transcribiendo la motivación del Tribunal para declarar la buena fe del empleador:

lo cierto es que el comportamiento de la pasiva no deviene de un actuar de mala fe, pues no acaeció a efectos de vulnerar los derechos laborales de la trabajadora, sino que se originó en el convencimiento de la pasiva de que la orden de reintegro emitida por el fallo de tutela del 9 de junio de 2016 había perdido sus efectos con fundamento en el artículo 8 del decreto 2591 de 1991, al no haber acudido el promotor ante la jurisdicción ordinaria dentro de los 4 meses que le fueron concedidos.

Asimismo, reprocha el recurrente al Tribunal no haber declarado la mala fe del empleador por la omisión en el pago de los salarios que fueron ordenados en el fallo de tutela, «es incoherente a todas luces, en la medida que el fallo de tutela ordena el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido (despido que fue que se materializó en mayo), entonces no se puede decir que los salarios de febrero, marzo, abril, incluso mayo, no los canceló porque el fallo tenía efectos transitorios, toda vez que dichos salarios se causaron durante la relación laboral, antes del despido y del fallo de tutela, entonces, no había razón justificada para no pagarlos, por lo cual deviene reprochable esta interpretación y no hay lugar a dudas que la empresa actuó de MALA FE»

Estima como equivocada la conclusión del ad quem por no declarar la mala fe del empleador al no pagar los salarios al trabajador, por el convencimiento de que la orden de reintegro había perdido sus efectos al no haber acudido el demandante ante la jurisdicción ordinaria laboral dentro de los cuatro meses que le fueron concedidos, pues alega que «esta afirmación corrobora la razón por la cual debe prosperar el cargo porque el mismo Tribunal señala que el despido acaeció el día 13 de mayo, y lo que se está reclamando son los salarios de febrero a junio de 2016, es decir el Tribunal erro al considerar que la empresa actuó amparada en el fallo de tutela, cuando los salarios que se reclamaban eran anteriores a este, de tal suerte que, al desconocer el material probatorio, implicó que el sentenciador de segundo grado, alterara la verdad jurídica de los hechos objeto de impugnación»

CONSIDERACIONES

Para la censura el yerro del Tribunal deviene de la valoración de la conducta del empleador, al inferir que por los efectos de la tutela la pasiva actuó de buena fe, sin advertir que el fallo de

tutela no solo ordena el reintegro, sino también el pago de los salarios dejados de percibir.

En este contexto, reitera la Sala que la imposición de la sanción derivada del no pago de salarios y prestaciones debe ser el resultado de un examen riguroso de la conducta del empleador. Además, por no proceder de manera automática, impone al juzgador la imperiosa tarea de valorar de manera exhaustiva los elementos de convicción allegados al proceso y, derivar de ello, si de la conducta del empleador se aprecian razones serias y entendibles para imponer o no la sanción en referencia.

En este sentido, el Tribunal, al examinar la conducta del empleador, asentó lo siguiente:

[...] sino que se originó en el convencimiento de la pasiva de que la orden de reintegro emitida en el fallo de tutela del 9 de junio de 2016 había perdido sus efectos con fundamento en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, al no haber acudido el promotor ante la jurisdicción ordinaria laboral dentro de los 4 meses que le fueron concedidos. Supuestos facto que nos permiten corroborar que la pasiva obró de buena fe, máxime cuando conforme se corroboró a lo largo de este proceso, el demandante realmente no tenía derecho a ser reintegrado tras la culminación de su contrato el 13 de mayo de 2016, por cuanto no gozaba de la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, disposición con fundamento en la cual, se dio el amparo transitorio en el fallo de tutela tantas veces mencionado.

En apreciación de lo anterior, la Sala encuentra desacertada la valoración que realizó el Tribunal a la conducta del empleador, por no ajustarse a los parámetros de indagación que imponen al juzgador el deber de llenarse de razones para buscar certeza en sus decisiones; conclusiones que resultan inaceptables al comprender que pudo el empleador haber distraído su atención ante los efectos de la acción constitucional que imponía desplegar acciones para materializar el reintegro y que luego perdió cimiento al expirar el término sin acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar sus derechos.

En este sentido, se percibe una pasividad del sentenciador en la valoración de los medios de convicción para examinar la conducta de la demandada que es lo que se reclama de todo juzgador. Igualmente, no se encuentra en el análisis un fundamento lógico, pues como bien lo asevera el censor, si el contrato de trabajo fue reestablecido con la orden del reintegro y, además se ordenó el pago de salarios, no tiene ningún sentido suponer que el empleador se sustrajo de su obligación, amparado en la cesación de los efectos de la orden de reintegro por no haber acudido el actor a la jurisdicción ordinaria laboral.

En este caso, basta con examinar la contestación a la demandada para conocer la conducta de la pasiva, específicamente cuando dio respuesta a las pretensiones tercera y novena (fls. 203 a 205 C2), que reclamaban el pago de los salarios de febrero a junio de 2016 en cumplimiento de la orden de tutela, a lo cual se opuso la demandada (fl. 10 y 12 C2) contestando a la tercera pretensión: «Me opongo a la concesión de esta pretensión, toda vez que la compañía demandada dio cumplimiento a lo ordenado por el Juez de tutela, no obstante es preciso recordar que esta no sería la vía para reclamar el desacato de lo ordenado en dicha decisión judicial, más aun cuando versa sobre un tiempo posterior a la terminación del vínculo laboral» y a la novena «NO PUEDE LLEGAR A PROSPERAR ESTA PRETENSIÓN dado que tal obligación ordenada por el Juez constitucional fue cumplida al momento del reintegro con forme al fallo aludido, así como tampoco esta ser la vía para reclamar dicho concepto»

Así las cosas, queda establecido que la demandada desde un principio sostuvo haber pagado al

demandante los salarios de febrero a junio de 2016, sin embargo, tanto el juez de primer grado como el Tribunal verificaron que dicho pago no fue acreditado por el empleador, por lo que no se encuentra ninguna razón que justifique su comportamiento.

De lo que viene, el cargo prospera.

Sin costas en casación.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Indemnización por despido sin justa causa.

Como complemento a lo dicho en casación, se tiene que al ser restablecido el contrato de trabajo por la orden Judicial impartida dentro de la acción constitucional, la relación laboral tuvo vigencia entre el 23 de mayo de 2013 y el 20 de diciembre de 2016, como lo determinó el juez de primer grado y no fue materia de discusión en el recurso de alzada.

Así las cosas, la indemnización por el despido sin justa causa fue liquidada por el a quo en la suma de \$7.092.050; y en la liquidación del 13 de mayo de 2016 aparece la indemnización por valor de \$6.300.289, valores que no merecieron ningún reparo por las partes en el proceso.

De otro lado, se tiene que el demandante en el recurso de apelación adujo no haber recibido el pago de las indemnizaciones, quedando demostrado que aceptó y recibió la primera indemnización por valor de \$6.300.289.00, como se desprende de su aceptación al firmar la liquidación de 13 de mayo de 2016 (fl.226 C2), valor que es pertinente descontar de la segunda indemnización por valor de \$7.092.050, en la medida en que para su liquidación se tomó en cuenta todo el período de la relación laboral, arrojando un saldo por pagar al trabajador de \$791.761, que el empleador no acredita en el proceso haber cancelado.

Indemnización moratoria

La Sala ha reiterado que la sanción consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene origen en el incumplimiento de las obligaciones del empleador, razón por la cual se trata de un precepto de naturaleza eminentemente sancionatoria, quedando por tanto su imposición condicionada a la valoración de los elementos subjetivos relativos a las razones que condujeron al empleador a sustraerse del pago de los débitos laborales a la terminación del vínculo contractual con su trabajador.

En este orden, la buena fe en la ejecución de los contratos de trabajo impone el deber, tanto al trabajador como al empleador, de cumplir con las obligaciones y deberes que la ley ha impuesto a cada uno; así, el trabajador presta sus servicios asegurando el cuidado, respeto, diligencia y observancia de las instrucciones y órdenes del empleador, guardando el respeto y la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros; a su vez, el empleador, entre otras obligaciones, debe pagar cumplidamente al trabajador salarios y prestaciones sociales como retribución al servicio recibido.

Es pertinente para la Sala indicar que de igual modo surgen también relaciones jurídicas obligacionales que no han quedado expresadas en el contrato, pero que emanan del mismo, como la lealtad, honestidad y compromiso que cada una de las partes espera razonablemente de la otra, dentro de un estándar de conducta que el derecho impone a través de la buena fe a los contratantes.

Por esta razón el empleador, en su condición de deudor moroso, asume la carga obligacional de aportar los elementos de convicción en que soporta su conducta, que le permita demostrar que su comportamiento se ciñó a los estándares de lealtad, honestidad y compromiso que le imponen ejecutar la relación contractual de buena fe.

Así las cosas, no aparece en el plenario ningún elemento de convicción allegado por la pasiva para demostrar el pago de los salarios de febrero a junio de 2016, como acertadamente lo indicó el Juzgador de primer grado.

Complemento de lo anterior, para adicionar a lo dicho en casación en cuanto a que la empresa Nabors Drilling International Ltda., como deudor moroso no aportó en su defensa con suficiencia elementos de convicción al proceso que permitieran demostrar que su comportamiento fue razonable y aceptable, se configuró en su contra, como lo estableció el Juez de primer grado, la indemnización moratoria dispuesta por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Las costas en ambas instancias están a cargo de la demandada.

XII. 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 de fecha veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso promovido por ALEXANDER CASTRO BUITRAGO contra la NOBORS DRILLING INTERNACIONAL LTDA, en cuanto revocó los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia. NO LA CASA EN LO DEMÁS.

En sede de instancia, RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el numeral 2.º de la sentencia de primera instancia, disponiendo que el valor a pagar en cuanto a la indemnización por despido injusto, corresponde a la suma de \$791.761,00, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Confirmar el numeral 3.º de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva

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

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

FERNANDO CASTILLO CADENA

Aclara voto

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Salva voto

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Alexander Castro Buitrago

Demandado: Nobors Drilling Internacional Ltda.

Radicación: 86728

Magistrado ponente: Luis Benedicto Herrera Díaz

Con el acostumbrado respeto a nuestros compañeros de la Sala Laboral, disentimos de la postura adoptada, en la medida 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, el fallo sostiene que la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino la «limitación que estos le produzcan para desempeñar su labor», misma que, de acuerdo con la sentencia, solo es posible establecer a través de «una evaluación de carácter técnico, en la que se analice el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional», esto es, con el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional -Decreto 1507 de 2014-.

Asimismo, refiere que en caso de no contar con la respectiva calificación «técnica descriptiva» en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, dicha limitación «se puede inferir del estado de salud en que se encuentra el trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando aquel viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta concepto favorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo».

De esas afirmaciones es de las que precisamente diferimos, en tanto consideramos que la decisión fusiona indistintamente los conceptos del modelo médico rehabilitador y del modelo social –vigente a nivel universal-, y que contienen enormes diferencias como más adelante explicaremos.

En primer lugar, hay que recordar que la Convención acoge expresamente un modelo social de discapacidad, en virtud del cual esta es concebida 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, en el modelo médico-rehabilitador de discapacidad -hegemónico en gran parte del siglo XX-, 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, más no sociales o contextuales. Precisamente, el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001, así como el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, 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 rehabilitado.

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 funciones y las barreras que obstaculizan su integración (factores individuales y sociales).

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 cuándo 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, 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 un grados de PCL que con un concepto, ya que podrían ocurrir dos cosas: dejar por fuera de protección 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 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.

En segundo lugar, la ponencia resuelve acudir al Decreto 1507 de 2014 «Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional»; sin embargo, tal normativa no ayuda en nada al 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, como puede observarse:

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 puede definirse 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 berreras 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.

La discapacidad excede la seguridad social. Es un concepto universal y transversal. Actualmente, es certificada -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 OM

Además, al acudir como parámetro al Manual Único de Calificación es claro que se equipara invalidez con discapacidad que, se repite, son conceptos diseñados al interior del sistema de seguridad social y son útiles para el acceso a determinadas prestaciones sociales.

En efecto, la invalidez se alcanza cuando una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral. Da lugar a una pensión de invalidez de origen laboral o común según el origen de la contingencia. La invalidez se determina con base en el manual único de calificación de invalidez por las instituciones descritas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las juntas de calificación de invalidez.

Por su parte, la incapacidad hace referencia a la situación del trabajador que viene realizando una determinada tarea y le sobreviene, de forma involuntaria e imprevisible, una disminución o anulación de su capacidad laboral. Aquí, por cuenta de la enfermedad o accidente, el trabajador presenta una alteración de la salud que le impide trabajar. Su establecimiento permite el acceso a

los subsidios por incapacidad temporal o la indemnización por incapacidad permanente parcial a cargo del sistema de seguridad social, en cualquiera de sus subsistemas, según corresponda.

En cambio, la discapacidad la establecen 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 OM

Conforme a ello, un trabajador puede poseer una discapacidad y no tener una incapacidad ni invalidez; o puede tener una incapacidad o invalidez y no tener una discapacidad. De hecho, muchos trabajadores con discapacidad son plenamente capaces de laborar y, por tanto, no pueden ser considerados como incapacitados o inválidos; e incluso una persona declarada inválida puede no tener una discapacidad para una actividad laboral específica.

De modo, que la pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica no es suficiente para determinar una discapacidad -como se asegura en la ponencia de la que nos apartamos-, pues es indispensable, adicionalmente, poner esa limitación en contexto con las funciones y entornos laborales, solo el resultado de esta operación consistente en la imposibilidad o dificultad para que un trabajador desarrolle roles ocupacionales o participe en la vida laboral en igualdad con los demás, es una discapacidad.

Ahora, si bien en este particular caso, no procede el amparo de estabilidad laboral reforzada que se reclama, por cuanto la patología que le fue diagnosticada al trabajador «traumatismo del tendón del manguito rotador» no le impedía desarrollar sus roles ocupacionales y tampoco le representaba una desventaja en el medio en el que prestaba sus servicios que le impidieran su participación profesional en igualdad con los demás, pues a partir del mes de septiembre de 2013 la accionada lo reubicó en el cargo de celador a causa de la recomendación médico laboral que la ARL emitió, lo cierto es que nos apartamos **totalmente** de los fundamentos jurídicos que expone la mayoría para proferir su decisión.

Lo anterior, porque 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.

En los anteriores términos exponemos las razones de nuestro salvamento de voto.

Fecha ut supra.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

