

TEMA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- protege a aquellas personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y que se concreta en gozar de la posibilidad de permanecer en su empleo, a menos que exista una justificación no relacionada con su condición. Gozan de la garantía de estabilidad laboral reforzada las personas que, al momento del despido, no se encuentran incapacitadas ni con calificación de pérdida capacidad laboral, pero que su patología produce limitaciones en su salud que afectan las posibilidades para desarrollar su labor.

HECHOS: Solicitó la demandante se declare que existe un contrato a término indefinido con CONSENTIDO HUMANOS S.A.S desde el 01 de marzo de 2011, siendo despedida sin justa causa el 01 de diciembre de 2016, momento para el que gozaba de estabilidad laboral reforzada y en consecuencia se condene a la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T, pago del salario incluido reajuste que debió cancelarse incluyendo recargos por horas extras nocturnas y festivas laboradas, sanción moratoria, que se defina de fondo la situación de pérdida de capacidad laboral, minusvalía e invalidez y se asigne la pensión que corresponda y que se paguen los daños y perjuicios generados. En primera instancia el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que fue terminado unilateralmente y con justa causa por abandono del puesto de trabajo sin justificación, declaró que para el momento de la terminación del contrato la señora CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BETANCUR no se encontraba en estado de debilidad manifiesta y por tanto no podía acceder a las prerrogativas especiales que establece la Ley 361 de 1997. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió al demandado. Debe la analizar si es procedente la pretensión derivada de la estabilidad laboral reforzada.

TESIS: Distintos instrumentos internacionales consagran el derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad. Por un lado, conforme al Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas en condición de discapacidad, los Estados se obligan a posibilitar la readaptación profesional de este grupo poblacional. Este deber conlleva a que la persona obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así su integración en la sociedad. (...) Por otro, en el sistema regional de protección, se destaca la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas en condición de discapacidad, que fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999 e incorporada al derecho interno por la Ley 762 de 2002. (...) Para lograr la protección de esta población se han proferido diversas normas a nivel nacional. De manera particular, como medida de protección para la terminación del contrato de trabajo, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagra: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. (...) la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000 en la que se consideró que, en virtud de los principios de igualdad, respeto a la dignidad humana, solidaridad y protección especial de las personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta, el despido o terminación del contrato de trabajo sin la plena autorización del Ministerio de Trabajo, carece de cualquier efecto jurídico. (...) En punto al contenido que se protege ha considerado que el fuero de salud está compuesto principalmente por cuatro garantías: i) la prohibición general de despido discriminatorio, ii) el derecho a permanecer en el empleo, iii) la obligación a cargo del empleador de solicitar autorización al Inspector del Trabajo para desvincular al trabajador y iv) la presunción de despido discriminatorio. (...) De forma que, para determinar si una persona es beneficiaria o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada no es perentoria la existencia de una calificación de

pérdida de capacidad laboral. Así, la Alta Corporación ha concluido que la protección depende de tres supuestos: i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación. (...) la finalidad de este fuero se sustenta en la protección frente a la discriminación laboral en razón de la condición de discapacidad del trabajador; dejando claro que la anuencia previa por parte de la autoridad del trabajo vigoriza la garantía, pero no constituye la esencia de la protección, pues su omisión genera una presunción de despido discriminatorio susceptible de ser desvirtuada, siendo del resorte del empleador demostrar la existencia de una causal objetiva para el despido o la terminación del contrato. (...) En el caso de autos, es necesario indicar que su historia clínica acredita es que su recuperación y rehabilitación no fue del todo posible y que, en estricto sentido, existía una condición física que, dada su labor en el acompañamiento y cuidado en las actividades diarias de los pacientes en los hogares, clínicos u otros espacios extramurales, imponía barreras serias en la ejecución de esas labores de acompañamiento a pacientes: asistencia en la ducha, arreglo del espacio y tendido de la cama, acalamiento y arreglo personal de los pacientes, actividades de recreación, direccionamiento y asistencia en ejercicios pasivos; y demás funciones inherentes a su cargo. (...) Una vez cesadas las incapacidades laborales el Staff del Instituto Colombiano del dolor emitió unas RECOMENDACIONES FUNCIONALES que sin duda tenían impacto en la ejecución de las labores que CELMIRA HERNÁNDEZ debía ejecutar en el acompañamiento y cuidado en las actividades diarias de sus pacientes. (...) Pues bien, para esta corporación es claro que, en principio, cuando un trabajador no se presenta a laborar con ello vulnera el artículo 58 numeral 1 y el numeral 4 del artículo 60 del C.S.T., pero en este caso concreto y una vez analizado el contexto en el que se presentó el manejo de la situación con ocasión del regreso de la señora CELMIRA HERNÁNDEZ a la actividad laboral en el mes de noviembre de 2016, lo que se evidencia es el claro incumplimiento del empleador en las obligaciones a su cargo respecto a la adopción e implementación de ajustes razonables para superar las barreras que la trabajadora presentaba: No solo se le propuso que presentara la renuncia o una terminación de mutuo acuerdo con el pago de una bonificación; si no que se abstuvo de brindar verdaderas opciones que garantizaran la protección de sus derechos laborales en un marco de respeto a su dignidad humana como trabajadora en situación de discapacidad.(...)

MP. ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BETANCUR
DEMANDADO: CONSENTIDO HUMANOS S.A.S
RADICADO: 050013105 015 2018 00620 01
ACTA N°: 25

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**, **HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO** y **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA** procede a resolver el recurso de apelación de la activa frente a la sentencia con la cual el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

A continuación, la Sala previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 25** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, doctora Ana María Zapata Pérez, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La demandante pretende que se declare que existe un contrato a término indefinido con CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. desde el **1 de marzo de 2011**, siendo despedida sin justa causa el **1 de diciembre de 2016**, momento para el que gozaba de **estabilidad laboral reforzada**, y en consecuencia: **i)** se condene a la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T., pago del salario incluido reajuste que debió cancelarse incluyendo recargos por horas extras nocturnas y festivas laboradas, sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T por no haberse cancelado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidos. **ii)** Que se defina de fondo la situación de pérdida de capacidad laboral, minusvalía e invalidez y se asigne la pensión que corresponda. **iii)** Que se paguen los daños y perjuicios generados.

Para sustentar estas pretensiones, afirmó básicamente lo siguiente: **i)** Se vinculó laboral con CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. desde el 1 de marzo de 2011 para cumplir las labores asignadas como cuidadora de ancianos en las casas y clínicas donde fuese remitida, realizando la labor hasta que perdió su salud por la sobrecarga laboral, maltrato de parte de la empleadora y falta de descanso, señalando que cuando inició el vínculo estaba en perfectas condiciones, era la empleada estrella para asignarle las tareas más difíciles y cuando se enfermaba la empleadora le pedía que no cumpliera las incapacidades. **ii)** Luego de cinco años de constante trabajo comenzó a presentar dolor en la región lumbar,

¹ PRIMERA INSTANCIA – CARPETA C01- 05001310501520180062000 – páginas 2 a 17

talones, manguitos rotadores y especialmente en el hemicuerpo derecho adquiridos por causa del trabajo asignado cumpliendo largas jornadas y manipulación de pacientes de alto peso y movilidad reducida. Tras cumplir varias incapacidades los médicos emitieron varias restricciones y recomendaciones para acatar en el puesto de trabajo, las que fueron desatendidas por la empleadora que incluso le impedía que utilizara el bastón recomendado, y tampoco cumplió con el estudio del puesto de trabajo, forzándola a cumplir los turnos desconociendo su delicado estado de salud. **iii)** Afirma que el cuadro clínico inició el 2 de junio de 2016 con la secuencia de 3 noches en el trabajo donde tuvo que movilizar sola a un paciente quedando con dolor lumbar, por lo que se generaron recomendaciones médicas funcionales por 6 meses. Todo ello le generó gran estrés y trauma psicológico, al sentir que no cumplía con las tareas forzadas que le asignaba la empleadora y porque la EPS no le siguió generando incapacidades no obstante registrarse las afectaciones derivadas del trabajo. **iv)** Resalta que lleva más de dos años incapacitada con movilidad reducida y sin poder laborar, sin ser calificada su PCL encontrándose en situación de vulnerabilidad e indefensión. Dice que su estado de salud no mejora a pesar de las reiteradas consultas médicas y que por la falta de tratamiento integral se le han desarrollado otras patologías como afectaciones psicológicas y del corazón, pero los galenos no le expiden las incapacidades; afirmando que sin definirse la invalidez no goza de esta pensión, por lo que se configura culpa patronal y se vulnera el derecho al mínimo vital, amenazándose otros derechos fundamentales. **v)** Dice que CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. violó su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada al dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a pesar de que se encuentra en tratamiento médico y en proceso de rehabilitación aun sin calificar la pérdida de capacidad laboral, siendo violatorio del debido proceso terminar el contrato de trabajo sin contar con la autorización del Ministerio de Trabajo. Y el 2 de diciembre de 2016 le fue terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa con una carta en la que se informan los motivos que la empresa tuvo para ello, que no conoció de forma directa. Expresa que la empresa obró de mala fe, al no ser notificada de la decisión de despido, generándose un fuerte nexo causal en el daño y el perjuicio.

2. LA CONTESTACIÓN²

CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. se opuso a la totalidad de pretensiones, expresando básicamente: Que la relación laboral finalizó con justa causa debido a los graves incumplimientos contractuales de la trabajadora. Dice que al momento de la terminación del vínculo no contaba con una pérdida de capacidad laboral determinada por las autoridades para ello, destacando que con el dictamen aportado con la actora la presunta invalidez se estructuró varios meses después de su retiro de la empresa. Y que la liquidación de prestaciones sociales le fue reconocida completa y oportunamente,

² PRIMERA INSTANCIA – CARPETA C01- 05001310501520180062000 – páginas 504 a 511

ciñéndose a lo establecido en las normas legales, sin que obre en el expediente pruebas que certifiquen la existencia o derecho a una remuneración mayor a la establecida en el documento de liquidación. Agrega que no existen razones para señalar que el despido fue ilegal o injusto, porque existieron razones de peso para que el empleador tomara la determinación de finalizar el contrato, siendo la trabajadora quien decidió dejara de prestar los servicios y negarse a presentarse a laborar aún bajo el requerimiento del empleador. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, TEMERIDAD O MALA FE.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia del **16 de agosto de 2019**³ la Juez decidió declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo lugar entre el **1 de marzo de 2011 hasta el 1 de diciembre de 2016** con un salario básico actual de \$917.700, que fue terminado unilateralmente y **con justa causa por abandono del puesto de trabajo sin justificación**. Declaró que para el momento de la terminación del contrato la señora CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BETANCUR no se encontraba en estado de debilidad manifiesta y por tanto **no podía acceder a las prerrogativas especiales que establece la Ley 361 de 1997**, así como tampoco el empleador tenía la obligación de solicitar la autorización por parte del Ministerio de Trabajo. Así, declaró probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**, absolviendo de la totalidad de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Para tomar estas determinaciones, razonó de esta manera. En primer lugar, encontró acreditada la existencia del vínculo laboral entre el **1 de marzo de 2011 hasta el 1 de diciembre de 2016** y en relación con el salario y la pretensión relacionada con la liquidación deficitaria de prestaciones sociales, **no encontró prueba** alguna que determine que la demandante hubiese laborado **horas extras** para su empleadora ni su cantidad

Referente a la **estabilidad laboral reforzada**, luego de citar el artículo 53 de la C.P., el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las sentencias CSJ-SL 5163 de 2017 y CSJ-SL 1360 de 2018 , luego de valorar la prueba documental (historia clínica, certificado de evaluación de atención psicológica por cuenta del facultativo Freddy Osorio Zapata, Dictamen de Pérdida de la Capacidad para laborar proveniente del galeno Adiel Gómez Chica del 24 de enero de 2018, Dictamen proveniente de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y concepto médico de la EPS del 12 de marzo de 2018); concluye que para la fecha en que la demandada decidió dar por terminado el vínculo laboral la actora ésta no estaba incapacitada y tampoco tenía restricción médica pues solo se dieron algunas recomendaciones generales. Tampoco existía dictamen que diera cuenta de que la señora Celmira del Socorro tuviese una pérdida de capacidad laboral. Resalta que la

³ PRIMERA INSTANCIA – CARPETA C01- 05001310501520180062000 – página 528

fecha de Estructuración que se define en el dictamen que aportó la actora deja entrever que la terminación no se produjo con base en un criterio discriminatorio, sino por las inasistencias injustificadas al sitio de trabajo. Y a partir de las afirmaciones de la Representante Legal y de la prueba testimonial recaudada concluye que CON SENTIDO HUMANOS S.A.S. tenía conocimiento de que la actora tenía unas recomendaciones médicas dadas por la EPS para realizar el oficio luego de volver de una larga incapacidad, pero no se demostró que tuviese una limitación de índole moderada, severa o profunda, y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagra una garantía de *estabilidad laboral* únicamente para aquellas personas que padecen una limitación de ese tipo y no para quienes tengan una afectación de salud. Refiere así, que acoge lo sostenido por la CSJ que ha indicado que esa garantía es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo y no procede para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud.

En tercer lugar sobre **el despido** cita el artículo 62 del C.S.T y la sentencia SL 1260 de 2019 y tras valorar los comunicados del 23 y 29 de noviembre de 2016 dirigidos por CON SENTIDO HUMANO a la demandante solicitando explicaciones relacionadas con el por qué no se presentó a trabajar desde el 22 de noviembre de 2016 y citándola a rendir descargos para el 30 de noviembre de 2016 a las 2:00 p. m. y la carta de terminación con justa causa, todo ello a la luz de lo afirmado por la Representante Legal, los testigos Luz Marina Fonnegra Vélez y Yuly Andrea Londoño Cossio y la aceptación de la demandante de no haber vuelto a trabajar porque se había caído en su casa; concluye que no hay lugar a declarar que hubo un despido injusto y mucho menos condenar a reconocer la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

Respecto a la **Indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T** cita las sentencias SL 2982 de 2018, SL 3492 de 2018 y SL 2897 de 2018 y a partir de la liquidación del contrato de trabajo, el comunicado dirigido a la actora sobre la consignación realizada en la cuenta de ahorros y la declaración de la testigo Luz Marina sobre haber dejado el documento en la dirección en la que residía la actora, concluye así su improcedencia.

Finalmente, en relación con los **perjuicios** reclamados invoca el **artículo 216 del C.S.T**, resaltando que según el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez las enfermedades que padece la actora no son de origen profesional y por esta mera circunstancia se descarta cualquier condena por perjuicios por ese tema.

4. RECURSO DE APELACIÓN DE CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BETANCUR

Inconforme con la decisión, la apoderada estructura su argumentación de este modo:

Señala que se desconoció material probatorio y no se tuvo en cuenta la calificación de la pérdida de capacidad que se encuentra en curso ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ni el examen realizado a la demandante el 3 de agosto de 2019. Que la actora empezó a padecer afectaciones en su salud asociadas al trabajo que la incapacitaban largos períodos por prácticas indebidas que se están adelantando con muchos trabajadores en Colombia a los que se les califican enfermedades laborales como de origen común. Y se desconoció el hecho de que ingresó a laborar en el año 2011 en buenas condiciones y en diciembre de 2016 salió con graves afectaciones en su columna y manguitos rotatorios quedando prácticamente inmovilizada, resaltando que el hecho de que la empleadora ni la ARL hubiesen hecho oportunamente la valoración de la pérdida de capacidad laboral en el año 2015 o durante el año 2016, no desvirtúa las afectaciones que padece realmente.

Aduce que, si bien el dictamen aportado con la demanda en el que se asigna una pérdida de la capacidad laboral del 62,5% señala que esto es posterior al despido, se trata de secuelas que vienen de tracto sucesivo, resaltando que se solicitó al despacho que se citara al perito para la ratificación del dictamen por ser un tema técnico, resaltando que ello pudo llevar a la Judicatura a emitir un fallo adverso a los reales intereses de la actora. Que tampoco se tuvo la oportunidad de que se escucharan los testimonios enunciados por la actora, porque no se tuvo claridad de que iba a realizar una audiencia concentrada. Y que solicitó no se emitiera un fallo sin conocer el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que definiría la real pérdida de capacidad para laborar, lo que tampoco fue aceptado, argumentando así que se presentó una violación al debido proceso porque es necesario aclarar si le asiste una estabilidad laboral reforzada.

Cuestiona en relación con el despido, que se hubiese dado valor al hecho de que hubiese efectuado con una simple carta que dicen arrojaron a la puerta de la vivienda de la actora, quien afirma que nunca la recibió.

Y expresa que no es lógica la suma de \$1.624.861 que fue reconocida con la terminación, señalando que si bien consignada puede tomarse como un pequeño abono a lo que realmente corresponde porque lo pagado no corresponde con el salario devengado que ascendía más o menos a \$1.100.000 porque la misma actora indicó que laboraba horas extras y que los horarios estaban entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., se admitió que se le pagaban algunas horas extras lo que no se vio reflejado en la liquidación, por lo que no era posible exonerar de la sanción. Y hace referencia a la consignación de las cesantías señalando que lo expresado por la representante legal en contraste con la prueba de que la actora estuvo afiliada como cotizante hasta el mes seis del año 2017, conlleva a concluir que no hay coherencia con la liquidación aportada.

Respecto a los testimonios dice que fueron rendidos por subalternos, no fueron claros en lo que tiene que ver con la asignación de turnos que se le daban a la actora que cumplió turnos hasta el 17 de noviembre de 2016 en la Clínica El Rosario, señalando que esta constancia fue solicitada por escrito y le dieron como respuesta que todo se había hecho de manera verbal. Y resalta que de acuerdo a lo por ella afirmado en el interrogatorio de parte, la nueva asignación de tareas que proponía la empleadora a partir del 24 de noviembre de 2016 era de barrer y trapear, funciones totalmente incompatibles con su estado de salud.

Refiere que obra la solicitud que le realizara la Junta Regional a Con Sentido Humano SAS para realizar un estudio al puesto de trabajo de la actora y que cuando fueron a materializar esta solicitud la empresa manifestó que se debía hacer en la vivienda de la señora Lince a quien se le estaba prestando el servicio de cuidadora para el momento en que se venían desempeñando las funciones de la actora. Argumenta que en vista de que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la EPS y la ARL estaban emitiendo conceptos por fuera de derecho que desconocían cual era realmente la pérdida de capacidad para laborar y que era asociada al trabajo, la demandante de su propio peculio realizó el pago del perito idóneo, insistiendo en que en todo caso se encuentra pendiente el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinante para conocer la real pérdida de capacidad para laborar de la actora

Finalmente se opone a la condena en costas argumentando que a la actora la han sometido a una serie de trámites, ha tenido que interponer acciones de tutela y la presentación de un proceso ordinario que en primera instancia sorprende con un fallo absolutorio

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN ESTA INSTANCIA.

En esta instancia, con auto del **8 de abril de 2021**⁴ se admitió el recurso y se corrió traslado a las partes, solo intervino la apoderada de la activa, señalando lo siguiente⁵: **i)** Solicita se “*revoque la sentencia*” y se remita el proceso a la primera instancia para que se reabra el debate probatorio por haberse dejado de practicar pruebas requeridas para la defensa de la demandante conllevando a un fallo adverso, haciendo énfasis en la ratificación del dictamen por el perito como fundamento de la PCL de la demandante conforme el artículo **408 del Código de Procedimiento Penal** que considera aplicable por analogía. **ii)** Insiste en que las afectaciones de la actora se han agudizado por la falta de continuidad

⁴ CARPETA SEGUNDA INSTANCIA – archivo 01

⁵ CARPETA SEGUNDA INSTANCIA – archivo 03 – 06. Si bien con auto del 29 de abril de 2021 se señaló que no se tendrían en cuenta los alegatos afirmando su extemporaneidad, se advierte que con correo del 13 de abril la apoderada de la activa había solicitado remisión del expediente. Por ello, en aras de garantizar el debido proceso y derecho de defensa por una omisión no atribuible a la recurrente, se deja sin valor aquella providencia y se valorará la intervención de la apoderada.

de los tratamientos médicos especializados y oportunos al ser despedida del trabajo dejando de cotizar a la seguridad social desde el año 2016, interrumpiéndose el record de incapacidades médicas. **iii)** Reitera que la empleadora no cumplió con las restricciones y recomendaciones médicas, negándose a efectuar el estudio del puesto de trabajo en el momento de la ejecución de las labores, obligada a trabajar forzosamente y a cumplir los turnos asignados sin los descansos requeridos, situaciones que fueron deteriorando su salud física y mental hasta provocarle un retiro forzoso que no fue legalizado por la empleadora ante el MINISTERIO DEL TRABAJO. **iv)** Insiste en que no se dio valor a las pruebas, en especial al dictamen del perito aportado con la demanda y los testimonios, desconociendo el nexo causal con las pretensiones que van dirigidas a que se paguen los dineros adeudados por despido injusto y se cancelen los ítems adeudados desde la fecha en que fue retirada de la seguridad social; y que se de valor a la pérdida de capacidad laboral con miras a asegurar una pensión de invalidez dadas las graves afectaciones a la salud que hoy le impiden su movilización y vincularse laboralmente. **v)** Recaba en que se está a la espera del resultado del recurso de apelación a otra calificación de Pérdida de Capacidad Laboral realizada por la Junta Regional y que tuvo yerros en la valoración de los diagnósticos y en los porcentajes asignados.

Se resalta que con memorial anterior, que fuera radicado el **13 de abril de 2021**⁶, la apoderada de la activa solicitó de la Sala la **ratificación** del dictamen aportado con la demanda, que considera determinante para tener en cuenta en la sentencia porque da cuenta de la deteriorada condición física de la demandante, de la pérdida de capacidad laboral y su situación de discapacidad.

Pues bien, se ha proferido una **decisión absolutoria** y la competencia de la Sala está dada por las materias del **recurso de apelación** de la demandante. Por esta razón, el análisis en esta instancia se abordará en el siguiente orden lógico.

- En primer lugar, se determinará si en este caso se acredita la existencia de una causal de nulidad que conlleve a anular la sentencia y ordenar que en primera instancia se reciba la declaración del perito ADIEL GÓMEZ CHICA en relación con el dictamen realizado el 24 de enero de 2018 en el que se definió una Pérdida de Capacidad Laboral del 66.82% con fecha de estructuración del 6 de septiembre de 2017 y el origen laboral de la enfermedad; así como para practicar la prueba testimonial solicitada en la demanda y decretada en la audiencia pública del 16 de agosto de 2019. Y se analizará si conforme la solicitud efectuada con memorial radicado el **13 de abril de 2021**, resulta procedente recibir en esta instancia la declaración del perito ADIEL GÓMEZ CHICA.
- En segundo término, y dado que no es objeto de discusión que la terminación del vínculo laboral acaeció el **1 de diciembre de 2016**, se abordará el análisis de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de

⁶ SEGUNDA INSTANCIA – archivo 02 y 03

lo definido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor el 10 de junio de 2011, así como de la ley estatutaria 1618 de 2013, y el precedente jurisprudencial de las Altas Cortes sobre la materia.

- Y solo en caso de que no resulte procedente la pretensión derivada de la estabilidad laboral reforzada por la situación de discapacidad al momento del despido, se analizará si se acredita el pago deficitario de los conceptos que fueron reconocidos en la liquidación definitiva de prestaciones sociales en los términos afirmados en la demanda, así como la procedencia o no de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T
- Finalmente, se dispondrá sobre las costas de la primera instancia.

6. NO SE ACREDITA CAUSAL PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LA SENTENCIA

La apoderada de la demandante afirma que en el trámite de la primera instancia se incurrió en irregularidades que constituyen vulneración al debido proceso y de contera, a la nulidad de la sentencia adoptada en primera instancia; relacionadas principalmente con el hecho de que no se hubiese practicado la prueba testimonial decretada, ni recibido la declaración del perito que realizó el dictamen aportado con la demanda. Sobre el particular, baste señalar lo siguiente:

En relación con la prueba testimonial solicitada en la demanda⁷, se advierte que con providencia del **18 de febrero de 2019** se fijó el día martes **21 de mayo de 2019** como fecha para realizar las dos audiencias consagradas en los artículos 77 y 80 del Código Procesal del Trabajo⁸. Y llegado el día en que se realizarían las diligencias, se emitió auto con el que fueron reprogramadas, para el **viernes 16 de agosto de 2019**⁹:

Dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, instaurado por CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BETANCUR contra CONSENTIDO HUMANO S.A.S., se REPROGRAMAN las Audiencias de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de Pruebas y **SEGUIDAMENTE LA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO** para el día VIERNES 16 DE AGOSTO DE 2019 A LAS 9:00 A.M.

Fue así como el **viernes 16 de agosto de 2019** se realizó inicialmente la audiencia OBLIGATORIA DE CONCILIACIÓN, DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS, SANEAMIENTO Y FIJACIÓN DEL LITIGIO (**artículo 77 del Código Procesal del Trabajo** modificado por el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007), oportunidad en la que se decretaron todas las pruebas pedidas en la demanda, entre ellas la recepción de testimonios. Y a continuación, conforme lo anunciado en el auto, se celebró la audiencia de TRÁMITE Y JUZGAMIENTO consagrada en el **artículo 80 del Código Procesal del trabajo** (modificado por el

⁷ GILMA DE LEBRÓN, MARLENY SÁNCHEZ ÁLVAREZ, OLGA CÓRDOBA Y RUBÉN DARÍO CANO

⁸ PRIMERA INSTANCIA – CARPETA C01- 05001310501520180062000 – página 523

⁹ PRIMERA INSTANCIA – CARPETA C01- 05001310501520180062000 – página 527

artículo 12 de la Ley 1149 de 2007), en la que de acuerdo con lo dispuesto en la norma procesal, se practican las pruebas decretadas, entre ellas los testimonios e interrogatorio de parte decretado, para a continuación en el mismo acto, dictar la sentencia como en efecto sucedió. No se vislumbra entonces irregularidad procesal alguna, porque habiéndose anunciado con tres meses de anticipación la realización conjunta de las dos audiencias en la misma fecha, era responsabilidad de la parte demandante que para ese día concurrieran los testigos anunciados en la demanda.

Ha insistido la apoderada de la activa en que se reciba la declaración del señor ADIEL GÓMEZ CHICA, perito médico que realizó dictamen de CALIFICACIÓN DE DETERMINACIÓN DE PCL Y OCUPACIONAL el 24 de enero de 2018 que fuera aportado como prueba con la demanda¹⁰. Argumenta la apoderada que se trata de un tema técnico por lo que se requiere de la sustentación del dictamen emitido por el profesional de las ciencias de la salud. En relación con este aspecto, se resalta a la apoderada que si bien en el Estatuto Procesal del Trabajo no existe norma que regule el trámite a seguir para la contradicción de los dictámenes practicados en vigencia del CGP, de conformidad con el artículo 145 CPL y S.S. se debe acudir al CG del P, que en el artículo 228 regula la materia:

ARTÍCULO 228. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor [...] PARÁGRAFO. En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito. En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

(Subrayas intencionales)

De acuerdo con esta disposición normativa, para la Sala no queda duda que el debido proceso en materia de contradicción de dictámenes se concreta en lo siguiente: **i) Dentro del término del traslado, la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones; ii) En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al**

¹⁰ Es el profesional que realizó dictamen de CALIFICACIÓN DE DETERMINACIÓN DE PCL Y OCUPACIONAL el 24 de enero de 2018 - PRIMERA INSTANCIA - CARPETA C01-05001310501520180062000 - página 72 a 83

perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

Siendo, así las cosas, al tratarse de un dictamen aportado con la demanda, la solicitud de comparecencia del perito para la sustentación se encontraba en cabeza de CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. quien guardó silencio en la contestación. Y se advierte que la Juez tampoco encontró necesaria su comparecencia para resolver el fondo de la litis.

En el mismo sentido, ante la solicitud que se efectuara en esta instancia por la apoderada, se advierte que aun contando con las facultades oficiosas conferidas en la ley (artículo 13 de la Ley 1149 de 2007) esta corporación tampoco encuentra necesario dispone reabrir el debate probatorio para decretar la intervención del doctor ADIEL GÓMEZ CHICA; siendo claro que se trata de una determinación que solo se sustenta en la conducencia y pertinencia de la prueba, lo que en manera alguna advierte para resolver de fondo la litis.

Máxime, si se cuenta en el plenario con la historia clínica en la que se sustenta tal experticia, así como con los dictámenes emitidos por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que fueran incorporados al proceso en virtud de la prueba decretada por la Sala y que fueron puestos en conocimiento de las partes con providencia del pasado 4 de abril, sin que hubiesen efectuado pronunciamiento alguno¹¹.

7. EL DESPIDO DE LA DEMANDANTE CARECE DE EFECTO: GOZABA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DE SU SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Distintos instrumentos internacionales consagran el derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad. Por un lado, conforme al **Convenio 159 de la OIT**¹² sobre la readaptación profesional y el empleo de personas en condición de discapacidad, los Estados se obligan a posibilitar la readaptación profesional de este grupo poblacional. Este deber conlleva a que la persona obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así su integración en la sociedad. En este orden de ideas, corresponde a los Estados formular, aplicar y revisar periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas en condición de discapacidad. Aquella debe basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores en general.

Por otro, en el sistema regional de protección, se destaca la **Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación** contra las Personas en condición de discapacidad, que fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999 e incorporada al derecho interno por la Ley 762 de 2002.

¹¹ SEGUNDA INSTANCIA – archivos 13 a 15

¹² Ratificado por Colombia el 7 diciembre 1989.

Y el **artículo 27** de la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** establece que aquellas tienen derecho a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. Lo anterior, en un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible. Para tal fin, establece que los Estados deben salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo. Por tal razón, deben tomar medidas pertinentes como: i) prohibir la discriminación por motivos de discapacidad respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo; ii) proteger los derechos de las personas en condición de discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables; iii) asegurar que estas personas puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales; iv) permitir que tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional; v) alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de estas personas en el mercado laboral, así como apoyarlas en la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; vi) emplear a personas en condición de discapacidad en el sector público; vii) promover el empleo de personas en condición de discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes; y viii) velar porque se realicen ajustes razonables en el lugar de trabajo.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los **artículos 13, 47 y 54** de la Constitución Política se imponen al Estado diversas obligaciones y deberes en relación con estas personas para procurarles condiciones de igualdad real, proteger especialmente a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por sus condiciones económicas, físicas o mentales, adelantar políticas de integración social de estas personas y en particular de *"garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud"*, a las cuales subyace el deber constitucional de **solidaridad** consagrado en el art. 1 de la Carta Política.

Para lograr la protección de esta población se han proferido diversas normas a nivel nacional¹³. De manera particular, como medida de protección para la terminación del contrato de trabajo, el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997** consagra:

Artículo 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, 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.¹⁴

¹³ Entre otras, la Ley 1618 de 2013.

¹⁴ Cabe anotar que el **Decreto 019 de 2012** modificó la anterior norma en el sentido de incluir la excepción **de no tener que acudir al Ministerio de Trabajo para autorizar el despido del trabajador**

El último inciso fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la sentencia **C-531 de 2000** en la que se consideró que, en virtud de los principios de igualdad, respeto a la dignidad humana, solidaridad y protección especial de las personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta, el despido o terminación del contrato de trabajo sin la plena autorización del Ministerio de Trabajo, **carece de cualquier efecto jurídico**.

7.1. SOBRE LOS SUJETOS OBJETO DE PROTECCIÓN Y EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN

En relación con este aspecto y con ocasión de la decisión adoptada en la sentencia **C-531 de 2000** se ha presentado en nuestro ordenamiento jurídico una constante evolución en la jurisprudencia de las Altas Cortes, y si bien con el paso de los años se han ido acercando en sus lineamientos, aún existe diversidad de criterio sobre la materia.

7.1.1. EL PRECEDENTE DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Alta Corporación tenía adoctrinado que no toda afectación de salud es merecedora de la protección foral, sino aquella que fuese relevante por lo que no resultaba suficiente la acreditación de patologías, incapacidades médicas o limitaciones temporales en el trabajador para que se le tuviese como destinatario del fuero del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que debía demostrarse, por regla general, que contaba con una limitación igual o superior al 15 % de su pérdida de la capacidad laboral, independientemente del origen que tuviese¹⁵. En su momento se asentó que ante la ausencia de prueba técnica, aquella limitación podía inferirse de su estado de salud, siempre y cuando, fuera **notorio, evidente y perceptible**, precedido de elementos que constataran la necesidad de la protección¹⁶, precisando incluso que la disminución significativa podía ser confirmada con posterioridad a la culminación del contrato de trabajo pues en muchas ocasiones la calificación de la pérdida de capacidad laboral está determinada por cuestiones administrativas en las cuales no tienen injerencia el trabajador ni empleador llevando a que el trámite termine dándose con posterioridad a ese hecho¹⁷. Pero lo cierto es que tal postura jurisprudencial fue reevaluada recientemente.

En efecto, a partir de la sentencia **CSJ SL1152-2023**, reiterada en las **CSJ SL1154-2023**, **CSJ SL1181-2023**, **CSJ SL1184-2023**, **CSJ SL1259-2023**, **CSJ SL1268-2023**, **CSJ SL1491-2023**, **CSJ SL1503-2023**, **CSJSL1504-2023**, **CSJ SL1508-2023**, **CSJ SL1817-2023** y **CSJSL1818-2023**, se acogió el *modelo social* de ese colectivo de personas¹⁸ para la determinación y análisis

si este incurría en una de las causales de despido por justa causa establecidas en la ley. Sin embargo, este fue declarado inexecutable por la sentencia **C-744 de 2012**.

¹⁵ CSJ SL10538-2016, CSJ SL11411-2017, CSJ SL2841-2020, CSJ SL2586-2020, CSJ SL57-2021 y CSJ SL711-2021, CSJ SL1708-2021, CSJ SL2651-2021 y CSJ SL4632-2021

¹⁶ CSJ SL572-2021

¹⁷ En las sentencias CSJ SL1708-2021, CSJ SL4632-2021 y CSJ SL3144-2021

¹⁸ Se trata del modelo presente en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las

de los titulares de la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, siempre que el despido se haya producido con posterioridad a la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (**10 de junio de 2010**).

En tales decisiones, la Alta Corporación estableció las reglas que rigen la lectura sistemática y contextual del fuero de discapacidad, armonizando la aplicación e interpretación de la ley con la lectura realizada por las cortes internacionales de justicia y el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, cuya creación fue prevista en el artículo 34 de la CDPC.

Así, **sustantivamente** señala que la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está determinada por los **dos factores objetivos** que componen la discapacidad en los términos del **literal e) del preámbulo** y el **artículo 1°** de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). De ahí que son titulares de esta prerrogativa foral, los trabajadores que demuestren de manera **concurrente** los siguientes elementos¹⁹: **i)** La existencia de una **deficiencia** física, mental, intelectual o sensorial **a mediano y largo plazo**. Entiéndase por deficiencia conforme a la CIF, "*los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*". **ii)** La existencia de una **barrera**²⁰ para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, **al interactuar con el entorno laboral**, le impide ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás.

Lo anterior se traduce **procesalmente** en la siguiente **carga probatoria para el trabajador**²¹:

- **En primer lugar, debe demostrar su condición de discapacidad**, a través de la acreditación, **en su orden**, de: i) La existencia de una deficiencia física, mental,

Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad del 7 de junio de 1999 – CIADDIS- y en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006 – CDPD- , traídas a nivel interno con las **Leyes 762 de 2002** y **1346 de 2009** que han sido desarrolladas, entre otras, con la **Ley 1618 de 2013**, la **Ley 1996 de 2019** y los **Decretos 2011 de 2017**, **Decreto 2177 de 2017** y **Decreto 392 de 2018** que reglamentan los procesos de inclusión laboral de este grupo poblacional y se configuran en "*el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en condición de discapacidad*", según lo indicó la Corte Constitucional en la decisión **C066-2013**.

¹⁹ O, como se explicó en la sentencia **CSJ SL1508-2023**, aquellos que acrediten "(...) el **factor humano** que es la existencia de una deficiencia o discapacidad de **mediano o largo plazo** y el **factor contextual**, que es el entorno laboral y actitudinal y la interacción de ambos (...)"

²⁰ Las cuales, según se indicó en la mencionada línea jurisprudencial, en relación con el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013, se refiere a son "*cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad*" y que, a modo enunciativo, podría ser de carácter **actitudinal, comunicativo, o físico**.

²¹ Se precisa que en relación con ello existe libertad probatoria y, aunque en principio es carga del trabajador, nada obsta para el decreto de pruebas de oficio cuando se requieran para el esclarecimiento de los hechos.

intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad **de mediano o largo plazo**²² - **factor humano**; ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico - **factor contextual**-; y iii) La contrastación e interacción entre los anteriores factores, **deficiencia o limitación** con el **entorno laboral**²³.

- Demostrado lo anterior, debe acreditarse **el conocimiento del empleador** de la discapacidad al momento del despido a través de cualquier medio probatorio, a menos que sean notorios para el caso, es decir, que se trate de situaciones evidentes e irrefutables en relación con la deficiencia y las barreras en el entorno laboral²⁴.

Así las cosas, probados estos dos elementos nacen dos efectos jurídicos concurrentes:

- **En primer lugar, las obligaciones a cargo del empleador (acciones afirmativas)**. Se refiere a las cargas derivadas de los **ajustes razonables**²⁵ que se constituyen en un elemento determinante para eliminar o mitigar cualquier tipo de discriminación²⁶ y que son imperativas en el marco de la garantía de dignidad humana, dignidad en el empleo y no discriminación²⁷, así como en virtud de los principios de solidaridad consagrado en el artículo 95 y función social de la empresa en el artículo 333 de la Carta Política.

Estos ajustes razonables sólo pueden evaluarse después de haberse establecido que la persona presenta **deficiencias, enfrenta barreras** actitudinales y/o del entorno y que ello le genera efectivamente un **tratamiento desigual (CSJ SL1268-2023)**, es decir, que es presupuesto para ello el que se hubiese definido que el trabajador es titular de la garantía foral por contar con una condición de discapacidad; pues, como también se

²² La sentencia **CSJ SL1184-2023** analizó con precisión la exigencia de mediano o largo plazo, enfatizando en que: *"la situación de discapacidad de una persona requiere un ejercicio probatorio que permita al juez determinar no solo su existencia, sino que esta se caracterice por ser de mediano o largo plazo, siendo necesario, además, la prueba de las barreras en la prestación del servicio"*.

²³ En relación este aspecto, en las sentencias **CSJ SL1504-2023** y **CSJ SL1152-2023** se enfatizó en que la demostración del elemento de **interacción o convergencia** implica la acreditación de un *impedimento* para ejercer efectivamente la labor o para *"desarrollar sus roles ocupacionales o que represente una desventaja en el medio en el que prestaba sus servicios"*, lo que significa, como se precisó en la **CSJ SL1268-2023**, que debe aportar elementos de prueba que hagan posible *"identificar los factores externos e internos que obstaculizan y restringen la prestación del servicio en las mismas condiciones laborales que los demás trabajadores"*.

²⁴ En la decisión **CSJ SL1184-2023**, la Corte denotó que *"no es suficiente acreditar la simple deficiencia o las barreras, sino que estas deben ser conocidas por el empleador con el fin de tener certeza de la situación de discapacidad"*. En el fallo **CSJ SL1259-2023** se enfatizó en que era necesario determinar si *"el empleador conocía plenamente el estado de salud del trabajador, con todas sus implicaciones, y que, por lo mismo, hubiera estado en la obligación de realizar algún ajuste razonable, adaptar el puesto de trabajo o adoptar algún otro remedio para lograr la permanencia del trabajador [...]"*.

²⁵ Artículo 27 de la CDPC

²⁶ Artículo 2 de la CDPC

²⁷ En los términos de los artículos 13, 25, 53 y 93 de la CP. Artículo 4º literal e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en armonía con los artículos 9, 13, 18, 57 numerales 1º, 2º, 5º y 59 numeral 9 del C.S.T.

puntualizó en la decisión **CSJ SL1152-2023**, la condición de enfermedad o deficiencia no justifica por sí sola su adopción, ya que existen casos en los que aquella condición resulta irrelevante dentro del contexto laboral.

Y, en todo caso, la evaluación de los ajustes razonables requiere de la comprobación del conocimiento del empleador del impacto en el trabajo de la condición de salud de su trabajador, a fin de que pueda inferirse el correlativo deber de **implementación efectiva** para remover las barreras que obstaculizaban el goce de los derechos del trabajador (**CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023**). Lo anterior, porque sin duda es imperativo que exista evidencia que el empleador supo las implicaciones laborales del estado de discapacidad de su subordinado (deficiencia de mediano y largo plazo que constituyen barreras al ejercicio de sus derechos) y así por predicar la obligación de realizar algún ajuste razonable, adaptar el puesto de trabajo o adoptar alguno otro remedio para lograr la permanencia del trabajador (**CSJ SL1268-2023**).

Para tal efecto, en la jurisprudencia que se viene analizando, la Alta Corporación ha identificado aunque solo de manera enunciativa, que sobre el particular resultan importantes los siguientes **elementos probatorios**: recomendaciones de reubicación o de cambio de puesto de trabajo, concepto de rehabilitación, restricciones, limitaciones o recomendaciones dirigidas al empleador siempre que estén vinculadas a las actividades laborales del trabajador²⁸.

Y para la evaluación de esa obligación afirmativa se ha puntualizado en esta jurisprudencia que deben tenerse en cuenta las siguientes premisas: **i)** Los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos que no supongan una carga desproporcionada o indebida para el empleador, lo que varía según cada situación. Esto implica para el empleador hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicar tal situación al trabajador. **ii)** El concepto de razonabilidad conlleva a la necesidad de analizar su aplicación inmediata o progresiva en el lugar de trabajo en cada caso concreto, lo cual supone la adopción de medidas puntuales según los requerimientos particulares del trabajador. (CSJ SL1268-2023). Entre ellas están, la reinstalación en un cargo acorde con la discapacidad (artículo 8 Ley 776 de 2002), la reducción de su tiempo de trabajo, el suministro de dispositivos o insumos necesarios para ejecutar su labor, la modificación del cargo o

²⁸ Así, se ha considerado que para el efecto no resultan suficientes la asistencia a múltiples citas con profesionales de la salud; las recomendaciones preventivas o de gestión de riesgos laborales normales, cotidianas o comunes (**CSJ SL1268-2023**); o las incapacidades ocasionales (**CSJ SL1184-2023**).

puesto de trabajo en aquellos casos en los cuales el trabajador se califica como no apto para el desempeño de las funciones para las que había sido contratado, entre otros.

- De otro lado, el conocimiento de la situación de discapacidad del trabajador impone **restricciones a las facultades y/o libertades del empleador (obligaciones de abstención o negativas)**. Se refiere de manera concreta a la limitación a la facultad patronal de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente sin justa causa o sin causa, sin previa autorización del Ministerio del Trabajo. Por tanto, corresponde a este probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador y, además, que cumplió una **causal objetiva**: Justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador para dar por terminado el contrato de laboral²⁹.

En este punto, conviene precisar desde ya, que la Sala de Casación Laboral mantiene invariable la posición adoptada desde la sentencia **CSJ SL1360-2018**, en el sentido de que **no se requiere la autorización previa** para extinguir el contrato de trabajo de los titulares de la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, cuando esa decisión esté motivada en un principio de razón objetiva que **deberá demostrarse en el proceso**³⁰.

7.1.2. EL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que son titulares de la estabilidad laboral reforzada por razones de salud las personas que han padecido una disminución física, psíquica o sensorial en vigencia de una relación de trabajo.

²⁹ **Una justa causa de despido (CSJ SL679-2021)** porque la discapacidad no configura un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino seguir en él hasta tanto exista causal una objetiva que conduzca a su retiro (**CSJ SL17945-2017, CSJ SL1360-2018, CSJ SL497-2021**). En esta hipótesis se incluye, por ejemplo, aquellos casos en los que, una vez adoptados los ajustes razonables existe **renuencia** del trabajador a concurrir a su labor (**CSJ SL1817-2023**).

Por voluntad de las partes: Cuando el contrato termina por mutuo acuerdo (**CSJ SL3144-2021**) o cuando corresponde a una decisión libre y voluntaria del trabajador (**CSJ SL1152-2023**).

Por extinción del objeto que dio origen al vínculo, como ocurre, por ejemplo, en los contratos de obra o labor determinada (**CSJ SL1360-2018, CSJ SL497-2021 y CSJ SL1708-2021**), con la precisión de que tratándose del contrato a término fijo, la simple expiración del plazo pactado no puede calificarse como causal objetiva, porque debe demostrarse que *“se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada”* (**CSJ SL2586-2020**).

Ante el **reconocimiento de la pensión** de vejez (**CSJ SL1181-2023**) o invalidez (**CSJ SL1139-2023 y CSJ SL1667-2023**), con la debida inclusión en nómina.

³⁰ Criterio contrario a lo señalada por la Corte Constitucional en la providencia **SU087-2022**.

Dentro de este grupo de sujetos se encuentran no solo los trabajadores que han sufrido pérdida de capacidad laboral calificada, sino también aquellos que tienen una afectación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares (**SU 061 de 2023**)

En punto al contenido que se protege ha considerado que el fuero de salud está compuesto principalmente por cuatro garantías: i) la prohibición general de despido discriminatorio, ii) el derecho a permanecer en el empleo, iii) la obligación a cargo del empleador de solicitar autorización al Inspector del Trabajo para desvincular al trabajador y iv) la presunción de despido discriminatorio.

Ahora bien, en la sentencia **SU 049 de 2017**, la Corte unificó su jurisprudencia en lo relativo a la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Y en la sentencia **SU 087 de 2022** se advierten cuatro conclusiones:

- La norma se aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a los beneficios que traía la Ley en su versión original, que utilizaba la expresión personas con "limitación" o "limitadas";
- Se extiende 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";
- 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; y
- "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."

De forma que, para determinar si una persona es beneficiaria o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada no es perentoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral. Así, la Alta Corporación ha concluido que la protección depende de tres supuestos: **i)** que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud **que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades;** **ii)** que la condición de debilidad manifiesta **sea conocida por el empleador** en un momento previo al despido; y **iii)** que **no exista una justificación suficiente para la desvinculación**, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.

Así, se advierte que ambas corporaciones coinciden en que la finalidad de este fuero se sustenta en la protección frente a la discriminación laboral en razón de la condición de discapacidad del trabajador; dejando claro que la anuencia previa por parte de la autoridad del trabajo vigoriza la garantía pero no constituye la esencia de la protección, pues su omisión genera una presunción de despido discriminatorio susceptible de ser

desvirtuada, siendo del resorte del empleador demostrar la existencia de una causal objetiva para el despido o la terminación del contrato. (SU 049 de 2017, C-200 de 2019, T 041 de 2019, T-434 de 2020, T-020 de 2021).

Finalmente, se destaca que en la sentencia T 425 de 2022 en relación con los **ajustes razonables** que se han venido analizando a lo largo de esta providencia, se explicó:

“A partir de lo expuesto, para la Sala, en el escenario laboral, las personas en condición de discapacidad tienen derecho a **ajustes razonables con el fin de que puedan ejercer sus derechos en condición de igualdad**. Esto constituye una obligación de resultado y no de medio porque tales medidas están encaminadas a garantizar el ejercicio de derechos de este grupo poblacional en el ámbito laboral. De este modo, **un ajuste que no supere efectivamente las barreras a las que se enfrentan las personas en condición de discapacidad y que no sea razonables no puede ser aplicado**. A pesar de que no exista regulación sobre la forma y el momento en que deben ser incorporados aquellos, la Corte considera que **la inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad es dinámica y el empleador debe ajustarlas oportunamente en todos los escenarios laborales, de tal manera que la garantía de la igualdad de trato de este grupo no se ve afectada o desmejorada**. Lo anterior, porque el trabajo no sólo significa la posibilidad de obtener un salario para el sustento de las necesidades básicas, sino también es el principal mecanismo de inclusión social, por medio del cual las personas afirman su identidad y desarrollan su existencia conforme con sus planes de vida.

En concreto, para las personas en condición de discapacidad, el empleo fomenta la autonomía, autoestima y realización profesional, además de aportar beneficios para toda la comunidad. En particular, porque promueve la cohesión social en términos de pluralismo y permite que la sociedad se beneficie de funcionalidades y talentos diversos. En otros términos, concreta el ideal constituyente de pluralidad en el que la sociedad se adapta de múltiples formas para permitir la inclusión de todas las personas y garantizar el pleno desarrollo de su vida en condiciones dignas. No obstante, los prejuicios, los estigmas y las barreras de diferente naturaleza a las que se enfrentan las personas en condición de discapacidad para acceder a un empleo son numerosos.

Por lo tanto, el empleador debe asegurar un espacio que garantice la inclusión plena de estas personas. Lo expuesto, **a través de los ajustes razonables requeridos por su trabajador antes, durante y al término de la relación laboral**. Puntualmente, en la realización de actos jurídicos, como la firma del contrato, los procedimientos disciplinarios laborales y la finalización del vínculo laboral. **Ello, con la finalidad de que las personas en condición de discapacidad comprendan el alcance de esos escenarios y su contenido, cuando existan barreras que obstaculizan tal propósito**. A pesar de que el artículo 6° de la Ley 1996 de 2019 presume la capacidad legal de las personas en condición de discapacidad para el ejercicio de derechos laborales y que la existencia de una discapacidad no es motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona, **la misma norma prevé que estas personas tienen derecho a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los actos jurídicos**. Así, **la necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información no significa que aquellas no tengan capacidad para realizar actos jurídicos de forma independiente**³¹.

Sin embargo, **los ajustes que el empleador debe realizar tienen la naturaleza de “razonables”**. Es decir, **deben ser fruto del acuerdo de voluntades** y, de ninguna manera, implican una carga desproporcionada para quien los efectúa. Por ejemplo, una remodelación costosa del lugar de trabajo no es obligatoria en todos los casos, especialmente si la empresa es pequeña o sus instalaciones no pueden modificarse fácilmente³². En este sentido, la Sala recuerda que **el artículo 13.2 literales b) y e) de la**

³¹ Ley 1996 de 2019. ARTÍCULO 8°. Ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad legal. Todas las personas en condición de discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume. | | La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.

³² Sobre el alcance del concepto “ajustes razonables” consultar la publicación “De la exclusión a la igualdad” de la Organización de las Naciones Unidas. Disponible

Ley 1618 de 2013 establecen que el Ministerio de Trabajo debe fortalecer el programa de ubicación laboral de las personas en condición de discapacidad, a partir de estrategias de promoción direccionadas hacia el sector empresarial. Lo expuesto, con el fin de incentivar los servicios de apoyo de acompañamiento a las empresas. También, debe estimular el desarrollo de negocios inclusivos y fortalecer el emprendimiento y crecimiento empresarial de las entidades que propenden por la independencia y superación de la población con discapacidad. Por su parte, según el artículo 13.3 literal c) de la misma norma, al SENA le corresponde garantizar la asesoría y el acompañamiento a los empresarios que deseen contratar personas en condición de discapacidad.

En suma, las personas en condición de discapacidad tienen derecho al trabajo digno en condiciones de igualdad con las demás personas. A pesar de que no exista regulación al respecto, la Sala encuentra que **los empleadores están obligados a realizar ajustes razonables con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos laborales de esta población, condiciones de igualdad y eliminen cualquier tipo de barreras a las que aquellas se enfrentan.** Ello involucra una serie de **actuaciones encaminadas a garantizar la inclusión social, la comprensión de la información de los actos jurídicos celebrados al interior de la relación laboral y la facilidad para realizar las labores asignadas.** **"Negrilla intencional"**

7.2. EL ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

La A quo concluyó que para la fecha en que la demandada decidió dar por terminado el vínculo laboral la actora no estaba incapacitada, no tenía restricción médica ni existía dictamen que diera cuenta de que tuviese una limitación de índole moderada, severa o profunda, requisito indispensable para afirmar la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que no consagra estabilidad laboral para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud. De otro lado, encontró acreditada la existencia de la justa causa invocada por el empleador para despedir a la trabajadora.

La recurrente a su turno, plantea que con el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y el aportado con la demanda, así como con el conjunto de las pruebas recaudadas se acredita que la actora se vinculó en buenas condiciones de salud; cuestiona la valoración que se efectuó a la prueba testimonial y declaración de parte recaudada y en relación con el despido, el que se hubiese dado valor al hecho de que hubiese efectuado con una simple carta que dicen arrojaron a la puerta de la vivienda de la actora, quien afirma que nunca la recibió.

Se impone entonces efectuar un análisis del acervo probatorio con el fin de determinar si se encuentra ajustada la conclusión a la que se allega al considerar que CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BETANCUR no gozaba de estabilidad laboral reforzada, en virtud a que al momento del despido no contaba con una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15% que fuera conocida por su empleador; y que el despido efectuado por CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. invocando una justa causa, se encuentra ajustado a lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>. Consulta efectuada el 3 de mayo de 2017.

No es objeto de discusión que CELMIRA HERNÁNDEZ se vinculó laboralmente con la pasiva mediante un contrato de trabajo a término indefinido el **1 de marzo de 2011**³³, para desempeñar el cargo de CUIDADORA DE BIENESTAR Y LA SALUD, desempeñando sus funciones en las casas y clínicas donde estuviesen los pacientes de avanzada edad a su cuidado; y que el contrato fue terminado por CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. el **1 de diciembre de 2016**³⁴ invocando una justa causa.

En el expediente obra abundante prueba que da cuenta de las condiciones de salud de la señora HERNÁNDEZ BETANCUR³⁵, siendo relevante para el análisis que efectúa la Sala, lo acontecido en el **año 2016** a partir del **mes de abril**, en el que acreditan múltiples consultas a la EPS por enfermedad general, relacionadas con **TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL y SÍNDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DE HOMBRO, DOLOR EN REGIÓN LUMBAR Y LUMBAGO CON CIÁTICA, LUMBALGIA CON RADICULOPATÍA, DOLOR EN CADERA DERECHA Y MARCHA ANTÁLGICA CON USO DE BASTÓN, TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO y SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO.**

En efecto la historia clínica muestra que la actora asistió de manera frecuente a consultas médicas desde **abril a diciembre de 2016** con ocasión de estos diagnósticos³⁶ y auscultando en su contenido, se advierte que en ellas se deja constancia de los síntomas de dolor crónico en hombro, región lumbar y cadera, así como los diversos exámenes, procedimientos, terapias y medicamentos formulados con el fin de procurar, sin éxito, la mejoría. También se verifica que la atención de sus tratamientos inicialmente estuvo a cargo de especialistas en **ortopedia**. Posteriormente ante la cronicidad de los dolores y el trastorno de ansiedad, con **psiquiatría** y la especialidad de **medicina del dolor**.

Se resalta que habiendo finalizado el vínculo en el mes de diciembre de 2016, las consultas, procedimientos, terapias y medicamentos subsistieron con la misma intensidad a lo largo de los **años 2017, 2018, 2019 y 2020**³⁷. En estos documentos se observa no solo la

³³ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – página 28-29

³⁴ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – certificación laboral página 30 y comunicación dirigida al apoderado de la demandante el 27 de octubre de 2016 – página 31 y 32

³⁵ Al proceso se trajo historia clínica desde el año 2004 relacionada con diversas afecciones en salud padecidas por CELMIRA HERNÁNDEZ que no guardan relación con las enfermedades padecidas en los meses anteriores a la desvinculación: PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – páginas **155, 156, 157, 158, 159, 161, 163, 164, 165, 168, 169, 170, 173, 174, 178, 180, 183, 186, 181, 192, 195, 208, 216 a 226, 228, 238, 298 – 302**

³⁶ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – Los documentos en **orden cronológico**, se encuentran en las páginas **336, 329, 262, 355, 251, 247, 283, 253, 249, 265 – 266, 451, 332, 303, 256, 458, 259, 260, 267, 333, 335, 349, 257, 269.**

³⁷ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – páginas Los documentos en **orden cronológico**, se encuentran en las páginas **70- 71, 444, 368, 413, 374, 408, 373, 415- 416, 387, 395, 317, 319 a 321, 425 y 426, 371, 378 – 379, 151 – 154, 122, 121, 129, 103 – 115, 125.**

También se observa historia Clínica desde el **6 de abril de 2015**, incluyendo la cita del **8 de junio de 2016** en la que iniciaron las incapacidades durante el vínculo y hasta el **21 de julio de 2020** en el dictamen de la **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** del **19 de agosto de 2021**: SEGUNDA INSTANCIA – archivo 44 – **páginas 20 a 40**

subsistencia de los síntomas que habían iniciado desde abril de 2016 y los diagnósticos, sino el agravamiento de los padecimientos con nuevos diagnósticos relacionados (pseudocoxalgia, cervicalgia, reumatismo, trastorno de dolor persistente somatomoformo) a cargo de especialistas en **medicina del dolor, psiquiatría, fisiatría y reumatología**.

También se acredita que la señora CELMIRA HERNÁNDEZ no solo fue **incapacitada** a partir del **8 de junio de 2016** y hasta el **14 de noviembre de 2016** por **124 días** por tales diagnósticos (lumbago no especificado, lumbago con ciática y radiculopatía)³⁸; sino que han sido dos los trámites dirigidos a la calificación de sus padecimientos:

- El primero de ellos inició justamente en el **segundo semestre del año 2016**³⁹, acreditándose el haber radicado el **22 de septiembre de 2016** ante la EPS SURA, diversa documentación para valoración del origen de la patología **bursitis de cadera izquierda**, referida entre otros a las actividades del cargo de CUIDADORA DE BIENESTAR Y LA SALUD que desempeñó en CONSENTIDO HUMANOS S.A.S. hasta el **5 de junio de 2016 que laboró en el turno de noche**, siendo claro que el largo período de incapacidades comenzó tres días después. De este trámite tuvo conocimiento el empleador conforme el comunicado del **12 de octubre de 2016**, en el que se informa a la actora que se continuaría presumiendo el origen común de sus patologías mientras CONSENTIDO HUMANO aportara el estudio de puesto de trabajo que le fuere solicitado⁴⁰; del que se acredita había sido realizado por la pasiva desde el **26 de mayo de 2016**⁴¹:

-26/05/2016- ESTUDIO DE PUESTO DE TRABAJO: Realizado por Consentido Humano SAS, Ingreso a la empresa: 01/03/2011.
 Tipo de trabajo: Manual. Tipo de actividad: Liviana.
 Objetivo: Es el acompañamiento y cuidado en las actividades diarias de las personas en los hogares, clínicas u otros espacios extramurales.
 Cargo: Cuidadora del Bienestar y de la Salud.
 1-Actividad- Acompañamiento en las actividades de la vida diaria.
 Subactividades:
 * Llegada al sitio de trabajo asignado.
 * Asistencia en alimentación al usuario.
 * Administración de medicamentos.
 * Asistencia en ducha.
 * Arreglo de unidad, tendido de cama.
 * Acalamamiento y arreglo personal del usuario.
 * Actividades de acompañamiento y recreación (lectura, juegos de mesa, ver TV y escuchar música).
 * Dirección y asistencia a ejercicios pasivos. *Acompañamiento al usuario a sus necesidades fisiológicas.
 Jornada laboral: Turnos de 8 a 12 horas mixtos.
 240 horas laboradas, con 2 a 3 días de descanso. Ambiente de trabajo: iluminación, ventilación y ruido adecuado.
 Sitio de Trabajo: Se sienta en Silla Rimax, realiza los registros y notas en la habitación, guarda medicamentos e insumos y realiza preparaciones en el closet, se alimenta en la cocina.
 Riesgos: Medios: Caídas, actividad rutinaria y sobreesfuerzos musculares. Bajo: biológico y eléctrico. Observaciones:
 -Fecha de inicio de síntomas el 02/06/2016 luego de sufrir un accidente...

³⁸ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – Los documentos en orden cronológico, se encuentran en las páginas **84, 85, 86, 87, 91, 95, 88, 90, 97, 102, 90, 91, 92, 93, 94, 272, 95, 101**. Y sobre los extremos temporales de la incapacidad y sus diagnósticos, ver **el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia aportado con la contestación**: página 519

³⁹ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – página 311 y 339

⁴⁰ PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01 – página 367.

⁴¹ ver **el Dictamen 067609-2017** de fecha **7 de marzo de 2018** de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia aportado con la contestación**: PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01- página 518

La empresa también allegó para la valoración de la actora y ante el requerimiento de la EPS SURA, el documento relacionado con las Actividades de Riesgo por Oficio – AROS- que data del **1 de julio de 2016**⁴²:

ANALISIS DE RIESGO POR OFICIO

-01/07/2016- AROS- ACTIVIDADES DE RIESGO POR OFICIO:

Oficio: Cuidadora del Bienestar y de la Salud.

Funciones:

- Llegada al sitio de trabajo asignado. -Asistencia en alimentación al usuario. -Administración de medicamentos.
- Asistencia en ducha. -Arreglo de unidad, tendido de cama. -Acicalamiento y arreglo personal del usuario.
- Actividades de acompañamiento y recreación (lectura, juegos de mesa, ver TV y escuchar música).
- Direccionamiento y asistencia a ejercicios pasivos.
- Acompañamiento al usuario a sus necesidades fisiológicas.

Riesgos:

- Locativo: Piso húmedo o diferentes niveles. Caídas, golpes contusiones, heridas.
- Biomecánico: Levantamiento inadecuado de cargas manuales, sobreesfuerzos y posturas inadecuadas.
- Biológicos: Contacto con fluidos y excrementos.

En esta primera valoración la Junta Regional de Calificación de Invalidez definió el origen común de las patologías evaluadas: **Lumbago no especificado, Mialgia, Síndrome de Manguito Rotatorio Derecho, Tenosinovitis de estiloides radial (de quervain) Bilateral y trastornos de los discos intervertebrales**; lo que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con dictamen emitido el **5 de septiembre de 2019**⁴³, con el que se acredita que la empresa **SENTIDO HUMANO SAS** en documento del **12 de agosto de 2019** allegó a esa Junta entre otros documentos, estos dos generados en vigencia del vínculo laboral y pocos días antes de la terminación unilateral del contrato: **i) Envío a la EPS SURA de las Actividades de Riesgo por Oficio – AROS- y Estudio del Puesto de Trabajo del 30 de noviembre de 2016; ii) Concepto del Staff del Instituto Colombiano del dolor y sus RECOMENDACIONES FUNCIONALES del 15 de noviembre de 2016**⁴⁴.

- La segunda evaluación fue iniciada con posterioridad a la finalización del contrato, con ocasión de valoración en primera oportunidad efectuada por COLPENSIONES con dictamen del **5 de mayo de 2020**, en la que se define una PCL del **32.66%** y origen común. En razón del recurso interpuesto la **Junta Regional de Calificación de Invalidez** concluyó que la PCL es del **45.01%** por enfermedad de **origen común** que se sustenta, entre otros, en los diagnósticos que la actora padecía para el momento de la finalización del vínculo laboral, calificándose los síndromes dolorosos una sola vez: **LUMBALGIA CON TRASTORNO DE DISCO, FIBROMIALGIA, TRASTORNO DEL COMPORTAMIENTO, SÍNDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DEL HOMBRO – DIAGNOSTICO SMR BILATERAL Y ARTROSIS GENERALIZADA**. El dictamen fue confirmado

⁴² ver el **Dictamen 067609-2017** de fecha **7 de marzo de 2018** de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia aportado con la contestación: PRIMERA INSTANCIA** – archivo 05001310501520180062000_C01- página 519

⁴³ SEGUNDA INSTANCIA – archivo 16 – páginas 20 a 40

⁴⁴ PRIMERA INSTANCIA- archivo 05001310501520180062000_C01 –**páginas 323 y 293**

por la **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** el **19 de agosto de 2021**⁴⁵ por **enfermedad degenerativa** de **origen común**.

De los documentos antes citados, que integran la historia clínica, así como las diversas valoraciones efectuadas a la señora la señora CELMIRA HERNÁNDEZ se evidencia lo siguiente:

En primer lugar, desde el segundo trimestre del año 2016 comienzan las consultas de la actora por los fuertes dolores en sus extremidades superiores y región lumbar que se reflejaban con marcha antálgica ocasionada por el dolor, siendo incapacitada de manera continua por más de cinco (5) meses y hasta poco antes de finalizar la relación de trabajo, momento para el cual los dolores seguían presentes dado que padecía patologías degenerativas relevantes, que más adelante supusieron una pérdida de su capacidad laboral en un **45.01%**. Así, se acredita que la actora en manera alguna presentaba un padecimiento de índole temporal constituyendo sin duda, una deficiencia de **LARGO PLAZO**

Contrario al análisis efectuado en la providencia que se revisa, la copiosa histórica clínica allegada al plenario lejos está de evidenciar que la demandante, para el momento de su despido, hubiera presentado una evolución favorable en su estado de salud, pues pese a ver sido incapacitada para trabajar de manera continua por **124 días** entre el **8 de junio** y el **14 de noviembre de 2016**, subsistían los múltiples dolores crónicos en diversas partes del cuerpo que muestran la existencia de barreras que dificultaron ejercer sus labores como CUIDADORA DE BIENESTAR Y LA SALUD y le generaron una dificultad de cara a su condición inicial y en relación con los demás trabajadores que desempeñaban la misma labor.

En otras palabras, lo que su historia clínica acredita es que su recuperación y rehabilitación no fue del todo posible y que, en estricto sentido, existía una condición física que, dada su labor en el **acompañamiento y cuidado en las actividades diarias de los pacientes** en los hogares, clínicos u otros espacios extramurales, imponía barreras serias en la ejecución de esa labores de acompañamiento a pacientes: asistencia en la ducha, arreglo del espacio y tendido de la cama, acicalamiento y arreglo personal de los pacientes, actividades de recreación, direccionamiento y asistencia en ejercicios pasivos; y demás funciones inherentes a su cargo que se encuentran plenamente acreditadas con el ESTUDIO DEL PUESTO DE TRABAJO y el documento relacionado con las Actividades de Riesgo por Oficio – AROS-.

De otro lado, es claro que las recomendaciones en algunos casos pueden ser aptas para

⁴⁵ SEGUNDA INSTANCIA – archivo 44 – páginas 20 a 40

probar la existencia de barreras en la medida en que de ellas se desprenda, como en este, impedimentos u obstáculos en la prestación del servicio en razón de esas deficiencias de mediano o largo plazo (**CSJ SL1184-2023**). En efecto, se verifica que el **15 de noviembre de 2016**, fecha en la que el Staff del Instituto Colombiano del dolor decidió cesar las incapacidades para laborar, emitió unas RECOMENDACIONES FUNCIONALES que sin duda tenían impacto en la ejecución de las labores que CELMIRA HERNÁNDEZ debía ejecutar en el **acompañamiento y cuidado en las actividades diarias de sus pacientes**⁴⁶:

“PACIENTE CON DOLOR LUMBAR INESPECIFICO (sic) QUIEN NO REQUIERE DE MANEJO QUIRÚRGICO, NO ES CANDIDATA A INTERVENCIONISMO ANALGÉSICO POR CLÍNICA DEL DOLOR NO TIENE PROCEDIMIENTO PENDIENTES. SE ENVÍA INFORME A MEDICINA LABORAL DE SU EPS. EL MANEJO DEBE SER CON PRIMER ESCALÓN ANALGÉSICO, NO REQUIERE NEUROMODULADORES. NO SE BENEFICIA DE INCAPACIDADES PROLONGADAS, **DEBE SER REINTEGRADA CON RECOMENDACIONES FUNCIONALES:**

1. Evitar el levantamiento y transporte de pesos superiores a 10 kg. **2.** Propiciar alternar posición de pie a sentado y viceversa. **3.** Evitar posiciones continuas de pie, sin reposapiés o períodos de descanso. **4.** Propiciar la posición sedente. **5.** Evitar largos desplazamientos por terreno irregular (desplazamientos frecuentes, desplazamientos por escalas, saltar, salvar desniveles). **6.** Promover hábitos de higiene postural y mecánica postural para el manejo de cargas y cambios de postura. **7.** Evitar movimientos frecuentes de flexión, extensión y rotación de columna lumbar/cervical. **8.** Evitar el levantamiento de cargas ubicadas en niveles bajos que obliguen a flexionar las rodillas para alcanzarlos. **9.** Evitar el mantenimiento de posturas de rodillas y de cuclillas”. (negrilla intencional)

Estas recomendaciones que para una persona con otra actividad distinta podrían catalogarse como “generales” en este caso son muestra clara de las barreras que sin duda implicaban limitaciones a sus labores, dado que las funciones a su cargo involucraban entre otros, **“movimientos frecuentes de flexión, extensión y rotación de la columna lumbar/cervical”** o **“el levantamiento de cargas ubicadas en niveles bajos que obliguen a flexionar las rodillas para alcanzarlos”**. En efecto, son restricciones relacionadas como movimientos y actividades que se encuentran presentes en la asistencia en la ducha y alimentación de los pacientes, en el arreglo del espacio y tendido de la cama, en el acompañamiento de los pacientes a sus necesidades fisiológicas, así como en las actividades de recreación, direccionamiento y asistencia en ejercicios. Y deben resaltarse las recomendaciones de **evitar el levantamiento y transporte de pesos superiores a 10 kg** con el hecho de que justamente, entre los RIESGOS inherentes al oficio que realiza la actora está el BIOMECÁNICO relacionado con el levantamiento inadecuado de cargas manuales, sobreesfuerzos y posturas inadecuadas⁴⁷.

Ahora, el acervo probatorio analizado ha puesto en evidencia, que en vigencia del contrato de trabajo las entidades del Sistema Integral de Seguridad Social valoraron las diversas patologías de la actora y al margen de que en las diversas instancias de calificación (EPS SURA – JUNTA REGIONAL y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE

⁴⁶ PRIMERA INSTANCIA- archivo 05001310501520180062000_C01 –páginas 323 y 293

⁴⁷ ver el Dictamen 067609-2017 de fecha 7 de marzo de 2018 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia aportado con la contestación: PRIMERA INSTANCIA – archivo 05001310501520180062000_C01- página 519

INVALIDEZ) se hubiese concluido el **origen común** de esas enfermedades que le generaron incapacidad para trabajar a lo largo del segundo semestre del año 2016 en el que fue despedida; lo cierto que el empleador tuvo conocimiento de ese trámite al ser requerido desde aquella época para que aportara el estudio de puesto de trabajo y el relacionado con las Actividades de Riesgo por Oficio – AROS-, el que finalmente allegó ante las Juntas.

En adición, aunque la segunda valoración fue iniciada con posterioridad al despido, lo cierto es que finalmente se concluyó por las **Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez** que aquellas enfermedades degenerativas que la activa padeció en vigencia del contrato de trabajo causándole más de cinco (5) meses de incapacidad para trabajar, generaron una PCL del **45.01%**. Y si bien la existencia de una calificación que determine el porcentaje de PCL no es relevante para que proceda la estabilidad laboral reforzada, esta circunstancia refuerza aún más las conclusiones a las que llega esta Sala de Decisión, en la medida en que pone de relieve, no sólo que, para el momento en que se hizo la valoración de la trabajadora el contrato laboral con la empresa aún estaba vigente -pese a lo cual fue despedida-; sino que se sustenta en enfermedades de índole degenerativo que no solo le ocasionaron barreras para ejecutar la labor en condiciones semejantes a los demás compañeros, sino que generaron recomendaciones específicas que imponían su **reubicación** en un cargo acorde a su limitación; enfermedades que al final le produjeron secuelas que conllevaron a una ostensible disminución de su capacidad para trabajar.

Debe precisarse que, en los términos de la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que se viene analizando, para acreditar la discapacidad no se requiere de prueba solemne y **concomitante** a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador **tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios**, bien sea logrando su calificación de pérdida de capacidad laboral o esperando el resultado de aquella (**CSJ SL1259-2023**).

Ahora, refulge en el proceso el **conocimiento del empleador de la situación de salud de su trabajadora** y que ello era así, previo al despido. Tanto así, que en el documento del **12 de agosto de 2019** allegado ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez⁴⁸ la pasiva afirmó que con ocasión de las RECOMENDACIONES FUNCIONALES emitidas el **15 de noviembre de 2016** por aquel staff del Instituto Colombiano del dolor había procurado la reincorporación de su trabajadora en otro cargo. De hecho, la representante legal ALEXANDRA OBANDO ESPINEL en diligencia de Interrogatorio de parte afirma sobre el particular, lo siguiente (minuto 24:27):

“(…) Es que ella presentó unas recomendaciones temporales por 6 meses, ella estaba en el área asistencial, pero con las recomendaciones que nos presentó la EPS y cumpliendo estrictamente eso, la ubicamos en la oficina, yo estoy en la oficina, y ella nunca llegó a

⁴⁸ SEGUNDA INSTANCIA – archivo 16

laborar, así me enteré, nosotras compartíamos oficina. (...) **¿A qué recomendaciones se refiere y en qué época?** Respondió: En el 2016 hubo unas recomendaciones generales, muy generales expedidas por el médico tratante, esas recomendaciones son las que obtenemos todas las auxiliares después de que han tenido algunas incapacidades, como el hecho de no hacer levantamiento de cargas superiores al peso, lo cual existe en la política de seguridad y salud en el trabajo, hablamos con la señora Celmira, le dimos a conocer las recomendaciones y la pusimos a decidir dónde quería trabajar, si en el área asistencial o en el área administrativa, ella decidió que en el área administrativa, ahí fue donde me enteré.(...) **¿Usted me habla de unas recomendaciones por seis meses de la señora Celmira, recuerda en qué época se dieron?** Respondió: Desde noviembre de 2016 y se extendieron hasta el año 2017, eran unas recomendaciones temporales, entiendo que cuando las EPS mandan esas recomendaciones temporales, de acuerdo al manejo que se le diera debía continuar con ellas, o se podían levantar, inclusive antes del tiempo sugerido. (...) **Puede usted indicar si esas recomendaciones a las que me hace referencia fueron por escrito, ¿cómo le llegaron, a quién le llegaron?** Respondió: Por supuesto que si hay. **¿Y a quién le llegaron?** Respondió: A mí. **¿A usted directamente?** Respondió: Sí, es que la empresa no tiene sino una oficina y las recibí yo directamente, me las entregó directamente Celmira **¿Esas recomendaciones se dieron por los seis meses?** Respondió: Yo recuerdo que ella llegó y dijo, no tengo más incapacidad, me reintegro a laborar porque estoy en capacidad de laborar con estas recomendaciones temporales, las leímos entre las dos y se le ofreció dónde quería laborar, entonces dijo que entonces ella dijo que estaría en la oficina, arreglando cuadernos, archivando, que así le quedaba más fácil"

CONCLUSIÓN PRELIMINAR: Se observa entonces que en este proceso la activa cumplió con la carga probatoria a su cargo al demostrar su condición de discapacidad que se concreta en limitaciones de mediano o largo plazo y las barreras en el entorno laboral en razón de los efectos que sus deficiencias generaban para el desempeño de las funciones a su cargo; así como el conocimiento del empleador de la condición de discapacidad.

A partir de esta circunstancia, corresponde entonces verificar si **SENTIDO HUMANO SAS acredita en el proceso** el haber cumplido con las obligaciones a su cargo: **i)** De un lado, el haber efectuado la implementación efectiva de los ajustes razonables para remover las barreras que obstaculizaban el goce de los derechos de su trabajadora a la dignidad humana y dignidad en el empleo en virtud de los principios constitucionales de solidaridad y función social de la empresa. O que en caso de no haberlo hecho por ser una carga desproporcionada o irrazonable así se le comunicó a la trabajadora; **ii)** Y que cumplió con una **causal objetiva para la terminación del contrato.**

En este contexto se enfatiza en que la pasiva ha edificado su defensa en el haber atendido de manera oportuna las recomendaciones emitidas el **15 de noviembre de 2016**, que intentó sin éxito la reubicación de la actora y que el despido se sustenta en una justa causa, lo que impone verificar el acervo probatorio, debiéndose enfatizar desde ya que, en relación con lo ocurrido en el mes de noviembre de 2016 una vez cesaron las incapacidades médicas, ambas partes narran lo acontecido, así:

CELMIRA HERNÁNDEZ expresó en la audiencia pública (Minuto: 1:10:42)

¿Hasta cuándo laboró usted en la empresa Consentido Humano? Respondió: No recuerdo bien la fecha, pero el último turno que hice fue en noviembre del año 2016, fueron tres turnos seguidos los que hice en Consentido Humano. (...) **¿Cuáles eran las funciones tuyas durante el año 2016 en la empresa Consentido Humano, en qué consistían?** Respondió: Recibía el turno faltando un cuarto para las 7:00 a. m., la auxiliar que estaba en el turno anterior le decía a uno como había pasado la usuaria, si había que cambiarle pañal o si seguía durmiendo, tomarle los signos vitales, luego de despertarse llevarla al baño, la cepillaba, le daba la comida, le hacía recreación, la llevaba a caminar, la usuaria por lo general caminaba poco, pero por orden de la familia era que había que llevarla al caminar de la alcoba hacia el comedor y así, también había que bañarla y hacerle de todo, de todo había que hacerle, llevarla al médico. (...) **¿Indique si entre el 24 de noviembre y el 02 de diciembre de 2016 usted estuvo incapacitada por algún médico, por su EPS, por la ARL, o por cualquier entidad de salud?** Respondió: No. **¿Por qué usted no se presentó a laborar entre el 25 de noviembre y el 01 de diciembre de 2016?** Respondió: Porque me caí en la casa en la que yo vivo en Calazans, yo llamé inmediatamente a la señora Alexandra Obando para informarle que yo no estaba en condiciones de trabajar pero no me contestaba, también para decirle que había ido a urgencias y que el médico me había dicho, mira, yo no te puedo incapacitar, no hay fractura, así que ve a laborar y miramos cómo sigues, yo llamé a la señora Alexandra, pero ella no contestaba, al mucho rato me llamó la secretaria Luz Marina y me dijo cuáles eran los nuevos turnos para que yo asistiera a trabajar, ante eso yo le dije que iba a ir a trabajar como fuera pero que realmente no me sentía en capacidad de ir a trabajar. **¿Y en qué fecha se dio ese percance de la caída en su casa, recuerda la fecha?** Respondió: No, no la recuerdo en este momento. **¿Pero fue en el transcurso, o coincide con las fechas en que le hicieron los llamados?** Respondió: Días antes, 23 o 24 de noviembre, no recuerdo bien, de ahí mi esposo me llevó a Urgencias de Sura de Córdoba. **¿Usted le hizo llegar a Consentido Humano alguna constancia de esa caída, de la atención que le hicieron en la EPS Sura?** Respondió: Hablé personalmente con la señora Alexandra Obando, y ella me dice, mira, no vayas a hacer turno el día de mañana a ver cómo sigues, porque yo le dije, el día lunes tengo cita con la médica de familia para que me siga observando, entonces la señora Alexandra me dice, no vayas a trabajar y yo espero que el lunes que te vea la Médica de Familia, a ver ella cómo te encuentra. **¿Nos podría indicar si es cierto, sí o no que usted se presentó a las oficinas de consentimiento humano en el mes de noviembre ¿Y se le asignaron unas funciones administrativas en la oficina?** Respondió: Me presenté a la oficina cuando ella me dio, la señora Alexandra me dio la orden de que me presentara a la oficina. **¿Cuándo le dio la orden, mediante qué, a través de quién?** Respondió: Mediante July, por celular, ella era la coordinadora, pero recuerdo que yo le dije que solo le aceptaba órdenes a la señora Alexandra, después de eso ella me llamó y me dijo que fuera a hablar con ella, y yo fui. **¿De qué día?** Respondió: 25 o 26 de noviembre de 2016, pero que me debió haber dicho, vienes a las 2:00 p. m. traes el uniforme que acá te vamos a asignar unas funciones, pero eso ella nunca me lo dijo. **¿A usted en esa oportunidad le asignaron unas funciones administrativas?** Respondió: No. **¿Qué le asignaron entonces?** Respondió: No, no me asignaron ningunas funciones. **¿Entonces qué hizo usted, a qué fue?** Respondió: Fui para que llegáramos a un acuerdo de que, debido a mis condiciones, yo ya no le estaba dando ningún resultado a la empresa ni a ella, pero no llegamos a ningún acuerdo, entonces yo me paré y me fui para la casa. **¿Finalmente qué le asignó, qué acordaron?** Respondió: No, es que no llegamos a ningún acuerdo, ella me dijo que, me mencionó las funciones de hacer el aseo, de barrer, pero yo le dije que yo no estaba en capacidad de hacer esas cosas que no hacía eso en mi casa porque no estaba en capacidad pues cómo me iba a poner a barrer, trapear y a hacer el aseo en la empresa, pues dadas las condiciones en que yo estaba. **¿Entonces usted qué pedía finalmente?** Respondió: Lo que yo pedía era que ella fuera a Colpensiones, a la ARL, a todas las entidades y que me ayudara. **¿Pero qué pedía usted que le dieran en su trabajo entonces, que le asignaran qué funciones y cuáles le asignaron?** Respondió: No las recuerdo.

Y la representante legal **ALEXANDRA OBANDO ESPINEL** a su turno, informó lo siguiente (minuto 24:27):

“(…) Es que ella presentó unas recomendaciones temporales por 6 meses, ella estaba en el área asistencial, pero con las recomendaciones que nos presentó la EPS y cumpliendo estrictamente eso, la ubicamos en la oficina, yo estoy en la oficina, y ella nunca llegó a laborar, así me enteré, nosotras compartíamos oficina. (...) **¿A qué recomendaciones se refiere y en qué época?** Respondió: En el 2016 hubo unas recomendaciones generales, muy generales expedidas por el médico tratante, esas recomendaciones son las que obtenemos todas las auxiliares después de que han tenido algunas incapacidades, como el hecho de no hacer levantamiento de cargas superiores al peso, lo cual existe en la política de seguridad y salud en el trabajo, hablamos con la señora Celmira, le dimos a conocer las recomendaciones y la pusimos a decidir dónde quería trabajar, si en el área asistencial o en el área administrativa, ella decidió que en el área administrativa, ahí fue donde me enteré.

¿Esa sugerencia o convenio con la señora Celmira acerca de las recomendaciones, la hizo usted directamente o había más personal ahí presente? Respondió: Había más personal, estaba la Jefe de enfermeras, Ana Lucía Soto; July Londoño otra enfermera y la coordinadora Luz Marina Fonnegra, pero quiero dejar en claro que estas eran unas recomendaciones generales y nunca restricciones. (...) **¿Usted me habla de unas recomendaciones por seis meses de la señora Celmira, recuerda en qué época se dieron?** Respondió: Desde noviembre de 2016 y se extendieron hasta el año 2017, eran unas recomendaciones temporales, entiendo que cuando las EPS mandan esas recomendaciones temporales, de acuerdo al manejo que se le diera debía continuar con ellas, o se podían levantar, inclusive antes del tiempo sugerido. (...) **Puede usted indicar si esas recomendaciones a las que me hace referencia ¿fueron por escrito? ¿cómo le llegaron, a quién le llegaron?** Respondió: Por supuesto que si hay. **¿Y a quién le llegaron?** Respondió: A mí. **¿A usted directamente?** Respondió: Sí, es que la empresa no tiene sino una oficina y las recibí yo directamente, me las entregó directamente Celmira **¿Esas recomendaciones se dieron por los seis meses?** Respondió: Yo recuerdo que ella llegó y dijo, no tengo más incapacidad, me reintegro a laborar porque estoy en capacidad de laborar con estas recomendaciones temporales, las leímos entre las dos y se le ofreció dónde quería laborar, entonces ella dijo que estaría en la oficina arreglando cuadernos, archivando, que así le quedaba más fácil. **¿Cuánto tiempo estuvo en esa labor administrativa?** Respondió: Ese día que ella me presentó las recomendaciones, le mostré cuál era su escritorio, su puesto de trabajo, ella se sentó y empezó a marcar unos cuadernos, y estuvo como una hora u hora y media, tiempo en el cual se levantó, salió, se fue y nunca volvimos a saber de ella. **¿Ese mismo día?** Respondió: Sí, señora. **¿De ahí fue donde empezaron a insistir ustedes en la búsqueda?** Respondió: Correcto, esto se hizo a través de correos electrónicos, cartas certificadas por correo certificado, llamadas telefónicas, a lo cual ella contestaba NO voy a hablar con ustedes. **¿A quién le decía eso?** Respondió: A todas las personas que la llamaban, a Luz Marina Fonnegra, que trabaja como coordinadora contable; a July Londoño, que era la jefe y como decía que no voy a contestar, entonces le enviábamos cartas por correo ordinario, las cuales fueron devueltas durante dos o tres ocasiones por Servientrega, diciendo que nadie abría la puerta. **¿Cuántos días hábiles de trabajo fueron los que estuvo ausente, y en qué consistió esa liquidación?** Respondió: Aproximadamente fueron 8 días, de ahí presumimos que ya ella no iba a regresar, creándole con eso un desajuste a la empresa porque se le estaba pagando sin recibir ninguna retribución por parte de ella. (...) **¿Puede usted indicar si finalmente esas recomendaciones se pudieron llevar a cabo, o no se dieron precisamente por el ausentismo de la señora Celmira?** Respondió: Así es, no se pudieron llevar a cabo, pero no fue por causas imputables a la empresa ni mucho menos, es que después de que llegamos al acuerdo de que iba a desarrollar sus funciones en la oficina ella estuvo alrededor de una hora o una hora y media, luego de eso se levantó y se fue. (...) **¿Usted notificó de forma personal a la señora Celmira sobre los aspectos que dijo que iba a liquidar?** Respondió: Sí, nosotros cuando mandamos el pago con la liquidación también enviamos una carta explicativa de cada uno de los conceptos pagados. (...) **¿Sírvase informarle al despacho que hizo con la señora Celmira a finales del año 2016 para como reubicarle sus labores, es decir quedó algo en escrito?** Respondió: Ella presentó recomendaciones temporales, no recuerdo si esto fue por escrito, lo que sí le entregamos por escrito fueron las funciones que ya había aceptado en el área administrativa, donde le decíamos qué tendría que hacer en la oficina, las cuales aceptó, pero como les digo, se quedó durante una hora o una hora y media”.

De la declaración de las partes queda claro que con ocasión del cese de las incapacidades y las recomendaciones efectuadas que ponían en evidencia la imposibilidad de continuar realizando la labor habitual, las señoras **CELMIRA HERNÁNDEZ** y **ALEXANDRA OBANDO ESPINEL** se reunieron en las instalaciones de la empresa. La demandante afirma que la propuesta que se le efectuó fue la de quedarse en las oficinas realizando labores de aseo y la representante legal aduce que se le asignaron funciones administrativas que realizó por el lapso de una hora y luego se fue. Para demostrar lo ocurrido en aquella oportunidad, la pasiva trajo al proceso a la testigo **LUZ MARINA FONNEGRA VÉLEZ - (CD 02 – Minuto: 1:32:40)** quién labora en Consentido Humano desde el año 2011 quien dijo conocer a la demandante, supo que estuvo incapacitada por un largo tiempo señalando que fue hasta cumplir más de 180 días. Y sobre lo ocurrido con ocasión del cese de las incapacidades, narró:

¿Sabe si después de esa larga jornada de incapacidades regresó la señora Celmira otra vez a laborar en Consentido Humano? Respondió: Sí, ella regresó a las oficinas, pero se fue y nunca más volvió. **¿Y sabe la razón por qué volvió y después dejó de volver, finalmente no regresó?** Respondió: Sí. **¿Me explica por qué apareció y luego cuándo apareció?** Respondió: Ella ya no tenía incapacidad, entonces la gerente habló con ella para dejarla en la oficina, para desempeñar, pues, como contestar el teléfono como cosas administrativas, contestar el teléfono, hacer algunas cosas, digamos, de cuadernos. **¿Qué hacía la señora Celmira antes y después de las incapacidades?** Respondió: Ella era un acompañante. **¿Qué quiere decir eso?** Respondió: La empresa presta el servicio de acompañante en el autocuidado de las actividades diarias de los seres humanos, entonces, ya después de la incapacidad, por eso la trasladaron para la oficina. **¿Pero con base en qué la trasladan a la oficina, por también consideración de la empresa Consentido Humano, o de algún médico o algo?** Respondió: Por algunas indicaciones médicas. **¿Como cuáles?** Respondió: No, no recuerdo bien la situación. **¿Recuerda si esas recomendaciones siguieron al pie de la letra y por quién?** Respondió: No se pudieron seguir al pie de la letra porque cuando la gerente habló con la señora Celmira para dejarla en la oficina y que hiciera algunas labores administrativas, ella ya se fue y nunca más regresó. **¿O sea que hubo un mero contacto no más, o trataron de hacer algún acuerdo o hubo diálogo entre la señora Alexandra y doña Celmira?** Respondió: Sí, señora. **¿Quién lleva esas recomendaciones o indicaciones médicas?** Respondió: La señora Celmira. **¿Y a quién se las entregó?** Respondió: A la gerente directamente. **¿Y ese mismo día se fue, indique más o menos de cuándo fue eso?** Respondió: Eso fue en el mes de noviembre de 2016. **¿Y usted presenció esos arreglos o esa cercanía de la señora Celmira con doña Alexandra, la representante o gerente de la empresa?** Respondió: Sí. **¿Y qué dialogaron?** Respondió: la señora gerente, pues, por las indicaciones médicas, le dijo que se quedara en la oficina haciendo las actividades que le decía antes, que era como contestar el teléfono, marcar algunos cuadernos, eran cosas, pues, demasiado sencillas, y no sé si a la señora Celmira realmente no le gustó la ocupación, nomás porque venía de una larga incapacidad y ya no se sentía en capacidad de laborar, o tal vez porque venía de una larga incapacidad ya se vuelven perezosas para seguir desempeñando sus labores. **¿Y eso advirtió usted de la señora Celmira?** Respondió: Es que fue como la misma que, de pronto tomó la señora Celmira con respecto a lo que le estaba ofreciendo doña Alexandra. **¿Pero usted estuvo en esa reunión, en ese diálogo entre doña Alexandra y doña Celmira?** Respondió: Yo escuché porque como es una oficina relativamente pequeña, entonces uno, pues, normalmente se escucha todo. **¿Entonces a pesar de que usted estaba cumpliendo con el desarrollo de sus funciones, y que el lugar era pequeño como usted lo dice, escuchó alguna propuesta que le hiciera la señora Alexandra a la señora Celmira, o qué quería ella?** Respondió: Sino que la actitud grotesca que toma la señora Celmira es de no aceptación frente a lo que le propone la doctora Alexandra, teniendo en cuenta pues las indicaciones que le había hecho la EPS. **¿Y cuáles fueron esas funciones que le propuso la señora Alexandra?** Respondió: Contestar el teléfono, llenar unos cuadernos que debemos diligenciar para los usuarios. **¿Le propuso que hiciera labores de aseo, como las de barrer y trapear?** Respondió: No. **¿La señora Celmira dijo en su**

interrogatorio que eso fue lo que la molestó, que le propusiera también esas actividades de aseo? Respondió: No, señora juez, no recuerdo que le haya dicho a ella que tenía que hacer aseo. **¿Usted nos podría indicar de manera detallada qué ocurrió ese día que la señora Celmira acudió a la reunión con la señora Alexandra?** Respondió: Cuando la doctora Alexandra conversa con la señora Celmira y le hizo la propuesta. *Pues lo que decía, no sé si un empleado después de una incapacidad tan larga se vuelve perezoso y ya quiere seguir incapacitado de por vida, entonces yo tomo la actitud de la señora Celmira de esa manera, porque de todos modos la empresa le estaba ofreciendo una oportunidad de seguir laborando, pero ella en muy corto tiempo arrancó y se fue, y de ahí ya no volvimos a saber nada de ella.* **Cuando usted dice corto tiempo, ¿nos podría describir qué fue exactamente lo que ocurrió?** Respondió: Después de terminada la reunión, ella decidió más bien retirarse de la oficina y hasta el día de hoy no la había vuelto a ver. **¿Usted nos podría indicar si de alguna manera ustedes preguntaron, la requirieron para que se presentara a laborar, la llamaron, trataron contactarla, y qué pasó en ese caso?** Respondió: Bueno, a ella sí se la estuvo marcando en alguna de las oportunidades que yo llamé, le repito que la señora Celmira fue demasiado grotesca y me dijo, yo no tengo nada que hablar con usted, si algo tiene que hablar, háblelo con mi abogada, entonces muy difícil uno tener comunicación con una persona que actúa de esa manera. **¿Por esos días que se usted habla de eso de cuando la llamó, a cuánto tiempo más o menos se refiere?** Respondió: En menos de 8 días de haberse ido de la oficina. **¿Por qué medios intentaron comunicarse con la señora Celmira?** Respondió: Telefónicamente y por correo. **¿Hubo algún éxito en esa comunicación?** Respondió: No, ninguno. **¿A ella se le citó a descargos por esos días que no fue a laborar?** Respondió: Se le citó, pero nunca llegó. **¿Qué constancia hay de que ella si recibió eso, que ella conocía esa citación?** Respondió: A ella se le envió, no recuerdo muy bien, pero creo que le enviamos la citación por correo, pero no recuerdo bien. **¿Y a qué dirección se le envió?** Respondió: A la casa de ella, todo se le enviaba a la casa en Calazans parte alta. **¿Y esos correos fueron recibidos, quedó constancia de que fueron recibidos o hubo algún problema con la entrega de esos documentos?** Respondió: Los correos fueron entregados por Servientrega y tienen la constancia de recibido, con las firmas. **¿Las firmas, firma quién?** Respondió: No, no recuerdo quien las haya recibido, pero sí quedaron en vouchercitos, en el recibo pues que queda de la empresa de mensajería. (...) **¿Sírvese informarle al despacho le empresa tuvo conocimiento de las incapacidades, como expresó ahora, de largas incapacidades de la señora Celmira, también se conoció de las restricciones que le notificó la EPS y la Junta Regional a la empresa?** Respondió: Yo sé que había indicaciones, eso era lo que conocía yo, indicaciones, más no el otro término que usted indicó. **¿Sírvese informarle al despacho si conoce usted las asignaciones de funciones que se le dieron a la señora Celmira en noviembre y diciembre de 2016, luego de que manifestó usted el despacho regresara ella de una larga incapacidad?** Respondió: Bueno, como lo dije también anteriormente, la doctora en una reunión le dijo que le asignaría, pues, las funciones, contestar el teléfono y hacer algunas cosas con papelería con unos cuadernos que manejamos, esas fueron las Indicaciones que le dio la doctora, que ya lo he dicho. **¿Se le asignó algún turno a cumplir labores de enfermería a la señora Celmira en las fechas de finales noviembre, esto es, después del 24 de noviembre y hasta el 02 de diciembre de 2016?** Respondió: Realmente yo trabajo es en la parte administrativa y no en la parte operativa, entonces, no sé si le asignaron algún turno. **¿Dice usted que estuvo presente cuando la señora Celmira se presentó a dialogar con la señora Alexandra en noviembre de 2016, sabe usted si alguien acompañó a la señora Celmira a esa reunión o si fue sola?** Respondió: No lo recuerdo.

Analizando la declaración de la testigo, se advierte que no participó de la reunión que se suscitó entre **CELMIRA HERNÁNDEZ** y **ALEXANDRA OBANDO**, dejando claro sí que entre las partes no se llegó a un acuerdo respecto a cuáles serían las funciones que la trabajadora continuaría desempeñando con ocasión de su condición de salud. Y que, finalizada la reunión, la actora decidió retirarse de la oficina evidenciando su inconformidad con la propuesta que le fuera efectuada.

Ahora bien, la representante legal señala que a partir de ese momento se procuró obtener comunicación con la *demandante* a través de correos electrónicos, cartas enviadas por correo certificado y llamadas telefónicas. Y si bien la testigo afirma que durante los 8 días siguientes se intentaron comunicar con la actora por correo, ninguna prueba se trajo al proceso de ello. Tampoco se acreditó que se le hubiese remitido comunicación alguna a la dirección de su residencia, no se allegó la prueba de remisión de algún documento por correo certificado conforme lo expresado, ni muchos menos mensajes electrónicos. Se trata de manifestaciones que quedan sin soporte probatorio. La única prueba que existe al respecto es un escrito del **23 de noviembre de 2016** suscrito por la gerente de la sociedad, del que se ignora la fecha en que fue recibido⁴⁹:

Señora

Celmira Hernandez

Cuidadora del Bienestar y de la Salud

Cordial saludo,

Me permito solicitarle muy cordialmente, la razón por la cual usted no se ha presentado a trabajar desde el día 22 de Noviembre de 2016, a pesar de que la empresa le asignó las tareas y horarios que debe cumplir y que usted desde el día 22 de noviembre del año en curso no cumple.

Quedo atenta a su pronta respuesta.

Y la respuesta emitida por la trabajadora el **28 de noviembre** siguiente⁵⁰:

Cordial saludo.

Con la presente me permito dar respuesta a la notificación enviada de su parte respecto a mi inasistencia a laborar desde el 22 de noviembre del año en curso, para la cual usted afirma haberme asignado tareas y horarios que desconozco hasta el momento, ya que usted me expresó verbalmente el día jueves 24 de noviembre del año en curso que, la junta y la empresa, había decidido dar por terminado mi contrato, presentándome dos opciones:

1. Terminar el contrato unilateralmente, presentando una renuncia de mi parte, sin aplicar a pago de indemnización.
2. Recibir un obsequio de su parte equivalente a 3 millones de pesos, además de la liquidación legal que me corresponde.

Mi decisión a lo anterior se la hice saber mediante un mensaje de texto en su celular, el cual debió haber recibido.

Y reposa un escrito fechado el **1 de diciembre de 2016** suscrito por la actora y dirigido a **CONSENTIDO HUMANO S.A.S.** en el que se afirma que la empleada goza de estabilidad laboral reforzada por el hecho de estar en tratamientos para mejorar su estado de salud por ser una persona enferma, se están realizando actos de acoso laboral y se tenga en

⁴⁹ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 33

⁵⁰ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 34

cuenta que la empleada tiene 52 años y es posible que no pueda volver a encontrar un nuevo empleo⁵¹.

Finalmente, una carta de terminación unilateral por parte del empleador fechada el **2 de diciembre de 2016**, en los siguientes términos⁵²:

Medellín, 2 de Diciembre de 2016

Señora
Celmira del Socorro Hernández Betancur
Ciudad

Por medio de la presente comunicación le informo que la empresa decidió terminar su contrato de trabajo con justa causa imputable a usted a partir del dos (02) de diciembre del año en curso. El motivo de la decisión es la siguiente:

Desde el pasado 24 de noviembre, usted no se ha presentado a trabajar sin una excusa válida y por ello la empresa dispuso los correspondientes reemplazos para las funciones que usted desempeña. Al no asistir usted a su sitio de trabajo, generó graves traumatismos en la empresa.

Su conducta constituye un grave incumplimiento de sus obligaciones laborales, especialmente la de prestar el servicio para el cual fue contratado, y falta grave al reglamento de trabajo, que usted conoce perfectamente. El no presentarse durante varios días al trabajo sin excusa alguna es motivo para que la empresa decida terminar su contrato de trabajo con justa causa imputable a usted.

Puede reclamar el pago de sus prestaciones sociales, salarios, y constancia de pago de sus aportes a la seguridad social y parafiscal de los últimos 3 meses, en la oficina de la empresa.

Atentamente

También se demuestra que, con ocasión de esta determinación, la accionante acudió al Ministerio del Trabajo el **7 de diciembre de 2016** donde se le sugirió la interposición de una acción de tutela por encontrarse en estado de estabilidad laboral reforzada de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁵³; habiéndose acreditado que finalmente le fue pagada una liquidación definitiva de prestaciones sociales, lo que fue confesado por la actora en la diligencia de interrogatorio de parte⁵⁴.

Pues bien, efectuando el análisis de este acervo probatorio, en criterio de esta corporación la pasiva no comprueba en este proceso el haber efectuado los ajustes razonables determinantes para eliminar o mitigar la discriminación en que se encontraba la señora **CELMIRA HERNÁNDEZ** derivadas de la situación de discapacidad en que se encontraba y las barreras que le generaban para realizar la labor.

⁵¹ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 37 a 41

⁵² PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 42

⁵³ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 47

⁵⁴ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – páginas 43, 44 y 46

No puede perderse de vista el deber del empleador de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en condiciones de igualdad de oportunidades, siendo claro que la obligación de realizar *ajustes razonables* supone el adoptar mecanismos de acondicionamiento para el goce de los derechos del trabajador, lo que supone dar facilidades, adaptarse o tomar medidas, efectuar modificaciones efectivas o adecuados con el fin de eliminar los obstáculos que le impidan participar en una actividad laboral; lo que no solo implica realizar modificaciones materiales de los locales, adquirir o modificar las herramientas de trabajo, modificar las horas de trabajo normales, sino también el proporcionar información accesible en relación con las condiciones del vínculo laboral, comunicar claramente las expectativas y las consecuencias si estas no son satisfechas, implementar estructuras de retroalimentación, entre otras.

Esos ajustes que el empleador debe realizar deben ser fruto del acuerdo de voluntades y si bien de ninguna manera implican una carga desproporcionada para quien los efectúa, el empleador debe asegurar que en la realización de actos jurídicos como los procedimientos disciplinarios laborales y la finalización del vínculo laboral las personas en condición de discapacidad comprendan el alcance de esos escenarios y su contenido, cuando existan barreras que obstaculizan tal propósito. En efecto, a pesar de que el **artículo 6° de la Ley 1996 de 2019** presume la capacidad legal de las personas en condición de discapacidad para el ejercicio de derechos laborales y que la existencia de una discapacidad no es motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona⁵⁵, la misma norma prevé que estas personas tienen derecho a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los actos jurídicos.

Pues bien, para esta corporación es claro que, en principio, cuando un trabajador no se presenta a laborar con ello vulnera el **artículo 58 numeral 1** y el **numeral 4 del artículo 60** del C.S.T., pero en este caso concreto y una vez analizado el contexto en el que se presentó el manejo de la situación con ocasión del regreso de la señora **CELMIRA HERNÁNDEZ** a la actividad laboral en el mes de noviembre de 2016, lo que se evidencia es el claro incumplimiento del empleador en las obligaciones a su cargo respecto a la adopción e implementación de ajustes razonables para superar las barreras que la trabajadora presentaba: No solo se le propuso que presentara la renuncia o una terminación de mutuo acuerdo con el pago de una bonificación; si no que se abstuvo de brindar verdaderas opciones que garantizaran la protección de sus derechos laborales en

⁵⁵ **Ley 1996 de 2019. ARTÍCULO 8°. Ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad legal.** Todas las personas en condición de discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.

La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.

un marco de respeto a su dignidad humana como trabajadora en situación de discapacidad. Y se destaca que si bien obra un comunicado fechado el **29 de noviembre de 2016** que fuera emitido quizás con ocasión del escrito de la actora del día anterior, en el que se indican las nuevas labores administrativas a realizar y los horarios⁵⁶, lo cierto es que en manera alguna se demuestra que hubiese sido recibido antes de la misiva con la que se finiquitó el vínculo; verificándose en su texto que solo fue recibido días después, para la época en que la testigo **LUZ MARINA FONNEGRA VÉLEZ** informa que dejó en la puerta de la actora los documentos relacionados con la terminación y liquidación del contrato de trabajo⁵⁷:

Recibido
9. Diciembre 2016.
3/30 p.m.

Así, es el incumplimiento de la carga probatoria de **CONSENTIDO HUMANO S.A.S.** lo que lleva a REVOCAR la decisión adoptada en primera instancia porque no se demuestra en este caso que, por no presentarse a trabajar en aquellos días, la demandante hubiese incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones.

Las pruebas del proceso solo dan cuenta de una comunicación de la empresa que hubiese sido efectivamente recibida por la actora y de la respuesta emitida por la trabajadora el **28 de noviembre** en manera alguna se advierte el interés del empleador en la continuidad del vínculo laboral efectuando los ajustes necesarios para que CELMIRA HERNÁNDEZ continuara efectuando una labor acorde a su situación de discapacidad. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha sido pacífica al afirmar que, lo que censura el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997** no es el acto de desvinculación en sí mismo, sino los móviles discriminatorios que le subyacen, lo que se destaca en la sentencia **CSJ SL1360-2018** reiterada en la **CSJ SL 2055 – 2023**:

(...) las normas que protegen a los trabajadores con discapacidad se proyectan en las relaciones laborales en diferentes fases y, fundamentalmente, tienen como objetivo promover la inclusión y participación de estos, y a la postre, evitar que los ámbitos laborales sean espacios de segregación, exclusión y distinción.

En esta dirección, **la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental.** Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato

⁵⁶ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 36

⁵⁷ PRIMERA INSTANCIA –archivo 05001310501520180062000_C01 – página 36

terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva. (negrilla de la Sala)

Se concluye entonces que la empresa no logró derruir la presunción de despido discriminatorio, pues si bien quedó acreditado que la trabajadora durante los días previos a la terminación no acudió a su sitio de labores, no se acreditan los presupuestos para afirmar que se configura la causal prevista en el **numeral 6 del literal A del artículo 62** del C.S.T. referida a un incumplimiento grave de sus obligaciones: La ausencia a laborar se sustenta sin duda, en el comportamiento y decisiones adoptadas por la pasiva. Lo que se demuestra en el proceso es un comportamiento del empleador ajeno a los deberes que le imponía la situación de discapacidad de la trabajadora, llevando al convencimiento sobre la existencia de un **comportamiento discriminatorio que conlleva a declarar la ineficacia del acto jurídico de despido.**

Se ordenará el reintegro a un cargo que ofrezca condiciones iguales o similares que las del puesto de trabajo desempeñado por la demandante al momento de su desvinculación y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud, sino que esté acorde con sus condiciones, con el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo.

Se condenará al pago de todos los **salarios y prestaciones sociales** dejadas de percibir desde el **1 de diciembre de 2016** y hasta el momento en que opere el reintegro, sumas que deben ser **indexadas** al momento del pago porque se encuentran afectadas por la devaluación de la moneda derivada de una economía inflacionaria como la nuestra, siendo claro que esta condena no implica el incremento del valor del crédito, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo (**artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y SL 359 -2021**).

La indexación se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula y criterios:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL} \times \text{VALOR A INDEXAR} - \text{VALOR A INDEXAR}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} = \text{VALOR INDEXACIÓN}$$

Los valores con los que ha de remplazarse la fórmula deben ser:

ÍNDICE FINAL correspondiente al **IPC** para la **fecha en que haya de efectuarse el pago**

ÍNDICE INICIAL correspondiente al **IPC** para vigente **a la fecha de la causación de cada concepto**

VALOR A INDEXAR que se refiere al **monto de cada concepto**

Las cotizaciones en pensiones deberán hacerse en COLPENSIONES S.A. a partir del **1 de diciembre de 2016** teniendo como IBC inicial para aquel año la suma de **\$840.000**, indexada anualmente.

Y se condena a la **INDEMNIZACIÓN de 180 días de salario** consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ante el incumplimiento en la obligación de solicitar la autorización al Ministerio del Trabajo para poder despedir a la actora, que se cuantifica en la suma de **\$5.040.000**⁵⁸ y sobre la que también procede la INDEXACIÓN calculada con la misma fórmula, siendo el ÍNDICE INICIAL el IPC vigente al momento del despido– **1 de diciembre de 2016** –; ÍNDICE FINAL el IPC vigente al momento del pago de la obligación y el valor a indexar **\$5.040.000**.

Y ya en este punto resulta relevante resaltar que si bien en la demanda se afirmó que en realidad el salario base mensual promedio con el que se liquidaron las prestaciones sociales cuando finalizó el vínculo debió ser de **\$1.300.000** en razón del tiempo suplementario y horas extras constantemente laboradas, afirmando que éstas excedían siempre las 16 horas y hasta 24; lo cierto del caso es que nada de ello se probó. En este sentido, esta corporación resalta a la apelante que corresponde al demandante no solo precisar de manera clara en su demanda el número de horas extras laboradas, sino además probar cada una de ellas. Es una pacífica tesis de la Sala de Casación Laboral (**CSJ SL4930-2020; CSJ SL1994-2020; CSJ SL1058-2020; CSJ SL1573-2019; CSJ SL2931-2018; CSJ SL5716-2018; CSJ SL5707-2018; CSJ SL15014-2017; CSJ SL6738-2016; CSJ SL7578-2015**). En sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, radicación 31637, reiterada en la sentencia **CSJ SL15014-2017**, señaló:

“Con todo, juzga la Corte precisar que los documentos de folios 8 a 88, en primer lugar no tienen la suficiente vocación de acreditar, por sí solos, que el actor laboró determinadas horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, en la cantidad allí establecida y, en segundo término, que no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. De no ser así, la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras, dominicales y festivos, bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor, que es lo que en últimas pretende el actor en su discurso.

Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador, aspecto que el mismo recurrente no desconoce cuando afirma que “Por supuesto que no indican de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas, pero sin duda permiten dar por demostrado, que los valores y registros consignados en las documentales de los folios 8 a 88 del cuaderno principal son totalmente ciertos” (folio 15, cuaderno 3), aserción que no pasa de ser una mera suposición o conjetura.

Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que **para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo mas allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia**, es decir, que **el haz probatorio**

⁵⁸ Teniendo como salario mensual básico \$840.000 de acuerdo a liquidación del contrato de trabajo (Página 43 del archivo 05001310501520180062000_C01); para un salario diario por valor de \$28.000.

sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias”

Y al haber salido avante la pretensión derivada de la estabilidad laboral reforzada que conlleva a declarar que carece de efecto el despido, en manera alguna resulta procedente acceder a las otras pretensiones de la demanda que surgen incompatibles con lo decidido: indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T. y sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., siendo claro que con las condenas impuestas se satisface la pretensión indemnizatoria sustentada en el despido discriminatorio.

Y al revocarse la sentencia en su integridad en virtud del recurso de apelación, se condenará en costas en ambas instancias a **CONSENTIDO HUMANO S.A.S.** El valor de las agencias en derecho en segunda instancia equivale a cinco (5) veces el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024

8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE.**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín para en su lugar efectuar las siguientes DECLARACIONES Y CONDENAS:

- **SE DECLARA** ineficaz el despido acaecido el **1 de diciembre de 2016** por parte de **CONSENTIDO HUMANO S.A.S.**
- **SE ORDENA** el reintegro de la señora **CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ** a un cargo que ofrezca condiciones iguales o similares que las del puesto de trabajo desempeñado hasta su desvinculación **y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud, que esté acorde con sus condiciones** y con el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo.
- **SE CONDENA** a **CONSENTIDO HUMANO S.A.S.** al pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la señora **CELMIRA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ** desde el **1 de diciembre de 2016 y hasta el momento en que opere el reintegro.** Que las sumas anteriores sean indexadas en la forma expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Las cotizaciones en pensiones a partir del **1 de diciembre de 2016** deberán hacerse en COLPENSIONES teniendo como IBC inicial para aquel año la suma de **\$840.000**, indexada anualmente.

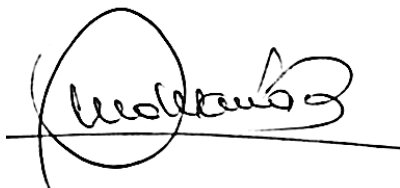
Y se condena a la **INDEMNIZACIÓN de 180 días de salario** consagrada en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, por la suma de **CINCO MILLONES CUARENTA MIL PESOS \$5.040.000.)**

RADICADO: 050013105 015 2018 00620 01

y sobre la que también procede la INDEXACIÓN que será calculada en la forma expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas en ambas instancias a **CONSENTIDO HUMANO S.A.S.** El valor de las agencias en derecho en segunda instancia equivale a cinco (5) veces el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA