



SALVAMENTO DE VOTO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2017 00195 01
DEMANDANTE: RGV
DEMANDADO: ACERÍAS PAZ DEL RÍO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de la decisión mayoritaria, pues conforme al ordenamiento jurídico y el material probatorio, en mi criterio si se dan los presupuestos para garantizar la protección a la estabilidad laboral reforzada del demandante, dado que las graves patologías padecidas le impiden interactuar normalmente frente al entorno laboral en que se desenvuelve. Incluso, está demostrado también la materialización de perjuicios que lo hacen viables.

1. Marco general de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es «*un concepto que evoluciona*», además, que es 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*». Asimismo, 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».

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

“Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente

elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

“En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código

Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018 y SL711-2021).

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador,

la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”.

toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95);[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues

como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

2. De la regulación internacional, constitucional, legal y reglas jurisprudenciales del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas portadoras de VIH

En el ámbito internacional el compromiso de protección especial a las personas con VIH/SIDA se encuentra previsto en diferentes instrumentos como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo

(1994); la Declaración Universal de Derechos Sexuales y Reproductivos (1997); los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000) sobre la necesidad de programas educativos para una sexualidad humana responsable y programas para contener la propagación de la enfermedad; la Declaración de Compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001); la Declaración Política sobre VIH/SIDA (2006) con la que se enfatizó en la necesidad de asegurar la plena realización de los derechos humanos como elemento fundamental de la respuesta mundial a la pandemia del VIH/SIDA; y el Plan Subregional Andino de VIH (2007-2010), entre otros.

A través de las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA proferidas por la ONU se implantan unas guías para orientar a los Estados con el fin de garantizar la protección de los derechos humanos. Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-277 de 2017 destaca la Quinta Directriz sobre la protección en el trabajo, la cual establece que: *“Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a las poblaciones clave de mayor riesgo, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en la formación y conciliación, y aportar medios administrativos y civiles pronto y eficaces”*.

Por su parte, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, toma en cuenta que el VIH y el sida tienen un grave impacto en la sociedad, las economías, en el mundo del trabajo tanto en el sector formal como en el informal, en los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo, en las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como en las empresas públicas y privadas, que socavan el logro del trabajo decente y el desarrollo sostenible. Además, que la estigmatización, la discriminación y la amenaza de perder el empleo que sufren las personas afectadas por el VIH o el sida constituyen obstáculos para que conozcan su propio estado serológico respecto del VIH, lo cual aumenta la vulnerabilidad de los trabajadores al VIH y socava su derecho a

prestaciones sociales emitió la Recomendación R200, 2010, que en el acápite de principios generales establece:

“(c) no debería haber ninguna discriminación o estigmatización contra los trabajadores, en particular contra las personas que buscan empleo y los solicitantes de empleo, por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH o por su pertenencia a regiones del mundo o a grupos de la población supuestamente expuestos a un mayor riesgo de infección por el VIH o más vulnerables a ella;”

(...)

(i) no se debería exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba de detección del VIH ni que revele su estado serológico respecto del VIH; (negritas fuera de texto original)

La misma Recomendación en el ítem de “DISCRIMINACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO” estableció que los Estados deberían considerar la posibilidad de ofrecer una protección igual a la que establece el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), con objeto de impedir toda discriminación basada en el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH. Por ello, insiste que tal condición de salud real o supuesto, no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades. Entendiéndose como “**discriminación**” toda “*distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o menoscabar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...*”.

En el ámbito nacional colombiano se advierte en primer término la Ley 972 de 2005, que declaró de interés y prioridad nacional la atención integral estatal a la lucha contra el VIH -Virus de Inmunodeficiencia Humana- y el SIDA -Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida-. Dicho precepto legal prevé en el artículo 2° que “*El contenido de la presente ley y de las disposiciones que las complementen o adicionen, se **interpretarán y ejecutarán** teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que **en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo**, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna y*

considerando en todo caso la relación médico-paciente” (Negrillas fuera de texto original).

Por su parte, el Decreto 1543 de 1997, compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 reglamentó *“el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).”* En el artículo 2° adoptó una serie de definiciones dentro de las que se encuentra la de discriminación como *“Amenaza o vulneración del derecho a la igualdad mediante actitudes o prácticas individuales o sociales, que afecten el respeto y la dignidad de la persona o grupo de personas y el desarrollo de sus actividades, por la sospecha o confirmación de estar infectadas por VIH.”*

También dispone la misma norma en el artículo 21, la prohibición para realizar pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como requisito obligatorio para el *“Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma”*. Igualmente, contempla el artículo 35 que *“Los servidores públicos y **trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes**”*. Y quienes *“**decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, éste deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral**”*.

Además, en el artículo 32 indica que las personas integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el virus, asintomática o sintomática, *“están en la obligación de guardar sigilo de la consulta, diagnóstico, evolución de la enfermedad y de toda la información que pertenezca a su intimidad.”* De allí que *“En ningún caso, el empleador podrá tener acceso a la historia clínica ocupacional”* (Resolución 2346 de 2007, modificada mediante Resolución 1918 de 2009 – Ministerio de la Protección Social).

De igual forma, frente a la patología y protección en estudio, encontramos el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional reglamentado mediante Decreto 1507 de 2014, advierte en el artículo 7.4.4. que: *“La infección con VIH crea un proceso patológico progresivo y finalmente fatal con un tratamiento complejo y grados predominantemente variables de la deficiencia funcional. Este virus destruye directamente los linfocitos CD4 T ocasionando una deficiencia de la respuesta inmunológica normal contra las infecciones y los procesos neoplásicos. El riesgo de desarrollar una infección oportunista es, en general, inversamente proporcional al recuento absoluto de CD4 T.”*

Conforme a lo establecido en el Manual es dable concluir que la infección con VIH crea un proceso patológico progresivo y finalmente fatal con un tratamiento complejo y grados predominantemente variables de la deficiencia funcional en donde cada sistema orgánico: hematopoyético, pulmonar, gastrointestinal, neurológico, dermatológico y renal puede estar comprometido.

Frente a la gravedad y letalidad de la infección VIH/SIDA, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2332-2021, luego de catalogarla como una enfermedad crónica, concluyó que es *“de larga duración, progresiva y lenta, de la cual aún no se conoce una solución definitiva pero que con el tratamiento indicado es dable mantener al paciente en estado funcional, de donde se desprende que mientras la enfermedad avanza de forma paulatina, es posible continuar desarrollando una actividad laboral que le permita al mismo tiempo realizar los aportes a la seguridad social”*.

La misma Corporación en la sentencia citada, al rememorar la SL 3275-2019, puntualizó que la patología padecida por el gestor del proceso es crónica en virtud del concepto expresado sobre este particular por la Organización Mundial de la Salud. Al respecto señaló:

“Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para

mantener a la persona en un **estado funcional**, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».

De acuerdo con dicha organización, las enfermedades crónicas incluyen un grupo de padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud¹. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.

Desde la perspectiva de los determinantes sociales, la presencia de condiciones crónicas se concibe como un proceso social que asume características distintas en los grupos humanos según la forma en que se concretan los modos de vida, las condiciones de clase social, las condiciones de trabajo y la manera como se expresan a través de las construcciones culturales y las prácticas sociales. Por ello, su evaluación no resulta sencilla, en la medida que amerita un tratamiento distinto por ser una patología de larga duración.

[...]

Ello significa que los padecimientos crónicos de larga duración son permanentes en el tiempo y se agravan de manera paulatina, lo cual, eventualmente, permite al paciente continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes.

Por su parte, la H. Corte Constitucional desde muy temprano advirtió el peligro que el VIH representaba para la salud pública, por tal motivo, en una afianzada línea jurisprudencial tiene adoctrinado que “*las personas portadoras de VIH/SIDA se encuentran en una situación de debilidad manifiesta que hace necesario brindarles una protección especial. En efecto, quienes padecen VIH son considerados sujetos de especial protección constitucional no solo por encontrarse expuestos a la discriminación social a raíz de los prejuicios existentes en relación con esta enfermedad, sino también debido al continuo deterioro de la salud, generando un impacto a nivel económico, social y laboral que exige al Estado y a la sociedad brindarles un trato materialmente igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.*”. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional tiene sentado que “(i) que el portador de VIH requiere una atención reforzada por parte del Estado, (ii) que no solo tiene los mismos

¹ Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.

*derechos de las demás personas, sino que las autoridades están en la obligación de ofrecerle una protección especial con el propósito de defender su dignidad y evitar que sean objeto de discriminación, y (iii) que su situación particular representa unas condiciones de debilidad manifiesta que lo **hacen merecedor de una protección constitucional reforzada**. Por lo anterior, [se] ha reconocido el especial tratamiento que se debe tener con estas personas, en ámbitos como **la salud, el trabajo y la seguridad social**.” (C-248 de 2019).*

En tal virtud, la alta Corporación constitucional en aplicación del derecho a la dignidad humana, la igualdad (art. 13), a la estabilidad en el empleo (art. 53) y el principio de solidaridad previsto en la Constitución Política, ha consolidado a lo largo de su jurisprudencia una serie de reglas orientadas a garantizar la protección de las trabajadoras y los trabajadores en las relaciones laborales, especialmente quienes padecen la infección VIH/SIDA.

Dentro de las reglas relevantes establecidas, en la sentencia T-267 2020 se sintetizan las siguientes:

1. La estabilidad laboral reforzada implica que ningún trabajador en estado de debilidad manifiesta –como en efecto lo son quienes adolecen de las citadas patologías– podrá ser desvinculado por su empleador sin contar con la autorización del Ministerio del Trabajo.

2. El derecho a la estabilidad laboral reforzada del trabajador con VIH se concreta a través de la reubicación por parte del empleador cuando las dolencias de aquel lo hagan necesario, de forma que se le brinde la oportunidad de continuar ejerciendo una actividad productiva mientras cumple unas funciones compatibles con su condición de salud.

3. El empleador, sea público o privado, no puede exigir pruebas de laboratorio sobre infección por VIH como condición de acceso o permanencia en un cargo, al paso que los trabajadores con este diagnóstico no están obligados a notificar a sus empleadores sobre el particular ni al inicio de la

relación laboral ni en el transcurso de la misma, o en caso de que lo revelen, ello no podrá ser causal de despido.

4. Cuando se trata de verificar si un trato hacia una persona con VIH ha sido discriminatorio se invierte la carga de la prueba, de tal manera que es la contraparte la que debe demostrar que su conducta no obedece a un ánimo adverso al principio de igualdad, lo que en el ámbito del derecho a la estabilidad laboral reforzada se traduce en una presunción de discriminación hacia el trabajador; entonces, debe ser el empleador el que acredite que la decisión de desvinculación se produjo en virtud de una razón objetiva.

5. Dado que es legítimo que el trabajador con VIH/SIDA decida reservar la información relativa a su afección de su empleador y, en general, de su entorno laboral para evitar posibles escenarios de rechazo y discriminación, este Tribunal ha considerado que aunque el desconocimiento por parte del patrono impide que se predique un nexo causal entre la patología y la ruptura de la relación laboral, ello no excluye la posibilidad de que se adopten medidas afirmativas de protección con fundamento en los principios constitucionales de solidaridad y dignidad humana, así como en virtud de los compromisos internacionales del Estado, pues *“a pesar de que no es posible conectar la condición del actor con su desvinculación, hay una desprotección de un sujeto de especial protección que se debe superar pues están en juego derechos fundamentales como la vida, la salud, el mínimo vital en dignidad, entre otros”*.

6. En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia ha estimado que cuando el trabajador se abstiene de comunicar acerca de su diagnóstico de VIH/SIDA, la falta de conocimiento del empleador no condiciona la procedencia de la tutela de los derechos fundamentales sino que sirve para determinar el alcance de las medidas a adoptar, de modo que el aspecto del conocimiento previo de la patología no interfiere con la protección constitucional, sino que ha de ser valorado como indicio de la relación causal entre el estado de salud y la desvinculación, y resulta relevante para que el juez establezca si impone, o no, la sanción de indemnización por despido discriminatorio prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

7. La estabilidad laboral reforzada de que son acreedores los portadores de VIH/SIDA no está supeditada a determinada fase de la enfermedad.

8. Las personas con VIH/SIDA son titulares de derechos humanos irrenunciables e inalienables y aunque la legislación laboral contempla la posibilidad del despido unilateral sin justa causa, *“no por ello puede concluirse que el pago de la correspondiente indemnización por el injusto despido sea suficiente carta blanca para lesionar derechos fundamentales del trabajador”*.

3. Alcance de la estabilidad laboral reforzada de trabajadores portadoras de VIH

De conformidad con el ordenamiento jurídico referenciado y las reglas jurisprudenciales descritas, en un primer plano se advierte que en el marco de las relaciones laborales los trabajadores portadores del virus VIH/SIDA gozan de una alta protección del derecho a la intimidad que les permite conservar su existencia con el mínimo de injerencia del empleador, con el fin de lograr el libre y armónico desarrollo de su personalidad. El cual comprende el respeto a la intimidad personal y familiar, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados en el sitio de trabajo, al permitírsele a la persona infectada controle la información sobre sí misma.

Bajo ese panorama y con el fin de materializar tales prerrogativas, la legislación nacional protege al trabajador al no obligarlo ***“a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)”*** y quienes ***“decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, éste deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral”*** (Art. 35 del Decreto 1543 de 1997, compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 y demás instrumentos enunciados). Esta garantía también deviene como un faro de protección a la discriminación a la que puede ser sometido la persona ante la divulgación de su enfermedad,

de allí que el guardar silencio sea una conducta igualmente resguardada por la Constitución Nacional, los Instrumentos internacionales, las normas legales y la jurisprudencia.

La anterior reflexión, nos permite concluir entonces que, a efectos de verificar la protección y alcance a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores con VIH, el ordenamiento jurídico distingue las personas que deciden voluntariamente comunicar su estado de infección al empleador y las que no. Esa diferenciación, es de gran relevancia en punto identificar si se debe exigir o no el nexo causal como requisito de procedencia para la garantía de la estabilidad laboral reforzada aquí discutida, pues no es posible poner en el mismo plano de igualdad al trabajador que resuelve comunicar al empresario su patología del que se abstiene de hacerlo.

En aquellos eventos en que el trabajador decide NO comunicar a su empleador la condición de salud, el requisito de nexo causal de procedencia de la garantía de estabilidad laboral reforzada se atenúa, dado que el empresario no tendría por qué conocer la patología del trabajador, pues, se insiste que la divulgación del diagnóstico es un real derecho de la persona asalariada y no un eximente de responsabilidad o patente para que el empleador desconozca la estabilidad laboral reforzada de aquellos trabajadores.

Una interpretación inversa conllevaría al extremo de señalar que los empleados que deciden no *“informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)”* no son sujetos de protección laboral reforzada ante la falta de conocimiento del empleador del estado de salud como determinante del nexo causal. Intelección que comportaría una revictimización, dado que además de soportar el estado de salud y el despido, se le obligaría en contra de su voluntad a revelar la enfermedad al empresario como requisito para acceder a la estabilidad en el empleo, lo que iría en contravía de los instrumentos jurídicos que obligan al Estado a fortalecer las medidas que combaten la discriminación de una población de mayor riesgo como son aquellos que viven con el VIH, así como velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad, el derecho a la

dignidad humana, la igualdad, a la estabilidad laboral y el principio de solidaridad previsto en la Constitución Política.

Aquí conviene precisar, que de conformidad con la Ley 972 de 2005 *“Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida”* se dispone de manera clara en el artículo 2 que ***“El contenido de la presente ley y de las disposiciones que las complementen o adicionen, se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna y considerando en todo caso la relación médico-paciente”***.

En conclusión, al amparo de una interpretación sistemática y armonizadora de derechos, si es procedente la estabilidad laboral reforzada en aquellos eventos en que el trabajador no comunica al empresario la infección de VIH/SIDA, como quiera que su desconocimiento genera marginación o segregación y vaciaría de contenido la protección otorgada por el constituyente y el legislador a esta categoría de empelados. Por tanto, la verificación acerca del conocimiento previo de la patología no ha de tener incidencia en la viabilidad de la protección constitucional, sino en el alcance de las medidas a adoptar, como lo sería la improcedencia de la indemnización de los 180 días prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

4. Del caso concreto

En el presente caso, las patologías de alcoholismo, el VIH y otras enfermedades, fueron determinantes en la terminación de la relación laboral, al punto que en la misma carta de despido le mencionan que la causa fue el haber llegado en estado de alicoramiento al sitio del trabajo y en ese escenario se dieron los descargos. Condición que por supuesto tenía conocimiento la demandada, incluso porque en tiempos anteriores ya le

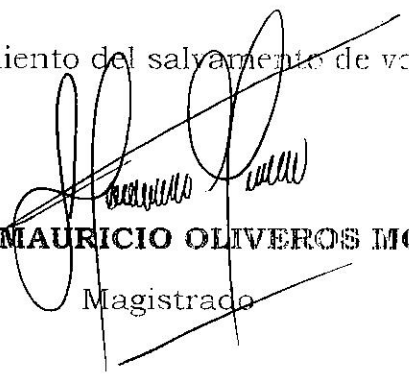
había concedido permisos o licencias para lograr la recuperación, sin que por lo visto fuera efectivo. También tenía recomendaciones laborales y ordenes de reubicación.

Creo que la justicia social aludida en la decisión al momento de invocar el artículo 1º del CST, se materializa cuando el intérprete judicial ve al trabajador realmente como un ser humano, desprendiéndolo de ser un instrumento más dentro de la cadena de valor económico. Creo que el ordenamiento jurídico propende por una protección efectiva del trabajador y la ayuda que el empleador brinde en la recuperación no deviene de una simple caridad, sino que constituye un real derecho.

Por tanto, el accionante es merecedor de una protección especial en que su diagnóstico lo ubica, pues la demandada conociera o no sobre la patología del VIH a la terminación del contrato no impide la procedencia de la protección constitucional y legal a la estabilidad laboral reforzada.

En consecuencia, como la demandada dio por terminado el contrato por el estado de salud del actor y no contó con la autorización del Ministerio del Trabajo, es procedente el reintegro solicitado tal como se concluyó en primera instancia. Incluso, en mi criterio al estar probado la vulneración de la estabilidad laboral del demandante sino también su dignidad, al deteriorarse su salud después del despido es necesario tomar medidas de reparación integral.

Hasta acá el planteamiento del salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Jairo Montenegro Ruiz

Demandado: Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A.S.

Radicado: 110013105 039 2016 00638 01.

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, la “*bono de mera liberalidad*” “*auxilio de alimentación*” “*auxilio de educación y/o salud*” otorgados al demandante por el desempeño del cargo de Operador, si constituye factor salarial, como pasa a explicarse.

En efecto, de conformidad con el artículo 127 del CST, es salario «*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte*», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CN), carácter salarial.

Por tal motivo, no se comparte el argumento esbozado por la mayoría de los integrantes de la Sala de decisión, según el cual, pese a que no se aportó pacto de exclusión salarial, existe ausencia de relación entre el monto de los bonos y auxilios extralegales y la cantidad de trabajo del demandante lo que coincide con el dicho del representante legal de la demandada quien al absolver interrogatorio departe manifestó que los beneficios estaban condicionados a los resultados globales de la empresa ante Transmilenio en cuestiones como el cumplimiento de rutas, aseo y mantenimiento de vehículos entre otros siendo que el cumplimiento de estas metas conllevaba un mayor pago al empleador, lo cual permitía redirigir los recursos, para financiar beneficios reconocidos a los trabajadores. Pues tal conclusión no es suficiente para restarle el carácter salarial a una remuneración que si lo exhibe. Pues, ello va en contravía de los principios que inspiran el derecho del trabajo, especialmente la irrenunciabilidad de los derechos previstos en los artículos 13 y 14 del CST, en armonía con el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Conviene precisar que son justamente los principios que conforman el derecho laboral, los que impiden la aplicación automática de la libertad contractual como único modo de solución de las controversias sometidas a esta especialidad. Considero que no es válido para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en radicado 39475, 13 jun. 2012 reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que: *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia rad. 35771 del 1 feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Al amparo de lo expuesto, no queda duda en este caso que el “bono de mera liberalidad” “auxilio de alimentación” “auxilio de educación y/o salud” estipulados en mutuo acuerdo suscrito el 1° de febrero de 2011 (f. 206) tienen carácter retributivo del servicio prestado por el trabajador como operador de autobús, pues nótese como el empleador condicionó su causación al “cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas” como puede leerse en el parágrafo 2 de la cláusula séptima del contrato de trabajo. Aunado a lo anterior, y si quedaran dudas sobre la forma de causar los conceptos reclamados el interrogatorio de parte del representante legal y el testimonio de Irma Vargas Rubio no arrojaron elementos de convicción que permitan determinar cómo se ocasionaban y cuantificaban los conceptos, por el contrario manifestaron que se daban por el cumplimiento de indicadores de

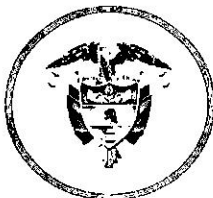
metas, la regularidad del servicio, kilometraje recorrido, la puntualidad, satisfacción del usuario del servicio de transporte entre otros aspectos propios de una prestación del servicio para el que fue contrato el demandante. Igualmente, se corrobora con los documentos y demás medios de prueba arrojados al expediente, que dichos pagos fueron percibidos por el promotor del juicio de manera permanente mientras ejecutó la labor de operador de autobús.

En consecuencia, era procedente tal como lo efectuó el juez de primera instancia, condenar a la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, pago de la sanción por no consignación de las cesantías completas a un fondo (art. 99 de la ley 50 de 1990) e intereses moratorios previstos en el art. 65 del CST, dado la mala fe con la que actuó la demandada al querer desnaturalizar un pago que a simple vista tiene el carácter salarial. Lo anterior, por supuesto con aplicación del fenómeno prescriptivo como lo efectuó el *a quo*, al estar debidamente propuesta dentro de la contestación de la demanda.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2017 00557 01
DEMANDANTE: JHONY ALEXANDER ESPITIA SANABRIA
DEMANDADO: COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA.

Con el acostumbrado respeto disiento de la decisión adoptada por la mayoría, especialmente en lo referente a la absolución de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

Al respecto, dispone el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo que “Si **a la terminación del contrato**, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (negrilla y subrayas fuera del texto original)

Del anterior precepto legal, es dable concluir que la indemnización sólo procede ante la conducta omisiva del empleador de cancelar al trabajador a la finalización del contrato los salarios y las prestaciones sociales. Además, conforme a la jurisprudencia la misma no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En este asunto, quedó demostrado que, la demandada pretendió desnaturalizar la naturaleza salarial de pagos que retribuyeron la prestación personal del servicio del demandante, lo que evidencia la mala fe.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

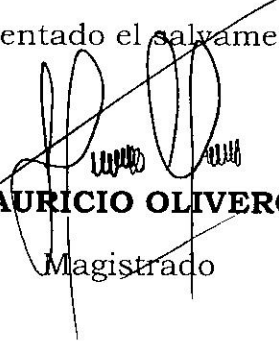
SALVAMENTO DE VOTO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2017 00729 01
DEMANDANTE: MARÍA ELVIRA BUITRAGO APONTE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que bajo un análisis conjunto del material probatorio arrimado, si se materializa la existencia de un contrato de trabajo entre la accionante y El Carmel Club Campestre desde el 5 de mayo de 1986 hasta el 31 de marzo de 1999. En consecuencia, es procedente ordenar el pago del cálculo actuarial dispuesto por la primera instancia.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado