Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00040-01
Demandante: María Liliana Viña Labrador
Demandado: Compañía Energética de Occidente CEO SAS ESP
Motivo de pronunciamiento: Apelación Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación instaurado por el apoderado judicial de la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán ©, el 29 de enero de 2020, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL,** adelantado por **MARÍA LILIANA VIÑA LABRADOR** contra la **COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE CEO SAS ESP**. Asunto radicado bajo la partida No. **19001-31-05-002-2019-00040-01**.

Previa deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA (con incapacidad),** se dicta por parte de la Sala, la providencia cuyo texto se inserta a continuación:

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda, cuya corrección obra a folios 169 a 192 del cuaderno principal, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **a)** se declare que durante el tiempo que se desarrolló la relación laboral con CEO la demandante desarrolló la enfermedad profesional denominada *"tendinitis de Quervain";* **b)** declarar que la CEO, el 18 de octubre de 2018, incurrió en

despido el ilegal e injusto respecto de la demandante; **c)** se condene a la CEO a reconocer y pagar a la demandante, las siguientes acreencias: salarios dejados a raíz del despido ilegal, al no contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, dado la garantía de estabilidad laboral reforzada que le asistía para el 18 de octubre de 2018; cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y de navidad, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales; la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST o en su defecto, la indexación de las sumas que lleguen a ser reconocidas; los demás derechos que lleguen a quedar acreditado; la indemnización por la enfermedad profesional adquirida por la trabajadora en vigencia del contrato de trabajo y por las costas del proceso.

1.2. Contestaciones a la demanda.

1.2.1. La **COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. ESP,** en adelante **CEO,** dio respuesta a la demanda mediante el memorial visible a folios 200 a 218 del cuaderno principal, aceptando algunos hechos y manifestando no constarle otros, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y formuló las excepciones de fondo de: *"improcedencia de fuero de estabilidad reforzada de la demandante derivado de la Ley 361 de 1997", "inexistencia de las obligaciones que se pretenden / cobro de lo no debido por carencia absoluta del derecho", "ausencia de buena fe de la demandante al reclamar un derecho del cual no es beneficiaria", "audiencia de condena solicitada en la demanda con relación a la demandada y buena fe de la misma", "compensación o pago", "prescripción de la acción o de los derechos sin que implique reconocimiento del derecho"* y la *"genérica o innominada".*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Una vez surtidas las audiencias de trámite de rigor, correspondientes a la primera instancia, la Juez de conocimiento, en audiencia pública llevada a cabo el 29 de enero de 2019, procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **a)** declarar que entre la demandante y la CEO, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo, dentro del periodo comprendido

entre el 1° de abril de 2014 y el 18 de octubre de 2018, que fue terminado sin mediar una justa causa por parte del empleador; **b)** negar las pretensiones de la demanda; y, **c)** condenar en costas a la parte demandante.

Como fundamento de la decisión, el *A quo* inició señalando que si bien no fue objeto de controversia el hecho de que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2014 y el 18 de octubre de 2018, siendo terminado el citado vínculo por decisión unilateral de la empresa empleadora, sin que mediara una justa causa, no era procedente declarar la ineficacia de dicha decisión y ordenar el reintegro de la trabajadora, al no hallarse configurados los supuestos consagrados en la Ley 361 de 1997, esto es, que a la fecha del finiquito, la señora María Liliana Viña Labrador fuera un sujeto de protección especial, pues no quedó acreditada la condición de discapacidad que exige la citada norma o una condición de incapacidad que le impidiera el desempeño de la labor asignada, con ocasión del diagnóstico que inicialmente le fue dado como una *"tendinitis de Quervain, una tendinitis del extensor de la muñeca y una tendinitis radiocarpiano",* que posteriormente derivó en un túnel carpiano, máxime, cuando no quedó acreditado que el empleador hubiere sido enterado o informado de los diagnósticos dados a la trabajadora.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primer grado, el apoderado judicial de la parte demandante formuló recurso de apelación, indicando que de la revisión efectuada al examen periódico practicado a la demandante en el año 2017, era dable verificar como para aquél año, su estado de salud presentaba completa normalidad, sin embargo, para junio de 2018, ya presentaba una *"escoliosis"* y para octubre del mismo año, las patologías que da cuenta el historial clínico, tales como: *"tendinitis de Quervain, síndrome del túnel del carpo, tendinosis de los rotadores izquierdo sinovitis y tenosinivitis no especificada"*, que aduce, fueron adquiridas en el ejercicio de cargo de *"coordinadora de sostenibilidad",* y por tanto, le dan la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Señaló que el apoderado de la CEO, frente a las valoraciones médicas que fueron realizadas por personal de Allianz, a raíz de la cobertura ofrecida por la póliza colectiva adquirida por la Compañía respecto de sus trabajadores, simplemente se limitó a señalar que se trata de personal que no hace parte de CEO y que por ello no conoció del estado de salud de la demandante, pero no acreditó porqué aquellos utilizaron membretes y correos institucionales de la Compañía.

Indicó que la prueba testimonial recepcionada, dio cuenta que la demandante informó de manera verbal a su jefe inmediato, la señora Marisol Orozco y a la coordinadora de HSE, Ángela Medina Triana, sobre su condición de salud con antelación al despido sin justa causa; situación que quedó también evidenciada en los careos y testimonios rendidos, al señalar que la coordinadora de HSE para octubre de 2018, le informó a la demandante, que no podía para efectos de la calificación interna de la ARL o procedimiento interno de la CEO, utilizar los diagnósticos o historias clínicas de las Eps prepagada que tenían a través de Allianz, como quiera que los galenos de aquella no hacían parte directa de la Compañía, y por ende, debía iniciar todo el proceso, con los médicos de la EPS en la que efectuaba cotizaciones o esperar el resultado de fisiatría para poder hacer el reporte como tal. Acto que indicó el apoderado recurrente, siguiendo las instrucciones dadas por la CEO y la Coordinadora HSE, la demandante inició pero no pudo terminar, dado que con antelación a la fecha asignada para la cita con fisiatría (30 de octubre de 2018), fue despedida sin justa causa.

Igualmente, refirió que el examen de retiro practicado a la demandante por parte del médico ocupacional de la Caja de Compensación Familiar del Cauca, da cuenta que ella presenta unas patologías que eventualmente eran comunes y por eso la remiten para que inicie las valoraciones respectivas; siendo esta una información que se corrobora con la historia clínica de la paciente, en la que se describen las patologías que afectan su salud y que por lo tanto, eran de conocimiento del médico ocupacional y de la compañía demandada, porque si le fueron informadas.

Adujo que lo anterior también se confirma con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en el que se hizo contar que la demandante presentaba las patologías señaladas en la demanda, asignándoles como fecha de estructuración, el 22 de octubre de 2018, es decir, la fecha en que CEO le hizo el examen de retiro y calificándola con una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 32.80%, pero refiriendo que se trataba de una calificación provisional de origen común, al no contar con la calificación del puesto de trabajo. Refirió que esta última calificación no se pudo llevar a cabo a raíz del despido de la trabajadora.

Manifestó que al encontrarse la trabajadora en proceso médico, tal y como lo sugirió la Coordinadora de la empresa demandada, y dado que las valoraciones practicadas por los médicos de Allianz no le servían, ella no contó con incapacidades ni con una calificación como tal para la fecha del despido sin justa causa, por lo tanto, las enfermedades denominadas: *"tendinitis de Quervain, Síndrome del Tunel del Carpo, tendinosis del manguito de los rotadores izquierdo y sinovitis y tenosinovitis no especificada"*, que adquirió en ejercicio del cargo de coordinadora de sostenibilidad, no fueron estructuradas el 22 de octubre de 2018, pues ante la falta de la calificación del puesto de trabajo, tal y como lo señaló la JRCI, era difícil estructurar dichas patologías en fechas anteriores, debiéndose entender que las mismas no se originaron de un momento a otro, sino que se desarrollaron con el tiempo, por lo que si se evidenciaron el 22 de octubre, fue porque ya existían en la corporalidad de la trabajadora desde antes, pues la literatura médica refiere que son enfermedades que se desarrollan con el tiempo.

Por otra parte, el recurrente señaló que es importante tener en cuenta que la demandante inició su proceso médico, desconociendo que iba a ser despedida, siendo por ello ilógico que por meros formalismos de la compañía, se desconozca su estado de salud, máxime, cuando fue por sugerencia verbal del mismo empleador, cuando la trabajadora ya tenía el respectivo diagnóstico por los médicos de Allianz, que se dio inicio al trámite correspondiente, en vista de que la CEO no aceptaba el mismo.

Apoyado en la definición existente sobre la estabilidad ocupacional reforzada, de la cual adujo es beneficiaria la demandante, pues por parte de la JRCI se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 32.80%, solicitó la protección del referido derecho, indicando además, que en el presente asunto se debió contar con la autorización del Ministerio del Trabajo, como quiera que a la demandante se le desarrolló una enfermedad profesional cuando ejerció el cargo de Coordinadora de Desarrollo y Sostenibilidad, y por eso es un sujeto de especial protección constitucional, acreditó que informó verbalmente de su condición de salud a la entidad empleadora y que no existe una razón suficiente para su desvinculación, quedando así de manifiesto la discriminación de que fue objeto por su condición de salud.

Finalmente, solicitó se analice la violación de los principio de igualdad y estabilidad ocupacional reforzada, a la luz de señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049/2017.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada.

Dentro del término concedido, solamente el apoderado de parte demandante presentó alegatos de conclusión, indicando que los cuatro supuestos en los que el juez de primera instancia afincó la decisión de negar las pretensiones de la demanda, si fueron acreditados en el proceso.

Al respecto, en cuanto al hecho de que la trabajadora realmente se encontrara en condiciones de salud que le impidieran o dificultaran significativamente el desempeño de la labor para la que fue contratada,

refirió que los exámenes periódicos practicados a la demandante, permiten advertir que ella para la fecha de su ingreso a la Compañía en el año 2014 y hasta el año 2017, se encontraba en buenas condiciones de salud, no sucediendo lo mismo para el año 2018, en el que el examen practicado en el mes de junio, indica que presentaba una escoliosis que requirió de tratamiento y la valoración llevada a cabo el 3 de octubre, que debió iniciar un proceso médico a partir de esa fecha, tratándose de eventos que fueron informados al señor Francisco Escobar y a la su jefe inmediato, la señora Marisol Orozco, e incluso, motivaron a la Compañía a buscar un pasante que apoyara en el proceso de sostenibilidad. De la misma manera, indicó que en el proceso obra el dictamen emitido por la JRCI del Valle del Cauca, que asigna una PCL de 32,82%, y un origen provisional, como enfermedad común.

En cuanto al conocimiento de la entidad empleadora respecto de la condición de debilidad manifiesta de la trabajadora, señaló que el mismo se dio a raíz del proceso que debió iniciar a través de la médico empresarial y de las citas médicas que debió solicitar a través de Gestión Humana a cargo de Soramy Mosquera, así como también se patentiza, con el dicho de la testigo Paola Díaz, que dio cuenta que en la CEO existe un Sistema de Gestión Integral que era necesario agotar de manera previa a la desvinculación, en el que se encuentra el área HSE, sin embargo, no se la tuvo en cuenta, ni tampoco en el proceso se escuchó la declaración de la señora Ángela Marcela Medina, que fue la persona que precisamente orientó a la demandante respecto del conducto a seguir con la enfermedad a nivel corporativo y de la EPS, después de recibir diagnóstico de tendinitis de Quervain y con antelación al despido.

Sobre la inexistencia de una justificación para el despido, manifestó que este se presentó nueve días después de recibir el diagnóstico por parte de la EPS, desconociendo que ese mismo día la empresa se enteró, a través de la cita con la médico empresarial y el informe verbal que la trabajadora le hizo a Marisol Orozco, como jefe inmediata y a la señora Ángela Marcela Medina.

Finalmente, señaló que la Compañía demandada no tuvo en cuenta el concepto emitido por el Ministerio del Trabajo con posterioridad del despido, que sugirió que la trabajadora estaba amparada por la garantía de estabilidad ocupacional reforzada.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: Es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandante, contra la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible del recurso de apelación, en virtud de lo normado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007.

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito la alzada.

5.2. PRINCIPIO DE CONSONANCIA: Para resolver la apelación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T.– adicionado por el art. 35 Ley 712 de 2001-, en virtud del cual, *"La sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* por lo que esta Sala centrará su atención en resolver los puntos relativos al recurso, que realmente constituyen un ataque puntual a la decisión de primera instancia; recurso que hace énfasis en lo anteriormente sintetizado.

5.3. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del recurso de apelación formulado por la parte demandante, la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos:

5.3.1. Conforme a las situaciones orden fáctico que rodean el presente asunto y las pruebas existentes al interior del proceso, ¿está acreditado que la demandante era titular de la garantía de estabilidad ocupacional reforzada por salud para la fecha de su despido, y por ende, beneficiaria de las prerrogativas consagradas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997?.

5.4. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a **CONFIRMAR** la sentencia de primer grado. Lo anterior, como quiera que contrario a lo afirmado por el recurrente, no está acreditado que la demandante para el 18 de octubre de 2018, fecha en la cual se dio por terminado su contrato de trabajo, se encontrara en situación de discapacidad, en los términos del artículo 7º del Decreto 2473 de 2001 en concordancia con lo estipulado en el artículo 5º de la Ley 361 de 1997, o en su defecto, que atravesara por una situación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, y de la misma manera, que los problemas de salud en los que fundamenta la garantía de estabilidad ocupacional reforzada, fueran de conocimiento de la entidad empleadora, en tiempo previo al despido.

El fundamento de la tesis es el siguiente:

A efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado por la Sala, es dable memorar que en virtud de lo consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en ningún caso la condición de discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que la misma sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. E igualmente, que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato de trabajo terminado por dicha causa, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

De la misma manera, la citada norma también precisa que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su condición de

discapacidad sin el cumplimiento del citado requisito, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo.

Esta disposición fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-531 de 5 de mayo de 2000, consideró declarar la exequibilidad condicionada de su inciso 2º, bajo el supuesto de que en los términos de esa providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como de la especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, **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.

Bajo la nueva interpretación dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 por parte de la CSJ SCL en sentencia SL1360-2018, la citada norma no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que sanciona, es que tal acto haya estado precedido de un criterio discriminatorio, por lo que, la invocación y acreditación de una justa causa legal tendrá como consecuencia, el dejar sin piso la presunción discriminatoria.

Al respecto, la alta corporación precisó que la *"decisión de dar por terminado el contrato de trabajo 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"* pues *"de no hacerlo, el despido se reputará como ineficaz (C-531-2000), y en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrados en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ".*[1]

---

[1] Con la nueva posición asumida en la sentencia SL1360 de 2018, la CSJ SCL abandona su criterio sentado en la sentencia SL 36115 de 16 de marzo de 2010, reiterada en SL 35794 de 10 de agosto de 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se

Ahora bien, para efectos de determinar en los términos de la Ley 361 de 1997, qué personas pueden ser consideradas en situación de discapacidad y por ende acreedores de los beneficios allí contemplados, basta con remitirse a sus artículos 1º y 5º de la misma obra, que contemplan como tales, a las personas que padecen un grado de discapacidad **moderada**, **severa** y **profunda.**

A su vez, debe decirse que el artículo 7º del Decreto 2473 de 2001, contempla para los efectos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, la clasificación de las limitaciones según el grado de severidad 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%.

Luego entonces, a partir de los anteriores preceptos normativos, en principio, sería dable concluir que para los efectos de la aplicación del ya referido artículo 26, sólo podrían ser considerados como trabajadores en situación de discapacidad, y por ende beneficiarios de las prerrogativas allí contempladas, aquellos trabajadores que llegaren a tener una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, y así lo ha entendido también la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien a lo largo de jurisprudencia ha sido reiterativa en afirmar que ***"…la precitada ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículo 1º y 5º; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo".***

Se trata este de un criterio de la SCL de la H. CSJ que se ha venido manteniendo de manera pacífica y sin mayor cambio, desde la sentencia 32532 de 15 de julio de 2008, reiterada en sentencias de 25 de marzo de 2009 de radicación 35606, 24 de marzo de 2010 radicados 36115 y 37265,

---

presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada».

28 de agosto de 2012 - radicado 39207, SL14134 de 14 de octubre de 2015 radicado 53083, SL 10538 de 29 de junio de 2016 radicado 42451 y SL 5163 de 2017, entre otras.

Se señala que sin mayor cambio, porque en el periodo transcurrido entre el año 2010 y 2012, se alcanzó a sostener que las prerrogativas del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sólo cobijaban a las personas que tenían un pérdida de capacidad laboral superior al 25%, es decir, a una limitación severa o superior, tal y como es el caso de la sentencia 38992 de 3 de noviembre de 2010.

Ahora, sobre el conocimiento que debe tener el empleador de la condición de discapacidad del trabajador, la citada corporación ha venido precisando que al ser el supuesto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que la limitación física haya sido la causa del despido, es menester que ésta hubiere sido conocida por el empleador con antelación a la terminación del vínculo laboral, porque de no serlo, estaría facultado para darlo por terminado con justa causa sin necesidad de acudir a la autorización del Ministerio del Trabajo; siendo necesario en todo caso, que quien alegue la discriminación, además de acreditar el acto discriminatorio, acredite la condición de limitado físico al momento del despido.

En este punto, es importante precisar que para la Corte, no es necesario que el trabajador haya sido previamente reconocido como una persona en situación de discapacidad, bien sea en los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, a través de un carné, o con la respectiva calificación por parte de una junta, sino que acredite que padece de una situación de discapacidad en un grado significativo y que la misma ha sido conocida por el empleador. Al respecto, pueden ser revisadas, entre otras, las sentencias CSJ SL 18 sep. 2012, rad. 41845, CSJ SL 28 agosto de 2012, rad.39207 y SL-10538-2016.

Por lo tanto, es dable considerar que para dicha corporación, al momento del despido, no necesariamente se requiere prueba directa o formal que dé cuenta del conocimiento del empleador sobre la situación de discapacidad del trabajador, sino que también tiene efectos para tal

propósito, la que pueda conllevar a inferir el mismo, como es el caso de que el empleador conozca de las limitaciones físicas de su trabajador como consecuencia del accidente o enfermedad, porque éstas son notorias, por haber recibido recomendaciones médicas, o porque éste se encuentre sometido a un proceso de rehabilitación o calificación.

Así las cosas, para la citada corporación los requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 del Decreto 361 de 1997, son: "***1.*** *que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%;* ***2.*** *que el empleador conozca de dicho estado de salud; y,* ***3****. que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social[2]"*.

Ahora bien, en contraposición parcial respecto de esta postura, se advierte la sostenida por la Corte Constitucional, quien afirma que en virtud del principio de estabilidad ocupacional reforzada, las prerrogativas consagradas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no sólo cobijan a los trabajadores que han sido calificados en situación de discapacidad, sino también *"a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud* ***les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares****, sin necesidad que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez",* a quienes ha considerado como personas en **"situación de debilidad manifiesta"** por razón a su estado de salud; definición que incluye entre otros, a los trabajadores que han sufrido de una disminución de la capacidad laboral en el desarrollo del contrato, bien sea por accidente de trabajo o enfermedad laboral, sin que sea necesaria la existencia de calificación previa de la discapacidad, sino del conocimiento que de las afecciones de salud del trabajador haya tenido el empleador, siendo por ello necesario en estos casos, que previo al despido se obtenga por parte del empleador o contratante, la respectiva autorización del Ministerio del Trabajo, so pena de que opere la presunción de que la discapacidad fue la razón de la

[2] CSJ- SL sentencia de 25 de marzo de 2009, reiterada en sentencias de 16 de marzo de 2010, radicado 35115 y de 18 de septiembre de 2012, radicado 41845.

terminación del vínculo laboral. *(A manera de ejemplo, se pueden revisar entre otras, las sentencias T- 198 de 2006, T- 936 de 2009, T- 003 de 2010, T-039 de 2010, T-116 de 2013 y T 344 de 2016, T-200 de 2019).*

Se trata esta de una posición que fue reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 049 de 2017, en la que para efectos de unificar la jurisprudencia, dicho órgano precisó 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, sino que tiene fundamento constitucional, y por ello es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les ***"impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares"*,** habida cuenta que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta, y por ende la persona puede verse discriminada por ese hecho[3].

Ahora bien, respecto de estas interpretaciones jurisprudenciales efectuadas por los órganos de cierre, de entrada, debe decirse que esta corporación hasta el momento, en otros asuntos de igual naturaleza, ha sido del criterio de adoptar las directrices fijadas por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, al considerar que las mismas ofrecen mejores razones para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores que por condiciones de salud, ven aminoradas su capacidades laborales, máxime, cuando ellas son producto de un accidente o enfermedad causada en vigencia y con ocasión de la actividad contratada y el empleador era conocedor de las mismas, pues debe entenderse que si la finalidad de la Ley 361 de 1997 es la de proteger al trabajador en situación de discapacidad, entendido tal concepto en sentido amplio, dicha protección debe ser real frente a todos los trabajadores que presentan una limitación, a fin de que puedan reintegrarse o permanecer en el campo laboral, siendo precisamente esa una interpretación que en virtud de lo reglado en el

[3] *"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****".* (Negrilla fuera de texto)

artículo 21 del CST, resulta más favorable para el trabajador, y por ello, de aplicación preferente ante otra clase de interpretaciones que pudieran resultar más restrictivas.

Por lo tanto, la citada Corporación ha indicado que el trabajador tiene el deber de informar o comunicar al empleador sobre su situación de salud, pues de no hacerlo, no sería dable que entrara a operar la presunción de discriminación que en virtud de lo consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, recae en el empleador.

Al respecto, en sentencia T-118 de 2019, la Corte Constitucional reitera lo que ya venía diciendo en providencias T-589 de 2017 y T-029 de 2016, de la siguiente manera:

> "*Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad. De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas"* (Hasta aquí la cita textual)

Ahora, como quiera que en el aparte de la cita jurisprudencial que se acaba de transcribir, se hace referencia a que el empleador puede obtener el conocimiento sobre los problemas de salud del trabajador a partir de la historia clínica, es importante precisar es para aquellos eventos en donde es el mismo trabajador el que le permite al empleador tener acceso a la historia clínica, pues no debe olvidarse que es este un documento que a partir del mandato contenido en el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, goza de reserva legal, igual reserva que se predica de las historias clínicas

ocupaciones, en tanto así se dejó consagrado en el artículo 16 de la Resolución N° 2346 de 2007, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social, al señalar que tanto la citada historia y en general, los documentos, exámenes o valoraciones clínicas o paraclínicas que allí reposen, son estrictamente confidenciales y hacen parte de la reserva profesional, por lo que no pueden comunicarse o darse a conocer, salvo, unas situaciones específicas allí enlistadas, en las que no obra la iniciativa del empleador.

Por el contrario, el parágrafo del citado artículo 16, expresamente contempla que "*en ningún caso, el empleador podrá tener acceso a la historia clínica ocupacional"*, de ahí que quede despejada cualquier duda, sobre la inferencia del conocimiento del empleador sobre los eventos de salud de sus trabajadores, por el solo hecho de que asuma la realización o práctica de las evaluaciones médico ocupacionales, cuya custodia es importante resaltar, se encuentra a cargo del prestador de servicios de salud que generó la historia en el curso de la atención y/o los médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional que formen parte de los servicios médicos de la empresa (Resolución N° 1918 de 2009).

Así las cosas, retomando lo dicho por la Corte Constitucional, las reglas que permiten reconocer la garantía de estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud, se concentran en tres aspectos, el primero, que el peticionario pueda considerarse como una persona en situación de discapacidad o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores. El segundo, que el empleador tenga conocimiento de tal situación, y el tercero, que se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor[4].

Descendiendo al caso sometido a estudio, se tienen como hechos probados para la actuación judicial, entre otros, el que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido dentro del periodo comprendido entre el 1° de abril de 2014 y el 18 de octubre de 2018 y que el mismo fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la

[4] Sentencia T- 111 de 2012 (María Victoria Calle Correa), reiterada en sentencia T -877 de 2014, T -077 de 2014 T- 064 de 2017, T-317 de 2017, SU-040 de 2018, entre otras.

Compañía empleadora, quien reconoció a la trabajadora una indemnización, pues de tales eventos no solo dan cuenta las pruebas documentales obrantes a folios 19 a 21, 25 y 28 del expediente, sino que también son aspectos sobre los cuales las partes no efectuaron ningún tipo de reparo y por lo tanto, se tienen como hechos ciertos.

A folios 35 a 39, obra copia de la historia clínica emitida por la Eps Sanitas Internacional, que da cuenta de la valoración médica de que fue objeto la señora María Liliana Viña Labrador el día 9 de octubre de 2018. Dicha documental permite constatar que la demandante consultó por un cuadro clínico de dos años de evolución, que inicialmente se relacionó con dolor de hombro y cuello, pero desde cuatro meses antes de la consulta, pasó a afectar *"mano, muñeca brazo, antebrazo, hombro y cuello del lado izquierdo"*, que "*incapacita para la movilización"*, y que a pesar de que en esa consulta la médico tratante tuvo acceso a una ecografía que reportaba *"retináculo extensor de la muñeca engrosado sugiere proceso inflamatorio crónico, ligamento radiocarpiano engrosado con calcificaciones, tendinitis de Quervain",* el diagnóstico principal que fue asignado, correspondió a una *"cervicalgía"* y como diagnóstico asociado *"bursitis de hombro"*, clasificándolas como enfermedades de tipo general.

De la misma manera, la citada documental permite avizorar que las únicas recomendaciones dadas por la médica tratante, consistieron en valoración por la especialidad de fisiatría, el consumo del medicamento denominado metocarbamol, la implementación de una dieta rica en verduras, frutas y otros alimentos específicamente determinados, la práctica del autocuidado, la implementación de actividad física deportiva por lo menos durante 40 minutos diarios y evitar la actividad física extenuante. En este punto, es importante resaltar que ninguna de las recomendaciones dadas, se relacionó con la actividad laboral de la paciente, o tuvo como destinatario a su empleador. Así mismo, no generó incapacidad alguna.

A folios 42 y 46 a 51 del expediente, obra copia de la historia clínica que se fue formando a raíz de las diferentes atenciones médicas que durante varias fechas de los años 2015, 2016, 2017 y 2018, recibió la demandante por parte de la médica de Allianz. Las atenciones referidas en

dicha documental, obedecieron a diferentes causas, entre las que se encuentran: dolor lumbar, tos persistente, tendinitis manguito rotador, malestar general, artralgia[5] a nivel del tobillo, prurito ocular bilateral, cistitis, epigastralgia, dolor neuropático localizado, dolor marcado a nivel de miembros inferiores con aumento de volumen de vasos sanguíneos, dolor pélvico, dolor subescapular bilateral, tendinitis de Quervain, tendinitis externa de la muñeca y tendinitis radiocarpiana .

De estas valoraciones, vale la pena resaltar que ninguna reporta algún tipo de recomendación para la empresa empleadora, y que las únicas que generaron incapacidad para laborar, corresponden a las llevadas a cabo el 18 de agosto de 2016, el 19 de enero de 2017 y el 16 de agosto de 2018, que tuvieron como causa, malestar general y fiebre.

A folios 52, obra copia de valoración practicada a la demandante el 7 de junio de 2018, por la especialidad de fisioterapia, en formato que lleva el logo de la Caja de Compensación Familiar del Cauca, en la misma, si bien se deja constancia que la evaluada presenta escoliosis dorsal izquierda, también se señala que presenta *"buenas condiciones físicas sin signos de lesión articular. Buena fuerza general. Buena flexibilidad"*, sugiriendo para la escoliosis, la práctica de 8 terapias, el manejo de espalda, educación y fortalecimiento del tronco escapular, fortalecimiento general e higiene postural. En esta valoración, tampoco se reporta alguna indicación precisa respecto de la ocupación de la demandante ni dirigida a su empleador.

A folio 56, obra copia del examen médico ocupacional periódico llevado a cabo el 30 de mayo de 2017, por la Caja de Compensación Familiar del Cauca, que concluye que la trabajadora para esa data puede continuar con la labor sin restricciones.

A folio 57 y 58, se encuentra copia de valoración practicada a la demandante el 22 de octubre de 2018, por la especialidad de fisiatría, y en la misma se señala como diagnóstico *"presencia de un stc bilateral…. el cual puede considerarse el derecho moderado y el izqdo entre leve y moderado".*

[5] Dolor en las articulaciones.

A folio 59, puede observarse el examen médico ocupacional de retiro, practicado por la Caja de Compensación Familiar del Cauca, el 22 de octubre de 2018, cuando el contrato de trabajo de la demandante ya había sido terminado. En esta documental se deja constancia que la evaluada egresa con patologías en manejo por la eps, catalogadas hasta ese momento como enfermedad común, negando eventos relacionados con accidente laboral durante el contrato de trabajo y sin evidenciarse secuela alguna, dando indicaciones sobre autocuidado integral y continuar con el manejo de la patologías ante la EPS.

A folios 63 a 69, obran copias de valoraciones médicas practicadas con posterioridad a la fecha de despido, esto es, después de 18 de octubre de 2018, que dan cuenta que la demandante siguió siendo tratada por afecciones en su salud, respecto de las enfermedades diagnosticadas como síndrome del túnel carpiano y tendinosis del manguito de los rotadores izquierdo.

Y de la misma manera, a folios 308 a 310, se encuentra el Dictamen N° 65756261 emitido el 12 de diciembre de 2019, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, cuya práctica fue decretada dentro del proceso, en el que se dictaminó teniendo como base los diagnósticos de presbicia (H524), síndrome de maguito rotatorio bilateral y síndrome del túnel carpiano bilateral, una pérdida de capacidad laboral y ocupacional, del 32,82%, con fecha de estructuración, 22 de octubre de 2018, fecha en la que se realizó el examen ocupacional de retiro.

En el citado dictamen, la JRC del Valle del Cauca indica que se asigna provisionalmente a la pérdida de laboral y ocupacional de la demandante un origen común, como quiera que para ese momento no se contó con estudio del puesto de trabajo. Este dictamen, tal y como permite advertir el expediente, no fue objeto de contradicción en los términos y formas del proceso laboral.

A partir de estos medios de prueba, la Sala considera que si bien no hay duda de que en vigencia del contrato de trabajo la demandante sufrió de algunas alteraciones en su salud, respecto de las cuales se le ordenaron

valoraciones por parte de otras especialidades y práctica de algunas recomendaciones de tipo personal, no por ello era dable acceder a la pretensión de la demanda, relacionada con el reconocimiento de la garantía especial de estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud, por una parte, porque ninguna de las historias clínicas aportadas relacionadas con atenciones a la trabajadora en vigencia del contrato de trabajo, permiten tener por acreditado, que alguno de los diagnósticos que le fueron dados a la señora María Liliana Viña Labrador, le produjo una pérdida de capacidad laboral en los porcentajes de que habla el artículo 7º del Decreto 2473 de 2001 (moderada, severa o profunda), mientras duró el vínculo laboral, que recuérdese, culminó el 18 de octubre de 2018, o en su defecto, siguiendo los lineamientos de la H. Corte Constitucional, que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, la trabajadora se encontraba en situación de debilidad manifiesta, es decir, en un estado en el que su salud, le impedía sustancialmente realizar la labor contratada, y por otro lado, porque no se acreditó que la compañía empleadora hubiera tenido conocimiento de los referidos problemas de salud de la trabajadora para el momento en que decidió ponerle fin a su contratación.

Por el contrario, nótese como ninguna de las historias clínicas diligenciadas por el EPS Sanitas y la médico empresarial del Allianz, en vigencia del contrato de trabajo, esto es, entre 1° de abril de 2014 al 18 de octubre de 2018, da cuenta que las afecciones de salud que llegó a padecer la trabajadora, implicaron un obstáculo en la prestación del servicio, es más ni siquiera las relacionadas con el síndrome del túnel del carpo (bilateral) y/o el manguito rotador, que posteriormente condujeron a que tuviera una pérdida de capacidad laboral del 32,82%, y que durante el desarrollo del contrato, tampoco ameritaron que se efectuara alguna modificación en la forma como la trabajadora desempeñaba la función para la que fue contratada.

Si bien la Sala no puede desconocer que en el dictamen pericial practicado, se señala que en la consulta realizada por el médico laboral de la junta el 2 de diciembre de 2019, la señora María Liliana Viña Labrador refirió que en el año 2016 la ARL Positiva le realizó un análisis a su puesto de trabajo, dando lugar a la adecuación del mismo, lo que podría ser

indicativo que desde el referido año, la CEO conocía de los problemas de salud que venía presentando la trabajadora, dicha situación no fue ni alegada ni acreditada dentro del proceso, como tampoco ante la Junta, siendo ese el motivo para que se asignara provisionalmente como origen de sus padecimientos, un origen común. Origen que aunque provisional, la Sala debe tener como tal, como quiera que en el proceso no quedó efectivamente acreditado como era la forma en la que la demandante desarrollaba las funciones asignadas, y como las mismas pudieron ser causa de las enfermedades que ahora padece.

La Sala tampoco encuentra como un fundamento válido para modificar la decisión de primer grado, el hecho de que existan valoraciones médicas practicadas por personal de Allianz, pues se reitera, de su contenido no se advierten recomendaciones de tipo laboral con destino a la Compañía empleadora, como tampoco, que indistintamente de su clase, la trabajadora, se las hubiere comunicado, requisito que también se torna indispensable para que tenga operancia la garantía por estabilidad ocupacional reforzada por motivos de salud, máxime, cuando las normas que regulan lo referente a las historias clínicas en general y las de tipo ocupacional, señalan que se tratan de documentos confidenciales que gozan de reserva legal, a los cuales los empleadores pueden llegar a tener acceso, a partir de la autorización expresa del trabajador.

Y es que para aunar en razones, en la demanda se planteó que la trabajadora comunicó de manera verbal de su estado de salud, a su jefe inmediato Marisol Orozco y a la señora Ángela Medina, en calidad de Coordinadora de HSE, sin embargo, en el expediente no obra ningún medio de prueba que permita acreditar ese dicho.

Por el contrario, se recepcionaron los testimonios de Alexander Acevedo Pontiluis y Paola Andrea Díaz Ordoñez, quienes en calidad de Director de la Interventoría HSE y Directora de Gestión Humana de la CEO, manifestaron que nunca conocieron sobre la existencia de los problemas de salud padecidos por la demandante en vigencia de su contrato de trabajo. Personal que precisamente en la Compañía, dada su forma organizativa, eran los encargados de la gestión en seguridad y salud en el trabajo.

Precisamente es de la revisión efectuada a las declaraciones rendidas por citados testigos, que se obtiene mayor certeza sobre el desconocimiento de la entidad empleadora sobre los problemas de salud de la trabajadora, pues de ninguna de sus respuestas, es dable extraer ni el conocimiento que alega el apoderado judicial de la parte actora al fundamentar la alzada, ni las supuestas directrices que sobre el manejo médico de la enfermedad, se aduce dio la señora Ángela Medina Triana, como Coordinadora de HSE a la demandante María Liliana Viña Labrador, y por el contrario, lo que la Sala observa, es que fue precisamente la demandante, la que al ser objeto del careo por parte del A quo, hizo alusión a tales hechos, que no pueden ser tenidos como válidos, en tanto son declaraciones que provienen de la misma parte, y bien sabido es que no es dable a las partes hacerse a sus propias pruebas, y que por otro lado, tampoco encuentran eco en los demás medios de prueba aportados y practicados en el proceso.

En este punto, es importante recordar, que según la línea fijada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene la calidad de **persona en situación de discapacidad** para los efectos de la protección que se deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la persona que acredita una **limitación moderada**, entendida como una pérdida de capacidad laboral entre el 15% y el 25%, una **limitación severa**, es decir, mayor al 25% pero inferior al 50%, o una **limitación profunda**, cuando ésta supera el 50%, y en este caso, aunque a raíz de la calificación realizada por la JRCI del Valle del Cauca, la demandante tendría una limitación moderada, la misma no puede remontarse a la vigencia del contrato de trabajo, como quiera que en ella se determinó como fecha de estructuración, la del 22 de octubre de 2018, que es una fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo.

Y es que igual situación se presenta bajo las reglas establecidas por la Corte Constitucional, para quien la protección de la estabilidad laboral reforzada se aplica a quienes se encuentren en **situación de debilidad manifiesta**, entendida la misma, como la afectación en la salud del trabajador, que le *"impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares"*, supuesto que en el *sub judice* no está acreditado, puesto que ningún medio de prueba da cuenta de tal

impedimento o dificultad para el ejercicio de la labor contratada en vigencia del contrato del trabajo, ni tampoco del conocimiento que de las enfermedades pudo tener la empleadora.

Por lo tanto, nótese como es la falta de pruebas sobre la imposibilidad de ejercer en condiciones normales el trabajo que se desempeñaba o cualquier otra labor y/o el conocimiento que de esa condición pudo tener el empleador, las que forzosamente llevaban a concluir que la demandante no estaba amparada por la garantía constitucional que se invoca y por lo tanto, la respuesta al problema jurídico planteado por la Sala sea de carácter negativo, siendo por ello necesario confirmar en todas su partes la providencia recurrida.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro tipo de planteamientos, dado los aspectos que fueron señalados al fundamentar la alzada, se habrá de confirmar la decisión de primera instancia, con la consecuente imposición de costas a cargo de la parte demandante y recurrente, a quien se le resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación.

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán ©, el 29 de enero de 2020, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **MARÍA LILIANA VIÑA LABRADOR** contra la **COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE CEO SAS ESP,** por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a favor de la demandada y a cargo del demandante, a quien se le resuelve de manera desfavorable el

recurso de apelación. De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar por parte de esta instancia el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, conforme a los señalado en el Decreto 806 de 2020. Remítase copia de esta decisión a los correos electrónicos aportados por las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

(Con incapacidad)

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA