

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MIRNA LIZBETH LUCUMÍ ORTÍZ
DEMANDADO	COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA - COOMOTORISTAS
RADICADO No.	19-573-31-05-001-2019-00040-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD - LEY 361 DE 1997.
DECISIÓN	SE CONFIRMA PARCIALMENTE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir

sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN propuesto por el apoderado judicial de la demandada COOMOTORISTAS DEL CAUCA**, contra la sentencia de primera instancia proferida el día veintiuno (21) de mayo del año dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Laboral de Circuito de Oralidad de Puerto Tejada (Cauca), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Se deja constancia que esta sentencia se emite de forma escrita en cumplimiento a lo dispuesto por el Congreso de Colombia en la Ley 2213 de 2022, el cual adopta como legislación permanente las medidas sobre implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agiliza los procesos judiciales y flexibiliza la atención a los usuarios del servicio de justicia.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Pretende la demandante: **(I)** Se declare que entre ella y la COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA - COOMOTORISTAS existió una relación contractual regida por un contrato de trabajo a término fijo, **(II)** se declare la ineficacia o sin solución de continuidad el despido y, en consecuencia, **(III)** se ordene su reintegro al puesto que desempeñaba o a uno acorde a sus condiciones físicas, bajo las mismas cláusulas del contrato que venía ejecutando; **(IV)** se ordene a la demandada el pago de salarios dejados de percibir; **(V)** se ordene el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones desde el 05 de abril de 2018, al igual que los aportes a pensión y salud; **(VI)** se condene al pago de la indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997, correspondiente a 180 días de salario; y, finalmente **(VII)** se

condene en costas y agencias en derecho ((387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz; páginas 154 a 163, del cuaderno de primera instancia).

Como **supuestos fácticos**, la demandante sostiene que prestó sus servicios personales a la Cooperativa de Motoristas del Cauca, desempeñando el cargo de “Islero” y devengando como pago un salario mínimo.

Refiere que, los contratos se estipularon de la siguiente manera: Un primer contrato verbal como supernumeraria, cubriendo los descansos del personal fijo, tres días a la semana, del 10 de agosto de 2017, hasta el 15 de septiembre de 2017, en el cargo de islera, con un salario por día laborado de \$20.000. Y, un segundo contrato a término fijo que inició el 16 de septiembre de 2017, hasta el 13 de junio de 2018, en el cargo de islera, recibiendo un salario de \$781.242.

Que, a causa del despido sin justa causa del empleador, ocurrido el 04 de abril de 2018, ha sufrido perjuicios morales y materiales que deben ser indemnizados de acuerdo con la ley 50/90 y la jurisprudencia. Que, elevó reclamación verbal al señor Alberto Ceballos sobre el por qué de su despido, pero, no recibió respuesta.

Advierte que, instauró una acción de tutela por debilidad manifiesta, denunció ante el Ministerio de Trabajo por acoso laboral y ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de hurto calificado; dado que, el día 03 de diciembre de 2017 a las 4:30 de la madrugada salió de su casa hacia el lugar de trabajo y fue atracada, hurtándole sus pertenencias y quedando lesionada con trauma craneoencefálico contundente, situación que condujo a las enfermedades que padece y de las cuales tenía pleno conocimiento su jefe inmediato Aníbal Londoño y el empleador en cabeza del representante legal.

Alega que fue despedida en estado de debilidad manifiesta ya que al momento de su despido se encontraba incapacitada, recibiendo tratamiento médico, a la espera de citas médicas, lectura de exámenes y realización de cirugía. Que, al ser despedida quedó

desprotegida de la seguridad social, por lo cual padeció dolor, sufrimiento, angustia, sentimientos que empeoraron su estado de salud.

Concluye su relato afirmando que el empleador le terminó la relación laboral creyendo que el día 04 de abril de 2018 no estaba incapacitada, ya que el médico tratante había dado 8 días de incapacidad, pero por error solo le transcribieron 3 días realizando los otros 5 días de forma manual, situación que fue aclarada el día 19 de abril de esa misma calenda en nota aclaratoria. Que, al momento de su despido su diagnóstico era: otitis media no específico, otros vértigos periféricos, tumor benigno de las glándulas parótida.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR LA COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA:

En ejercicio de su derecho a la defensa y de contradicción, por intermedio de apoderado judicial, la demandada contestó la presente demanda (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz; páginas 255 a 271, ibidem) y se opone a la mayoría de las pretensiones, excepto la relacionada con la existencia de una relación laboral con la demandante, dado que acepta que ésta se vinculó a la empresa desde el 16 de septiembre de 2017, mediante contrato de trabajo a término fijo menor a un año, en el cargo de islera, hasta el 13 de junio de 2018.

Con relación a las demás pretensiones se opone, argumentando que NO es cierto lo referido al contrato de trabajo verbal y tampoco existió un despido ineficaz, por cuanto el fenecimiento de la relación laboral entre las partes se dio por una causa justa, la cual consistió en el abandono del cargo por la no presentación de una justificación por inasistencia al lugar de trabajo, no obstante, dijo que, la empresa canceló todas las acreencias laborales a la fecha de terminación del contrato. Frente al reintegro de la actora, argumentó que no se demostró por la señora Lucumí estar en situación de estabilidad laboral reforzada o ser persona discapacitada.

Por todo lo anterior, sostuvo que al momento no existen sumas pendientes por cancelar.

Como **excepciones de mérito** formuló: (1) Inexistencia de la obligación; (2) Pago; (3) Cobro de lo no debido; (4) Inexistencia de perjuicios que deban ser indemnizados por COOMOTORISTAS; (5) Cosa juzgada; (6) Fraude procesal; (7) Ineptitud probatoria; (8) Mala fe; y (9) Genérica.

2.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Cumplidas las ritualidades de rigor, el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE PUERTO TEJADA, CAUCA, el día 21 de mayo de 2021, procedió a dictar **SENTENCIA**, dentro del presente asunto, resolviendo: **(i) DECLARAR** que entre la señora MIRNA LIZBETH LUCUMI ORTIZ, como trabajadora, y la demandada COOPERATIVA COOMOTORISTAS DEL CAUCA, en su calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término fijo, menor a un (1) año, que se desarrolló entre el 16 de septiembre de 2017 y el 13 de junio de 2018. **(ii) declarar ineficaz la terminación del contrato de trabajo**, y, en consecuencia, **(iii) se ordena el reintegro de la demandante**, a un cargo compatible con su discapacidad junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta la fecha de su reubicación, y el pago de los aportes a los subsistemas de pensión y salud, teniendo en cuenta como último salario \$737.717,00; condenando igualmente a la cooperativa demandada al pago de 180 días de salario conforme lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la sentencia C-531 de 2000, además, condenó en costas a la parte demandada.

TESIS DEL JUEZ: El Despacho sostiene, en primer lugar, que de acuerdo con el contrato de trabajo que obra en el plenario, a término fijo, junto con los otrosíes firmados entre las partes, con fundamento en el artículo 46 del CST, se tiene que el empleador respetó las prórrogas del contrato primigenio lo que implica una relación laboral contractual a término fijo cobijada en su totalidad entre el 16 de septiembre del 2017 y el 13 de junio del año 2018.

Y, que, antes de que cumpliera la segunda prórroga del contrato principal, el 4 de abril del 2018 se le notificó a la trabajadora el aviso de terminación unilateral del contrato de trabajo, pero, dicha carta, aun cuando hace mención al artículo 64 del CST, no determinó la justa causa legal, y la jurisprudencia ha determinado que la parte que termina unilateralmente el contrato como sucedió aquí debe manifestarle a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo de esa determinación, ya que posteriormente no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Que con esta actuación, impidió a la trabajadora ejercer su derecho a la defensa frente al despido, por lo que, para el juzgador de primera instancia, por parte del empleador se denotó una premura por terminar la relación laboral con la señora Mirna Lizbeth, sin tener en cuenta las afecciones de salud previas, como lo demuestra la historia clínica y el histórico de las incapacidades, así como lo dicho por la única testigo Gaby Yulieth Banguero Mina; así como el suceso denominado atraco; omitiendo el empleador su deber de indagar el por qué la actora no se había presentado durante esos días a su puesto de trabajo, pues sólo es con la contestación a la demanda que se habla del abandono del cargo.

Añade que existen dudas de si la demandante estaba incapacitada o no para el día 4 de abril del 2018, pero, entonces, no se actuó con prudencia frente a esa situación por cuanto la demandante venía presentando cuadros de salud que le estaban complicando su vida y que estaban respaldadas por una serie de incapacidades.

Insiste el juez, que con la terminación no se alega la justa causa, solo se menciona una indemnización que sería cancelada a la exempleada; lo que lleva a inferir al titular del despacho que los motivos de salud que aquejaban a la señora Mirna Lizbeth conllevaron a la terminación del contrato de trabajo antes del último plazo pactado. Y que si es el empresario quien alega la terminación con justa causa es quien está obligado a probarla con objetividad, solo así quedaría acreditado que su decisión de no

renovar el contrato de trabajo no estuvo desprovista de una conducta discriminatoria.

Añade el funcionario judicial que, de acuerdo con la línea jurisprudencia de la CSJSL, la demandante no prueba estar protegida por la estabilidad laboral reforzada de la Ley 361 de 1997 pues no obra en el paginario ninguna prueba que acredite la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, pero la Corte Constitucional ha adoptado un criterio subjetivo determinando que tal protección opera cuando el trabajador se encuentra en situación de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores sin que sea necesario que exista un dictamen de pérdida de capacidad laboral o que de existir un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral; y, que, atendiendo a lo manifestado por esta última corporación, para el momento en que finalizó el contrato laboral de trabajo a término fijo por parte de COOMOTORISTAS la trabajadora demostró que se encontraba en una situación especial de merma de estado de salud, por lo cual debe mediar autorización de la oficina de trabajo so pena de la ineficacia del despido y más cuando estaba en duda si para el 4 de abril del año 2018 se encontraba arropada bajo una certificación de incapacidad. Para tal fin, trae a mención el salvamento de voto presentado por los Honorables Magistrados Clara Cecilia Dueñas Quevedo e Iván Mauricio Léniz frente a la sentencia de la Sala Laboral de la CSJ, SL 711-2021, bajo radicación número 64605, de fecha 24 de febrero del 2021, de cuyos apartes resaltó: *“Consideramos que la tesis jurídica de la sentencia desconoce tratados internacionales que reconocen derechos humanos de las personas con discapacidad y es una involución en la historia de las luchas y conquistas normativas de los colectivos la diversidad funcional”*.

Que, en ese orden, la señora MIRNA LIZBETH LUCUMÍ ORTÍZ bajo los argumentos de este salvamento de voto demostró encontrarse en situación de discapacidad en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dado que venía presentando una serie de afectaciones a su salud e incapacidades que comprometían la misma, y que en gracia de discusión, a pesar de que se encuentra en tela de juicio si para el

4 de abril del 2018 se le terminó su contrato de trabajo alegando la figura del abandono del cargo, no se alegó en su debida oportunidad en la carta de despido y sin dejar terminar el término de la segunda prórroga.

En cuanto a las sentencias de tutela que efectivamente le fueron negadas a la demandante y por las cuales se propuso la excepción de cosa juzgada, dijo el juez que, una cosa es lo que piensa el señor juez constitucional en ese caso el Juzgado Segundo Penal Municipal y posteriormente el Juzgado Penal del Circuito que confirmó lo fundamentado como juez constitucional; y otra cosa lo que piensa el juez laboral en un proceso ordinario aunado con las suficientes pruebas y con el material probatorio para tomar una determinación diferente.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDADA COOPERATIVA DE COOMOTORISTAS DEL CAUCA – COOMOTORISTAS:

La apoderada judicial de la demandada interpuso **recurso de apelación** contra la providencia dictada en primera instancia, cuyos reparos se transcriben a continuación en su tenor literal:

“Me permito presentar recurso de apelación manifestando, en primer lugar, pues, que con respecto al despido como parte demandada nunca invocamos una justa causa y fue por ello que se procedió a pagarle una indemnización. Lo que nosotros teníamos era una motivación para despedirla porque abandonó su puesto de trabajo sin justificación alguna, situación que está probada dentro del proceso, toda vez que ella tenía una incapacidad desde el 28 de abril de 2018 al 01 de abril de 2018 y debido a la prestación del servicio que era de inmediato, pues ella despeñaba el cargo de islera, no se podía cerrar la estación de servicio, entonces se decidió pagarle una indemnización y se pasó a buscarle el reemplazo.

Otra razón de inconformidad contra el fallo de primera instancia es que al momento de la terminación del contrato, la señora no probó que estaba en trámite alguna calificación laboral o que ya tenía como tal una pérdida de capacidad laboral, o que estuviera incapacitada. Así mismo,

se realizó una indebida aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues lo ratificamos a lo largo del proceso, que el empleador nunca tuvo conocimiento de los padecimientos de la señora Mirna, la señora Mirna presentaba si bien es cierto unas incapacidades, pero eran por diferentes situaciones, las incapacidades eran válidas, se le respetaban, pero ella nunca informó que tuviera un diagnóstico que pudiera darle a conocer al empleador que la señora no se podía despedir. En ese sentido, solicito que el Tribunal pues revoque esa decisión y por ende se proceda a acceder a las pretensiones de la parte demandada y se niegue los rubros y el reintegro que se accedió en esta sentencia de primera instancia.”.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Con respecto a los alegatos de conclusión en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede, y, constatado el expediente digital, se tiene que las partes presentaron sus alegatos oportunamente, así:

3.1. Parte demandante:

El apoderado judicial de la parte demandante, en su escrito de alegatos enviado ante este Tribunal Superior, solicitó se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, y, en consecuencia, se protejan los derechos fundamentales de la señora Mirna Lizbeth Lucumí Ortiz, ordenando a la empresa demandada el reintegro de la actora, junto con las condenas proferidas por el a quo por salarios, prestaciones sociales, seguridad social e indemnización, sumas que indicó deben ser indexadas hasta que sean liquidadas por el Despacho (10(1)AlegatosDemandante20190004001, cuaderno del Tribunal).

3.2. Parte demandada:

La apoderada judicial de la parte demandada orienta sus alegatos de segunda instancia a que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se desestime la totalidad de las pretensiones de la

demanda inicial (12(9)AlegatosDemandado20190004001, ibidem).

Refiere que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta varias situaciones, a saber:

- Que la actora se vinculó a la empresa el 16 de septiembre de 2017, mediante contrato de trabajo a término fijo, cargo que desempeñó hasta el 4 de abril de 2018, fecha en que el empleador decidió terminar el contrato de trabajo por haberse ausentado de su cargo sin justificación los días 2,3 y 4 de abril de 2018, por incurrir en la causal de terminación nro. 6 del artículo 62. Sin embargo, como situación más favorable a la trabajadora se decidió terminar el contrato sin justa causa y liquidarle el contrato hasta la fecha de terminación el día 13 de junio de 2018, situación que era totalmente viable, pues no se tenía impedimento legal para terminar el contrato de manera unilateral y proceder a indemnizarla.
- Que, la última incapacidad presentada por la demandante fue por 5 días, desde el 28 de marzo de 2018, la cual terminaba el 01 de abril de 2018 y no el 05 de abril de 2018 como se emitió en la nota aclaratoria expedida tres meses después de otorgada la incapacidad a solicitud de la empleadora. Con esto se prueba la mala fe de la actora quien cometió fraude al querer inducir al médico tratante a una falsedad documental para encubrir un mal proceder.
- Que, en la presente demanda no obró evidencia que la señora Mirna a la fecha de terminación de la relación laboral hubiera informado sobre algún diagnóstico de enfermedad, menos que gozaba de estabilidad laboral reforzada, lo cual es ratificado por ella en el interrogatorio, tampoco presentó calificación de pérdida de capacidad laboral, ni incapacidad.
- En la sentencia recurrida se considera que la demandante probó que se encontraba en situación de discapacidad para la fecha de su despido, pero la CSJ ha establecido que para ello se debe tener una pérdida de capacidad laboral de origen

permanente sea igual o superior al 15% y estructurada con fecha anterior al despido.

- Añade que, al momento del despido y durante el proceso la demandante no contaba con la calificación de pérdida de capacidad laboral de naturaleza permanente; y que solo hasta la audiencia oral se presenta al Despacho una calificación realizada el 06 de mayo de 2021, cuando el contrato fue terminado el 04 de abril de 2018, habiendo pasado 3 años, por lo que no puede ser sustento del presupuesto de discapacidad para la fecha del despido.

- Que, a lo anterior se suma que, durante el proceso se probó que la demandante abandonó el cargo por 3 días sin comunicar tal situación al empleador, por lo que había mérito para terminar el contrato. Que la actora al trasladarse de AFP de PORVENIR a PROTECCIÓN evidencia que tuvo acceso a otro empleo después de su despido y que desde ese nuevo empleo solicitó la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual fue estructurada desde el 02 de febrero de 2021.

Finalmente, trae la pasiva diferentes pronunciamientos de las altas Cortes, refiriéndose a las disímiles tesis que existen entre la Corte Constitucional y la CSJSL, concluyendo que conforme tales criterios, no procedía la estimación de las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente, la parte demandada realiza solicitud para la práctica oficiosa de las pruebas documentales anexas con los alegatos y otras aportadas con posterioridad.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso apelación contra la sentencia

de primera instancia.

La apelación se resolverá con la aplicación del **principio de consonancia**.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y estuvieron representados por apoderados judiciales debidamente constituidos.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

5. ACLARACIONES PRELIMINARES

5.1. Respuesta a la petición de pruebas de oficio realizada por la parte pasiva

El Despacho sustanciador, por auto del 06 de septiembre de 2022, atendió favorablemente la solicitud de las pruebas de oficio como da cuenta el documento PDF 21(5)AutoDecretoPruebasOficio, del expediente digital de segunda instancia; y luego, por auto del 21 de septiembre del 2022, se ordenó la incorporación de las pruebas documentales ordenadas, se corrió traslado para su contradicción y se corrió traslado para nuevos alegatos, en garantía del derecho a la defensa de las partes (Documento PDF 29(2)AutoCorreTrasladoPruebas, del expediente digital de segunda instancia)

5.2. Efectos jurídicos de las sentencias de tutela

Como asunto previo, la Sala debe referirse necesariamente a que, si bien la demandante inició una acción de tutela contra la empresa accionada COOMOTORISTAS, buscando el reintegro laboral por los padecimientos en salud que son objeto de reclamo en este proceso, a consecuencia del despido ocurrido el 04 de abril de 2018, revisado el fallo de tutela del 27 de abril del 2018, proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Puerto Tejada (Cauca) – páginas 131 a 140, del cuaderno principal de 1ª instancia-, si bien en la decisión se hizo referencia a los casos que dan lugar a la estabilidad laboral reforzada así como a los hechos que hoy son materia de litigio, lo cierto es que la negativa del amparo constitucional obedeció principalmente a la improcedencia de dicha acción de tutela por no presentarse un perjuicio irremediable, tanto así que el juez constitucional hizo alusión a que la demandante contaba con un medio eficaz y principal para demandar, si así lo consideraba; por lo que, ante tales situaciones, no podría hablarse de una cosa juzgada constitucional.

Ahora, el fallo de tutela en segunda instancia, emitido el 08 de junio de 2018, por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada (Pág.220 a 229, ibidem), el cual confirma la improcedencia de la acción de tutela, consideró que no se aportó prueba de la incapacidad para la fecha del despido ni tampoco que los quebrantos en salud hubieran sido calificados por la EPS para catalogar a la accionante como discapacitada, por lo que consideró que el estado de salud no era la causa del despido. A pesar de las anteriores consideraciones, el fallador de segundo grado, dentro de la acción de tutela, determinó: *“Debe recordarse también que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para debatir el conflicto laboral que se presenta en esta oportunidad entre la actora y la empresa Coomotoristas del Cauca, pues el amparo constitucional ostenta las características de subsidiario y en esta oportunidad la accionante cuenta con los mecanismos jurídicos para resolver el conflicto que se ha suscitado; aunado a lo anterior no se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable, como excepción a la subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela”*.

Bajo tales premisas, como los jueces de tutela no resolvieron el conflicto jurídico de fondo que impida el adelantamiento de este proceso por parte de la señora Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz, por el contrario, plantearon la posibilidad de dirimir este litigio por el juez laboral, se abre la posibilidad de realizar una valoración de las pruebas, de acuerdo a los principios de contradicción y publicidad, y, por ende, definir de forma definitiva la controversia planteada.

5.3. Hechos probados sin discusión en esta instancia:

Aclarado lo anterior, se inicia por señalar que NO es objeto de controversia en sede de segunda instancia: **i)** la celebración de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, con fecha de iniciación el 16 de septiembre de 2017 y finalización el 15 de diciembre de 2017, en el que la demandante se obligó a cumplir el cargo de “islera” en la empresa de Coomotoristas del Cauca (empleador), en Puerto Tejada, Cauca (páginas 17 a 21, (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz, del expediente de primera instancia); **ii)** las partes contratantes firman el Otrosí Nro. 01 al contrato anterior y convienen dejar sin efecto el preaviso del 3 de noviembre del 2017 y acuerdan prorrogar la duración del contrato entre el 15 de diciembre de 2017 al 14 de marzo de 2018 (pág.22, ibidem), **(iii)** la demandada entregó preaviso de terminación unilateral del contrato de trabajo el 04 de abril de 2018, pero la liquidación final se estipula como fecha de retiro el 13 de junio de 2018, lo que implicó una relación laboral contractual a término fijo cobijada en su totalidad entre el 16 de septiembre del 2017 y el 13 de junio del año 2018, como así fue declarada por el a quo, sin que fuera controvertida por las partes (pág.23 y 24, ibidem).

6. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

A partir de los argumentos expuestos en el recurso de apelación y atendiendo al principio de consonancia, los **PROBLEMAS JURÍDICOS** a resolver por esta Sala Laboral, son:

¿Al momento de la terminación del contrato de trabajo por COOMOTORISTAS, la señora MIRNA LIZBETH LUCUMÍ ORTIZ se encontraba cobijada bajo la protección legal de estabilidad laboral reforzada por enfermedad?

Como problemas jurídicos asociados:

¿El Juez de Primera Instancia aplicó de manera indebida el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no obrar calificación dentro del juicio que diera cuenta de la limitación de la trabajadora en los grados de severa y profunda, amén que no se demostró que la demandante se encontraba en situación de discapacidad, minusvalía o incapacidad conocida por el empleador que le impidiera desarrollar sustancialmente las labores?

En este caso ¿el despido de la demandante sin justa causa, con el pago de la indemnización, se constituye en un despido objetivo, que exime de la solicitud de autorización ante el Ministerio del Trabajo?

7. SOBRE LA EXISTENCIA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR ENFERMEDAD Y SUS REQUISITOS, EL REINTEGRO Y CONDENAS IMPUESTAS POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA:

Tesis de la Sala: Se encamina a **confirmar parcialmente** la decisión de primera instancia, en punto a: (i) Confirmar la declaración de la existencia del contrato de trabajo en los extremos declarados; (ii) confirmar la declaración de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo; (iii) confirmar la orden de reintegro y (iv) **modificar las condenas** proferidas como consecuencia de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y su reintegro, toda vez que, en esta instancia aparece debidamente probado que a la actora, le fue reconocida pensión por invalidez de origen común a partir del 2 de diciembre de 2021 y, por consiguiente, como extremo final de la relación laboral se tendrá el 1º de febrero de 2021.

Las razones de la decisión son las siguientes:

7.1. El derecho al trabajo en Colombia, ha sido colocado como principio fundante del Estado Social de Derecho (Artículo 1 de la C.P.).

Además, como derecho fundamental, sometido a la especial protección del Estado, que debe materializarse en condiciones dignas y justas (Artículo 25 de la C.P.), está gobernado por principios superiores, entre otros, el de la ESTABILIDAD EN EL EMPLEO (Artículo 53 de la C.P.).

Todas estas reglas superiores, están acordes con las reglas internacionales del trabajo, que obligan al Estado Colombiano, particularmente las del Convenio 159 de la OIT, aprobado por medio de la Ley 82 de 1988.

7.2. En procura de extender la protección de este derecho fundamental, EL CONSTITUYENTE se ocupó de la garantía y protección de este derecho al trabajo para aquellas personas que tienen minusvalía física, sensorial y psíquica (Artículos 13, 47 y 54 de la CP).

En desarrollo de estos preceptos superiores e internacionales, EL LEGISLADOR, por medio de la Ley 361 de 1997, *por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitaciones severas y profundas*, en el capítulo IV “De la integración laboral”, artículos 22 a 34, se ha ocupado de regular la estabilidad laboral de algunas personas, en especial de aquellas que por la disminución de su capacidad laboral son objeto de mayor protección.

En el presente caso, como quiera que el despido ocurrió en el año 2018, procede la aplicación de los artículos 1, 5 y 26 de La Ley 361 de 1997, con las modificaciones introducidas por la Ley 1316 de 2009 y en concordancia con el artículo 121 del Decreto 019 de 2012.

Dicha normatividad establece:

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

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su ~~limitación~~ discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Debe aclararse, por razón de la declaración de EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA efectuada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458 de 2015, la expresión LIMITACIÓN de la normativa anterior, se debe entender por “discapacidad” o “en situación de discapacidad”.

7.3. Se considera relevante reseñar las reglas vigentes sobre el trámite de las incapacidades médicas, contenidas en el Decreto 019 de 2012, en su artículo 121:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”. (Negrillas fuera del texto original).

7.4. Al estudiar los precedentes jurisprudenciales, existen dos posiciones frente a la protección de estabilidad laboral reforzada por salud, que se complementan, así:

7.4.1. La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, por un lado, fija el alcance de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al sostener la tesis que la condición que genera la protección en cuanto a la estabilidad laboral reforzada a que se refiere la citada norma, únicamente cobija a las personas que dicha normatividad considera como limitadas o en condición de discapacidad, es decir, aquellas que tienen un grado de discapacidad superior al 15% de la limitación moderada exigida.

Esta tesis ha sido reiterada en providencias del 25 de marzo de 2009, rad. 35606; 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235; del 3 de noviembre de 2010, radicación 38992 y del 28 de agosto de 2012, Radicación 39207; del 7 de septiembre de 2016, radicado 51865 y del 25 de enero de 2017, radicado 45314.

Sobre este aspecto, basta con recordar el entendimiento que ha dado recientemente dicha Corporación Judicial a la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en sentencia del 3 de agosto de 2022, SL2703-2022, Radicación N° 79042, donde la CSJSL señaló:

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

[...] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido

incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

*En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral**, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una condición de discapacidad relevante, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio” (Negrilla fuera del texto original).

La anterior tesis se reafirma también recientemente en el fallo del 27 de julio de 2022, SL2611-2022, donde la Corte¹ recordó nuevamente que no basta con un padecimiento que afecte la salud, sino que efectivamente el mismo genere una discapacidad. Para tal efecto, esta sentencia trajo a mención lo dicho por esa Sala donde ha explicado, entre otros, en fallo CSJ SL058-2021, que *«no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas»*, sino que es imperativo probar *«que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%»*.

Frente a la **prueba de la situación de discapacidad**, generadora de la protección prevista en la Ley 361 de 1997, la CSJSL ha sostenido que, en principio, debe acudirse preferiblemente a una calificación técnica que describa el nivel de la limitación padecida por el trabajador, sin embargo, en virtud de los principios de libertad probatoria y de libre formación del convencimiento, si no se cuenta con aquella, tal limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre aquel, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y esté precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, su grave estado de salud o la severidad de la lesión que inciden en la realización de su trabajo. Así se dijo en la decisión del 27 de julio de 2022, SL2610-2022, Radicación N° 91739, de la CSJSL – Sala de Descongestión Nro. 3:

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

¹ Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión Nro. 3.

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

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

Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

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

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

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

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

Discapacidad: *Término genérico que incluye limitaciones en la*

realización de una actividad, esta se valorará en el Título Segundo “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales”.

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

*Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, **en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.** (Negrilla fuera del texto original).*

En cuanto a la objetividad como condición de despido o terminación de los contratos de trabajo de las personas con discapacidad, la CSJ-SL ha defendido que “(.) el empleador está exento de acudir a la oficina del trabajo cuando la terminación del contrato de trabajo obedece a una justa causa o a una causa objetiva.

Por el contrario, será necesaria la intervención de dicha autoridad cuando el despido esté fundado en la incompatibilidad de la discapacidad del trabajador para el desarrollo de un rol ocupacional en la empresa. O, dicho de otro modo: cuando el motivo del despido sea la discapacidad, pero no por capricho o discriminación sino porque no existe en la empresa un empleo acorde y compatible con la diversidad funcional del trabajador.” (CSJSL, sentencia del 15 de julio de 2020, SL2586 de 2020).

Lo anterior significa que, para la jurisprudencia laboral la garantía legal de los trabajadores con discapacidad orientada a garantizar su estabilidad laboral frente despidos discriminatorios, no opera cuando la terminación del vínculo laboral se soporta en un principio de razón objetiva; o, lo que es lo mismo, 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.

Señala la misma CSJSL en la decisión SL2586-2020 (Radicado Nro. 67633, que “(...) *la causa objetiva no necesariamente coincide con las causas jurídicas de terminación de los contratos de trabajo. Por ejemplo, la decisión unilateral del empleador, aunque es una causal de terminación de los contratos (lit. h, art. 61 CST), no necesariamente es una causa objetiva.*”. Y, más adelante la CSJSL aclaró que tratándose de los contratos a término fijo, como en este caso, si bien la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo laboral (lit. c, art. 61 CST), esto no significa que por ello sea objetivo. Y, no lo es, en palabras de la Corte, “(...) *porque es eminentemente subjetivo cuando quiera que las partes tienen la facultad de terminarlo o prorrogarlo; dicho de otro modo, la terminación del contrato esta permeada por la voluntad unilateral del empresario o del trabajador de no prorrogarlo*”. En consecuencia, la Corte adocina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados.

Considera la Sala pertinente reseñar también, lo expuesto en la sentencia SL1236 del 17 de marzo de 2021 (radicación n° 67060), en la cual se precisó:

“(...) uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo. Ese momento, en los contratos de trabajo a término fijo, se materializa cuando se comunica el preaviso al trabajador y el vencimiento del plazo del contrato no es más que la ejecución de esa decisión de no prorrogar. Inclusive, el empleador podría cancelar los 30 días del preaviso, sin que el trabajador deba prestar el servicio.”

7.4.2. Por otro lado, la **CORTE CONSTITUCIONAL** en la sentencia C-531 del 10 de mayo del año 2000 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, original, en los siguientes términos:

*“En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, **se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.**”* (Negrilla fuera del texto original).

Luego, en sentencia de unificación SU-049 de 2017, La Corte Constitucional recogió la doctrina expuesta sobre los alcances del artículo 26 de la citada Ley 361 de 1997, contenida en innumerables sentencias de tutela, que se resumen, cuando afirma:

“5.12. ... de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, y con los propios términos legales, una interpretación de

la Ley 361 de 1997 conforme a la Constitución tiene al menos las siguientes implicaciones. **Primero**, dicha Ley aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a sus beneficios que traía la Ley en su versión original, que hablaba de personas con “limitación” o “limitadas” (Sentencia C-458 de 2015). **Segundo**, sus previsiones interpretadas conforme a la Constitución, y de manera sistemática, se extienden a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, “sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación” (sentencia C-824 de 2011). **Tercero**, para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil pero no necesario contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral (sentencia C-606 de 2012). **Cuarto**, en todo caso no es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria.

5.13. De acuerdo con lo anterior, no es entonces constitucionalmente aceptable que las garantías y prestaciones de estabilidad reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se contraigan a un grupo reducido, cuando la Corte encontró en la sentencia C-824 de 2011 que el universo de sus beneficiarios era amplio y para definirlo no resulta preciso “entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación”. Cuando se interpreta que es necesario contar con un porcentaje determinado de pérdida de capacidad laboral para acceder a los beneficios de la Ley 361 de 1997, ciertamente se busca darle un sustento más objetivo a la adjudicación de sus prestaciones y garantías. No obstante, al mismo tiempo se levanta una barrera también objetiva de acceso para quienes, teniendo una pérdida de capacidad relevante, no cuentan aún con una certificación institucional que lo establezca, o padeciendo una pérdida inferior a la estatuida en los reglamentos experimentan también una discriminación objetiva por sus condiciones de salud. La concepción amplia del universo de destinatarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 busca efectivamente evitar que las personas sean tratadas solo como objetos y por esa vía son acreedores de estabilidad reforzada con respecto a sus condiciones contractuales, en la medida en que su rendimiento se ve disminuido por una enfermedad o limitación producto de un accidente.

5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.² De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.”

Como quiera en la sentencia SU 049 referida, no aborda de fondo el tema de la presunción contenida en el mencionado artículo 26, se acude a lo expuesto en la sentencia T-504 de fecha 16 de mayo de 2008:

“La Corte Constitucional, con base en las normas citadas precedentemente, ha señalado que las personas con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la prerrogativa de permanecer en el empleo y de gozar de cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación³, siendo una de sus mayores implicaciones la inversión de la carga de la prueba, de suerte que se constituye una

² La exigencia de autorización de la oficina de Trabajo para la terminación de contratos de prestación de servicios de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, se ajusta a las funciones previstas en la Ley 1610 de 2013 ‘por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral’, y en la Constitución. La Ley 1610 de 2013 prevé que a los inspectores del trabajo y la seguridad social tienen la función de conocer “de los asuntos individuales y colectivos del sector privado”, sin supeditarlas a las relaciones de trabajo dependiente (art 1). Además, dice que en el desempeño de sus funciones, los inspectores se regirán por la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derecho del Trabajo (art 2). Por su parte, la Constitución establece que el trabajo “en todas sus modalidades” goza de la especial protección del Estado (art 25).

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

presunción de discriminación sobre todos los actos que tengan por finalidad desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores con alguna discapacidad, al punto que corresponde al empleador desvirtuar la presunción y demostrar que tales actuaciones atienden a una causal objetiva”

Por otra parte, en sentencia T-052 de 2020, la misma CC, la Corte Constitucional sostuvo que la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección, es aplicable aún en los casos en los cuales el contrato de trabajo por el cual se inició el vínculo laboral tenga un término definido, incluyendo los contratos de trabajo por obra o labor determinada e, igualmente, los contratos de prestación de servicios. También dijo que “(...) la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de 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”.

7.4.3. Del examen de la jurisprudencia de las dos Cortes de cierre en asuntos laborales, de tutela y de constitucionalidad, se obtienen las siguientes conclusiones:

(i) Estamos en presencia de dos tesis, no propiamente encontradas, en cambio, complementarias, en relación con las condiciones o requisitos para la aplicación de la protección laboral reforzada del artículo 26, objeto de estudio.

Y, en síntesis, para que haya lugar a la estabilidad laboral del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es preciso, primero, que se trate de personas con discapacidad; segundo, que el hecho sea conocido por el empleador, y, tercero, que la ruptura contractual obedezca a esta situación del trabajador.

(ii) Ambas Cortes coinciden en el criterio de que, para que la conducta del empleador quede cobijada por la presunción del despido por causa de la discapacidad del trabajador, el empleador debe tener conocimiento de tal hecho o discapacidad, por cualquier medio.

Así las cosas, el trabajador tiene el deber de informar al empleador sobre su situación de salud, pues en el supuesto de omitir comunicar tal información, no opera la presunción de discriminación que recae en cabeza del empleador.

De la CSJ-SL se puede consultar la sentencia del 17 de marzo de 2021, SL1236-2021, Radicación N.º 67060.

Y de la CC, se puede traer a mención la sentencia T-029 de 2016, reiterada en sentencia T-589 de 2017, donde se señala: **“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 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”.

Partiendo de lo anterior, se puede concluir que probado que el empleador conoce las limitaciones que padece la trabajadora a quien se despide, corresponde al empleador desvirtuar la presunción legal de que la terminación del contrato se produjo por razón de la discapacidad padecida por ésta.

7.5. HECHOS PROBADOS:

Del estudio en conjunto de las pruebas ordenadas en ambas instancias, documentales, testimoniales e interrogatorio de parte,

rendidos en la audiencia pública de trámite y juzgamiento, aparecen probados los siguientes hechos relevantes:

7.5.1. Ya quedó visto que el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que suscribieron las partes, inició el 16 de septiembre de 2017 y en el mismo se estipuló como fecha de terminación el 15 de diciembre de 2017 (páginas 17 a 21, (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz, del expediente de primera instancia); sin embargo, las partes acordaron, a través del Otrosí Nro. 01 del 16 de diciembre de 2017, prorrogar el término del contrato entre el 15 de diciembre de 2017 y el 14 de marzo de 2018, esto es, por tres (3) meses (pág.22), el cual se entiende prorrogado automáticamente, pues, la carta o aviso de terminación se entregó el 04 de abril de 2018 para ser efectivo a la finalización de ese mismo día (pág.23, ibidem).

7.5.2. El aviso de terminación del contrato de trabajo por parte de la empresa Cooperativa de Motoristas del Cauca (EMPLEADOR), contiene la firma de recibido de la demandante y señala que la empresa resolvió dar por terminado el vínculo laboral a la finalización de la jornada laboral del día 04 de abril de 2018, mismo día de entrega del aviso, con fundamento en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990 (art. 64 del CST), norma que regula que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, es decir, la norma en que se basó el despido contempla la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y el modo de liquidar la indemnización correspondiente.

Revisada la liquidación final de prestaciones sociales, que milita en la página 24 del expediente principal de primera instancia, el tiempo de vinculación que se tuvo en cuenta fue el siguiente: Fecha de ingreso el 16 de septiembre de 2017 y fecha de retiro el 13 de junio de 2018, esto es, como si el contrato de trabajo se hubiese prorrogado por el tiempo pactado (3 meses), contando desde la última prórroga.

7.5.3. En cuanto a la situación de salud de la señora Mirna Lizbeth Lucumí Ortiz, aparece probado:

(i) De acuerdo a la historia clínica⁴ ingresó por urgencias el 11 de enero de 2018 por presentar cefalea debida a tensión. Luego, el 18 de enero de esa misma anualidad, consultó por continuidad de cefalea, por lo cual se diagnosticó “OTRAS SINUSITIS AGUDAS” y se concedió 5 días de incapacidad. El 23 de enero de 2018 ingresó al servicio médico por APENDICITIS, NO ESPECIFICADA, realizándose cirugía, por lo cual le prescribieron medicamentos y también se dispuso de recomendaciones de cuidados general y de dieta. El 2 de febrero d 2018 se registra como diagnóstico OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS y se hace curación de herida (retiro de puntos), también se dejó en la anamnesis de la fecha que la paciente refiere inflamación y persistencia del dolor. Otros diagnósticos que aparecen en la historia clínica para el 2 de febrero de 2018 son: ABSCESO CUTANEO FURUNCULO Y CARBUNCO DE SITIO NO ESPECIFICADO, OTITIS EXTREMA (sin otra especificación) y EXAMEN DE PESQUISA ESPECIAL PARA TUMOR DEL CUELLO UTERINO.

Luego, consulta el 10 de febrero de 2018 por cefalea y otalgia, otorgándose 4 días de incapacidad, y se hace un control de evolución el 15 de febrero de 2018.

En consulta del 21 de febrero de 2018 aparece diagnóstico de TRANSTORNO ATM.

El 22 de febrero de 2018 consulta por caída en el baño y se diagnosticó LUMBAGO NO ESPECIFICADO. Se dieron 4 días de incapacidad.

El 5 de marzo de 2018 la demandante consulta nuevamente por malestar general (nauseas, mareos constantes, dolor de cabeza), dejándose en nota de salida lo siguiente: *“paciente con buena evolución clínica, estable...se decide dar egreso con fórmula médica, ...”* (pág.64).

En el mes de marzo sigue consultando por cefalea. El 13 de marzo

⁴ Consulta la historia clínica en las páginas 27-28, 30-40, 43-46, 51-54, 56-59, 61-64, 66-69, 74-87, 89, 91-94, 100-105, 107-118, del cuaderno (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz.

de 2018 la historia clínica indica que sale del servicio en buen estado físico.

El 23 de marzo de 2018 nuevamente consulta por DX DE MASTOIDITIS AGUDA, por dolor en oído izquierdo. Se hace manejo con antibiótico.

El 24 de marzo de 2018 se hizo análisis de resultados y se diagnosticó TUMOR BENIGNO DE LA GLÁNDULA PAROTIDA. Se ordenó cita prioritaria con cirugía de cabeza y cuello. Se dieron 3 días de incapacidad y reposo (pág.83).

El 27 de marzo de 2018 nuevamente acude la demandante a consulta por DIARREA Y GASTROENTERITIS. Se otorgó incapacidad por 1 día.

El 28 de marzo de 2018 nuevamente asistió la demandante al servicio médico y se dieron 3 días de incapacidad relacionada con trauma del lado izquierdo de la cara.

Vista la historia clínica, se siguen presentando diagnósticos de: OTITIS MEDIA NO ESPECIFICADA, OTROS VERTIGOS PERIFÉRICOS y TUMOR BENIGNO DE LA GLÁNDULA PAROTIDA (incapacidad de 5 días). Quedó pendiente audiometría y valoración por ORL, según historia clínica.

El 05 de abril de 2018, la señora Mirna Lizbeth Lucumí Ortiz consulta al médico por dolor a nivel de región anterior de pabellón auricular izquierdo y durante todo el mes sigue acudiendo a consulta.

Para el mes de mayo se realizó resonancia magnética de ATM, con resultado de MASA EN ARTICULACIÓN TEMPOROMANDIBULAR (pág.113-114).

Para el año 2019, la señora Lucumí Ortiz asistió a valoración por secuelas del trauma facial (causa externa: lesión por agresión), con la siguiente observación (pág.110):

Observaciones: PACIENTE EN APARENTES BUENAS CONDICIONES GENERALES, CUELLO DOLOR CERVICAL BILATERAL, FACIAL LEVE ASIMETRIA POR ENGROSAMIENTO TEJIDOS BLANDOS EN REGION PREAURICULAR IZQUIERDA, DOLOR GRUPO MUSCULAR MASTICATORIO BILATERAL, APERTURA LIMITADA 25 MM, CON DESVIACION A LA IZQUIERDA, ESTABILIDAD OCLUSAL, EN TAC FACIAL AUMENTO DE GROSOR TEJIDOS BLANDOS REGION PREAURICULAR IZQUIERDA, EN RESONANCIA ATM SE OBSERVA MASA DE ASPECTO TUMORAL EN REGION ATM IZQUIERDA

(ii) Se otorgó incapacidad por los siguientes días: Del 19 de enero al 23 de enero de 2018; del 23 de enero al 09 de febrero de 2018; del 16 de febrero al 20 de febrero de 2018; del 23 al 25 de febrero de 2018; del 26 al 27 de febrero de 2018; del 10 al 13 de febrero de 2018; del 6 al 7 de marzo de 2018; del 13 al 15 de marzo de 2018; el 20 de marzo de 2018 (por 3 días); del 24 al 26 de marzo de 2018 (por 3 días); el 27 de marzo de 2018 (1 día); del 28 al 30 de marzo de 2018; del 05 al 08 de abril de 2018; del 16 al 30 de abril de 2018 (15 días); del 09 a 13 de abril de 2018; por enfermedad general.

En su orden, las incapacidades anteriores se pueden consultar en las páginas 26, 29, 41, 54, 55, 60, 65, 70, 73, 88, 90, 95, 99, 106 y 108, del cuaderno (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz.

Respecto de la incapacidad iniciada el 28 de marzo de 2018, registra la historia clínica de la demandante que esta fue otorgada por 5 días, por el médico cirujano, por diagnóstico de otitis y vértigo (pág.94 y 96); no obstante, en el certificado de incapacidad se autorizaron 3 días (pág.95). El mismo día, 28 de marzo de 2018, el médico tratante hace una nota aclaratoria de la situación, indicando que se da incapacidad por 5 días desde el 1 de abril al 5 de abril de 2018 (pág.97).

(iii) Se anexa informe médico del 10 de abril de 2018, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica Cali, por hechos ocurridos el 04/12/2017, en los que la demandante fue víctima de hurto con violencia (*“golpes con culata de arma mientras me quitaban el canguro”*). Este dictamen refiere que por esos hechos la examinada Mirna Lizbeth Lucumí Ortiz presentó atención en salud durante los días 10/02/2018 – 05/03/2018 – 12/03/2018 – 22/03/2018, donde consulta por cuadro de otitis media aguda supurativa, cefalea, cefalea

vascular, vértigo periférico e hipoacusia de oído izquierdo. Que, el 22/03/2018 consideran mastoiditis izquierda, al igual que se diagnosticó tumor benigno de la glándula parótida izquierda (páginas 119-121, (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz).

El informe médico legal, establece los siguientes hallazgos al examen físico:

EXAMEN MÉDICO LEGAL: Aspecto general: Ingresa por sus propios medios, buenas condiciones generales, orientada en las 3 esferas, ambulatoria. Descripción de hallazgos: - ORL: Edema a nivel preauricular izquierdo con zona de tumefacción dura, dolorosa, no móvil, no signos inflamatorios.

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES: Al examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos. Mecanismo traumático de lesión: Contundente. Para poder determinar parámetros medico legales respectivos al caso actual, se requiere que la paciente sea VALORADA POR CIRUGÍA DE CABEZA Y CUELLO o en su defecto VALORADA POR OTORRINOLARINGÓLOGO, quienes debe definir si esta lesión a nivel de la parótida izquierda y su sintomatología es secundaria al trauma recibido por los hechos el 04/12/2017, además debe ser VALORADA POR NEUROLOGÍA CLÍNICA quien debe definir la causa de su CEFALEA, es secundaria o no a los hechos. Una vez se tenga esta información la paciente debe reconsultar a Medicina Legal con un nuevo oficio de la autoridad concedora del caso y lo anteriormente descrito.

7.5.4. Del examen de la prueba testimonial e interrogatorios de parte, se resaltan las siguientes versiones:

Se practicó testimonio a la señora GAVI YULIETH BANGUERO MINA, quien mencionó que conoce a la demandante hace más o menos 10 años y por ese hecho ha tenido conocimiento que, desde el año 2017, aproximadamente, después del incidente que tuvo, la señora Mirna Lizbeth ha tenido varias cirugías y ha estado incapacitada continuamente; además, dijo que la demandante presenta un tumor en el cerebro. A la testigo le consta que la demandante trabajó para Coomotoristas, pero desconoce las fechas. Respecto a la relación de trabajo indicó que se dio cuenta que a la demandante la obligaron a renunciar cuando presentaba incapacidad, porque la misma señora Mirna Lizbeth se lo comentó cuando llegaron dos policías a su casa.

La demandante, en su interrogatorio de parte, relató las incapacidades que presentó, indicando que inició con un dolor de oído. Dijo también que la incapacitaron por apendicitis y que entre los meses de febrero, marzo y abril el oído se le inflamó. Cuando

se le pregunta por qué razón los días 2, 3 y 4 de abril de 2018 no se presentó a laborar, la señora Mirna Lizbeth Lucumí respondió que estaba incapacitada, tal como aparece en la historia clínica, ya que hubo un error en el sistema. Enseguida, la demandante aceptó haber pedido al médico una nota aclaratoria sobre dicha incapacidad.

Igualmente, la interrogada narra lo acaecido el día 3 de diciembre de 2017 cuando menciona fue víctima de un atraco en el que fue golpeada con la cachá de un arma y acepta que al momento del despido no contaba con la calificación de pérdida de capacidad laboral, porque apenas estaba empezando su proceso con el oído, refiriendo que el tumor en la glándula parótida comenzó a raíz del incidente del robo.

En cuanto al conocimiento del empleador de las patologías, la demandante dijo que la cooperativa no conocía de las enfermedades previas de Guillan-Barré, ni histerectomía, porque nunca se le hizo un examen médico físico como normalmente lo hace una empresa, pero que después de que le pasó lo del incidente estuvo en coma, le hicieron cirugías, presentó pérdida de la capacidad, vértigo, problemas en la audición y no pudo terminar de laborar, y de allí ha venido incapacitada. Finalmente, la demandante refiere tener un porcentaje de 54.76 de pérdida capacidad laboral.

En interrogatorio de parte al representante legal de la compañía accionada, señor JOSÉ PEDRO NEL ROSERO CORREA, se le pregunta sobre las causales de terminación del contrato de trabajo a la demandante como trabajadora de la cooperativa, a lo cual mencionó:

“(..) la señora Mirna cumplía unas labores de surtir combustible en la estación de servicios de la cooperativa a los vehículos del servicio público. El día 4 de abril no se presentó, desde el 2, 3 y 4 de abril no se presentó, entonces se la intentó ubicar por todos los medios telefónicos, no fue posible, nosotros no podemos suspender el servicio público porque es una obligación legal y estatutaria, entonces nos tocó inmediatamente acudir a que una persona la reemplazara y al ver que no demostraba interés para volver al trabajo y que la incapacidad ya había terminado,

se decidió terminar el contrato, pero pagarle hasta el último día que cubría el contrato a pesar de que teníamos una justa causa para haberla despedido, no lo hicimos con esa justa causa sino que se le pagó el contrato hasta el último día donde estaba contratada de acuerdo a lo que existía.” (minuto 38:51 a 40:21).

Al indagarse al representante legal de la demandada si podía informar por qué patologías venía presentando la demandante esas incapacidades, respondió que ella tenía múltiples enfermedades como apendicitis, otitis y dolor de cabeza. Seguidamente se le indaga por la razón por la que se emitió la terminación del contrato de trabajo a la señora Mirna Lizbeth Lucumí Ortiz conociendo los estados de incapacidad anterior, indicando el interrogado que el tema era que los diagnósticos de las enfermedades no eran de origen laboral, por manera que lo que se hacía era respetar dichas incapacidades, e insistió en que había una justa causa para el despido al no presentarse a laborar los días 2, 3 y 4 de abril, sin embargo, dijo que se le pagó hasta el último día del contrato. Aclaró el representante legal de COOMOTORISTAS que el diagnóstico del tumor solo lo vinieron a conocer por razón del proceso.

7.5.5. De la revisión de las pruebas documentales ordenadas de oficio en esta instancia, incorporadas y sujetas a su contradicción sin tachas por las partes, aparece debidamente probado:

- Que la actora se vinculó laboralmente con la empresa SODEXO SAS desde el 14 de agosto de 2018, es decir, más o menos cuatro meses después de la terminación del contrato de trabajo con la pasiva, como da cuenta la historia de cotizaciones aportada con el documento 26(38)RespuestaRequerimientosJudiciales, del cuaderno digital de segunda instancia.
- Con la certificación aportada mediante el documento digital 16(1)CertificadoPensionado, del cuaderno digital de segunda instancia, en conjunto con los documentos aportados por la AFP PROTECCIÓN vistos en el documento PDF digital 26(38)Respuesta RequerimientoJudicial, del expediente digital de

segunda instancia, aparece debidamente probado que la actora está pensionada por invalidez desde el 18 de agosto del 2021, al calificarse una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, estructurada desde el 02 de febrero de 2021, por enfermedad común.

- También aparece probado que la demandante estuvo incapacitada desde el 12 de enero de 2019, con intermitencias, hasta el 28 de diciembre del 2020, según la certificación expedida por la EPS COOMEVA, vista en las paginas 13 y 14 del documento PDF digital 26(38)RespuestaRequerimientoJudicial, del expediente digital de segunda instancia.

CONCLUSIONES:

1. En armonía con los criterios jurisprudenciales reseñados, para que el asalariado pueda ser beneficiario de la protección laboral reforzada, debe estar debidamente acreditado (i) la discapacidad del trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo; (ii) que tal discapacidad le impida realizar las labores contratadas y (iii) que el empleador tenga conocimiento del estado de discapacidad del trabajador.

Cumplidos estos requisitos, el empleador está obligado a solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, so pena de nacer a la vida jurídica la presunción de que la terminación del contrato de trabajo es discriminatoria por razones de salud.

Para que el empleador destruya la presunción legal de discriminación, le incumbe demostrar la ocurrencia de una justa causa para la terminación del contrato de trabajo, so pena de que el despido se repute ineficaz y de paso, proceda el reintegro del trabajador.

2. La Sala avala la decisión de primera instancia de otorgar protección laboral reforzada a la demandante, toda vez que están

probados los requisitos jurisprudenciales resaltados anteriormente:

2.1. Está demostrado el estado de discapacidad en que se hallaba la demandante al momento en que se entregó la carta de despido, no obstante la discrepancia presentada con relación a la incapacidad médica otorgada a la demandante para el 28 de marzo de 2018, toda vez que la historia clínica muestra que ésta se otorgó por el término de 5 días, los cuales se entiende corrían desde ese mismo día hasta el 1 de abril de 2018; mientras en el certificado de incapacidad expedido a la demandante sólo se autorizaron 3 días y en la nota aclaratoria del médico se dijo que la incapacidad iniciaba el 01 de abril de 2018, lo cual es contrario a lo consignado en la historia clínica.

Así entonces, con los datos consignados y reflejados en la historia clínica se concluye que efectivamente para el 04 de abril de 2018, fecha en que se entregó la carta de despido a la demandante y se hizo efectiva la terminación del contrato de trabajo, aun cuando se liquidaron las prestaciones sociales hasta el 13 de junio de 2018, la demandante no tenía incapacidad médica vigente.

Sin embargo, de acuerdo a la historia clínica aportada por la demandante y los diferentes certificados de incapacidad, así como los dos reconocimientos médicos legales realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se obtiene plena certeza del padecimiento de varias enfermedades diagnosticadas como MASTOIDITIS AGUDA, OTITIS MEDIA NO ESPECIFICADA, OTROS VERTIGOS PERIFÉRICOS y CEFALEA, que eran de tal complejidad que incapacitaron a la trabajadora casi que de manera continua, entre los meses de enero al 01 abril del año 2018, lo que impidió por todo ese período su retorno al trabajo.

Inclusive, aparece probado que se continuaron expidiendo incapacidades después de que se le comunica a la demandante el despido, así: del 05 al 08 de abril de 2018; del 16 al 30 de abril de 2018 (15 días); del 09 a 13 de abril de 2018; por enfermedad general (pág.99, 106 y 108, del cuaderno (387)2019-00040 Mirna Lizbeth Lucumi Ortiz); además, también estuvo incapacitada durante los años 2019 y 2020, al punto que se tramitó la

calificación de la pérdida de capacidad laboral, con resultados superiores al 50%, que dio lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez, tal aparece probado en segunda instancia.

Conforme a todas estas evidencias probatorias, aparece debidamente probados los diagnósticos de MASTOIDITIS AGUDA, OTITIS MEDIA NO ESPECIFICADA, OTROS VERTIGOS PERIFÉRICOS y CEFALEA, que originaron las constantes incapacidades otorgadas en los días inmediatamente anteriores al despido y los posteriores, se obtiene total certeza que, la demandante estaba «discapacitada» para realizar sus labores al momento de la terminación del contrato de trabajo, porque, se insiste, del análisis de las pruebas en su conjunto para establecer la real y verdadera situación de salud que padecía la actora y sus limitaciones, permite concluir que con ocasión de estas enfermedades se emitieron constantes y frecuentes incapacidades por casi 3 meses anteriores al despido, y, a pesar de que las incapacidades se otorgaban por tiempos cortos (1, 3 o 5 días, hasta 15 días), no se puede perder de vista que fueron interrumpidas solo por algunos días en algunas ocasiones, que permite inferir que no hubo continuidad e impidió a la señora Lucumí Ortiz el desempeño de su rol laboral, esto es, la limitaron para ejercer el cargo para el cual fue contratada, tanto así que para marzo de esa misma anualidad se diagnosticó TUMOR BENIGNO DE LA GLÁNDULA PAROTIDA, por lo tanto, se infiere que la trabajadora al momento del despido se encontrara en estado de «discapacidad» para realizar las labores contratadas.

2.2. La entidad empleadora tenía pleno conocimiento de la situación de discapacidad que padecía la trabajadora para ejecutar sus labores, porque desde meses anteriores al despido tuvo acceso a las incapacidades médicas, que por su mínima intermitencia impidieron a la actora realizar sus labores de manera satisfactoria durante los tres meses anteriores al despido.

Entonces, si bien para la data del despido no se conoce con exactitud el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante, en todo caso, el empleador, por razón de las frecuentes incapacidades, sí estaba plenamente enterado de sus enfermedades, así como de su gravedad y complejidad, debido a

lo constante de las incapacidades entre enero y abril de 2018, pudiendo advertir la incidencia que tales enfermedades tenían en el desarrollo de sus actividades laborales, pues durante todo ese tiempo no pudo ejercer su labor.

Es más, del mismo interrogatorio de parte al representante legal de COOMOTORISTAS, el señor JOSÉ PEDRO NEL ROSERO CORREA, se extrae el conocimiento que tenía la empresa de las enfermedades de dolor de cabeza, otitis y apendicitis que padecía la señora Lucumí Ortiz (minuto 00:42:08, audio), enfermedades que son precisamente aquellas que por su persistencia y prolongación, en especial la cefalea y otitis, incapacitaron a la actora y venían siendo incompatibles para el desarrollo de un rol ocupacional en la empresa.

3. Probados los elementos indicadores de la protección laboral reforzada, presentes al momento en que el empleador preavisó la terminación del contrato de trabajo a la demandante, no cabe duda de que le era exigible la obtención de la autorización previa del Ministerio de Trabajo, para terminar el contrato al vencimiento del plazo o de manera unilateral sin justa causa.

Así las cosas, al existir ese nexo causal entre el preaviso y las condiciones de la salud de la trabajadora que habían surgido con antelación, no se equivocó el Juez al acceder a la estabilidad laboral reforzada a la accionante, dado que el preaviso fue discriminatorio.

Es decir, a pesar de que no existía un dictamen que diera cuenta del grado exacto de la pérdida de capacidad laboral, en este caso la discapacidad de la trabajadora era *evidente* por la naturaleza de sus limitaciones o deficiencias físicas previamente conocidas por el empleador.

En este punto, nuevamente vale recordar que los dictámenes proferidos por los organismos científicos no son una prueba solemne de la discapacidad, de suerte que, acudiendo a todos los medios probatorios analizados en su conjunto, bien quedó demostrada la discapacidad, la cual, a partir de esos mismos

medios de persuasión aportados se demuestra que la discapacidad era evidente o previsiblemente conocida por el empleador.

Además, la exigencia a la trabajadora de un dictamen de pérdida de capacidad laboral es totalmente desacertada en cuanto es imposible que lo aportara, por la simple razón de que para la fecha de su desvinculación se encontraba en tratamiento y la calificación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse una vez se conozca el diagnóstico definitivo de la patología, se termine el tratamiento o se hayan realizado los procesos de rehabilitación integral sin mejoría.

4. Ahora, como la decisión de terminar el contrato de trabajo fue unilateral del empleador y no obedece a una causa objetiva, por los antecedentes clínicos de su trabajadora, tenía el deber de proteger a la señora Mirna Lizbeth Lucumí Ortiz y acudir a la autoridad del trabajo para obtener el correspondiente permiso para su despido, ya que al tratarse de una persona con discapacidad merecía la garantía que se predica a su favor por normas de alta jerarquía como los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política y hoy en día la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en ese orden, fue precipitaba la decisión del empleador de finiquitar la relación de trabajo al no constatar que la demandante ya podía desempeñar sus funciones sin ninguna limitación y en forma eficiente, y por esa razón debe confirmarse la decisión de primera instancia.

No sobra precisar que el reintegro no implica un cambio en la naturaleza del contrato a término fijo pactado por las partes (CSJ SL15610-2016), el cual goza de plena validez y continuará rigiéndose por las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

5. Al validarse las declaraciones de primera instancia sobre la declaración de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y la orden de reintegro de la actora al mismo cargo, bajo las condiciones laborales pactadas en cuanto al salario, por una parte y por otra, encontrándose demostrado que la actora fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 54.76% con fecha de estructuración 2 de febrero de 2021, por enfermedad común – archivo 26(38)RespuestaRequerimientoJudicial.pdf folios 25 a 26 que reposa en el cuaderno de segunda instancia, lo cual condujo posteriormente al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común a partir de la data antes mencionada en cuantía de \$908.526, según se desprende del documento de folios 30 a 31 contenido en el archivo indicado en precedencia, lo que conduce a la Sala a disponer como extremos temporales para la liquidación de los salarios, prestaciones sociales y afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 14 de junio de 2018 y hasta el 1º de febrero de 2021, esto es, el día anterior al reconocimiento de la pensión por invalidez de origen común.

Efectuadas las liquidaciones con el salario mínimo devengado para el 2018, la demandada debe pagar a la demandante la suma de \$38.425.111,00 por concepto de salarios y prestaciones sociales, indexada hasta el mes de septiembre de 2022. En todo caso, la indexación opera hasta el pago efectivo de la condena.

8. COSTAS

En aplicación del numeral 1º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, no procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la parte apelante y demandada, COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA - COOMOTORISTAS, por cuanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

9. DECISIÓN

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 EL ORDINAL PRIMERO en su totalidad **y CONFIRMAR PARCIALMENTE EL ORDINAL SEGUNDO** sólo en relación con la declaración de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo declarado, de la parte resolutive de la sentencia proferida en primera instancia el día veintiuno (21) de mayo del año dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Laboral de Circuito de Oralidad de Puerto Tejada (Cauca), dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por la señora MIRNA LIZBETH LUCUMÍ ORTIZ, contra COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA - COOMOTORISTAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA – COOMOTORISTAS a: **(i)** Reintegrar sin solución de continuidad a la demandante señora MIRNA LIZBETH LUCUMÍ ORTIZ al cargo que venía desempeñando, hasta el 1° de febrero de 2021, y **(ii)** pagar a la demandante la suma de \$38.425.111,00, por concepto de los salarios y prestaciones sociales causados por el tiempo del reintegro, debidamente indexados a septiembre de 2022, de acuerdo con la liquidación que se ordenará glosar al expediente para los fines pertinentes. En todo caso, la indexación se causa hasta el día del pago efectivo de la condena. Además, deberá pagar las cotizaciones al fondo de pensiones donde se encuentra afiliada la actora.

TERCERO: SIN CONDENAS EN COSTAS de segunda instancia, como se dijo en la parte motiva.

CUARTO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia de primera instancia impugnada.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, de conformidad con el artículo 9° de la

Proceso Ordinario Laboral. Apelación sentencia. Expediente Radicación Nro.: 19-573-31-05-001-2019-00040-01. MIRNA LIZBETH LUCUMÍ ORTÍZ vs. COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA. Sentencia.

Ley 2213 de 2022.

Los Magistrados,



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

(SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL