

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-013-2015-00693-01
DEMANDANTE:	DAMIÁN TADEO MOSQUERA PALACIOS
DEMANDADO:	BANCO DE BOGOTÁ

ACLARACIÓN DE VOTO
MAGISTRADA: MARÍA NANCY GARCIA GARCIA

Estimo necesario emitir la presente aclaración de voto en el asunto de la referencia toda vez que el alcance de la protección especial reforzada que se otorga a las personas en condiciones de discapacidad presenta unas diferencias puntuales entre la jurisprudencia de la Corte en sede de casación laboral y el Alto Tribunal Constitucional, en cuanto la determinación de los sujetos destinatarios del amparo.

Para definir los beneficiarios de la medida tuitiva, se ha concluido por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que se debe atender un elemento objetivo para delimitar el grado de discapacidad y considerar que hay una pérdida sustancial de la capacidad laboral, la que estima desde la *moderada* en adelante, identificando de ese modo a los sujetos beneficiarios de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acudiendo para el efecto al contenido del artículo 7 del D. 2461 de 2001, precepto que dicho sea de paso, fue derogado por el artículo 61 decreto 1352 de 2013.

Reconoce la Corte Suprema, que la protección contenida en la ley en cita, cobija a la discapacidad en los grados de *moderada*, *severa* y *profunda*. En otras palabras, adviera que la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se reconoce a los trabajadores con pérdida de capacidad laboral a partir del 15%. (sentencias SL 635-2020; SL 5181-2019, entre muchas otras)

La Corte Constitucional por el contrario no acude a un elemento objetivo para determinar quiénes son los destinatarios de la medida de protección, sino que se refiere a una categoría de sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud, estableciendo al respecto que se trata de aquellos trabajadores que se pueden catalogar como personas con discapacidad, con una disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y en general, todos aquellos que tengan una

afectación grave en su salud, que les impida o dificulte sustancialmente sus labores en condiciones regulares, y que se sospeche por tales condiciones, que pueden ser discriminados por ese solo hecho¹.

En la sentencia de unificación SU-049 de 2017 la Sala Plena de la Corte Constitucional dejó expuesta su posición omnicomprendiva del universo de beneficiarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que venía plasmada desde la Sentencia C-824 de 2011, bajo el supuesto de que la jurisprudencia constitucional “*ha acogido una concepción amplia del término limitación [hoy discapacidad, según el condicionamiento realizado por la sentencia C-458 de 2015], en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar*”².

Sostuvo que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva exclusivamente de la Ley 361 de 1997, ni se circunscribe a aquellos que han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, pues desde temprano se ha dejado claro que la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y se predica de todas las personas que padezcan una afectación en su salud que les “*impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares*”,³ resaltando que tal situación particular es la que puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, puede verse la persona sometida a discriminación por tal hecho.

Lo relevante es la evidencia acerca de una situación de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, para que se active la protección reforzada en caso de despido, aunque no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral. Postura que viene reiterada por todas las Salas de Revisión de la Corte, desde el año 2015 como se puede observar en sentencias T-405 de 2015 (Sala Primera),⁴ T-141 de 2016 (Sala Tercera),⁵

¹ “*La Sala Segunda de Revisión señaló, asimismo, en la sentencia T-784 de 2009, que un trabajador debía ser vinculado nuevamente a su trabajo porque fue despedido sin justa causa mientras estaba en circunstancias de debilidad manifiesta, y además sin la autorización correspondiente. Dijo la Corte, en ese asunto, que no importaba si el trabajador no era, en estricto sentido, un discapacitado o un inválido, porque “la protección laboral reforzada no sólo se predica de quienes tienen una calificación que acredita su condición de discapacidad o invalidez. Esta protección aplica también para aquellos trabajadores que demuestren que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares de trabajo”.*”

² Corte Constitucional, Sentencia C-824 de 2011, ya citada.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001. La Corte Constitucional en este asunto dijo que una mujer debía ser reintegrada al cargo del cual había sido desvinculada sin autorización del inspector de trabajo, porque a pesar de que no había sido calificada como inválida, tenía una disminución suficiente en su salud que la hacía acreedora de una protección especial. Cita original.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2015. En esa ocasión se resolvieron varios casos acumulados. Entre ellos, estaba el correspondiente al caso en el que una persona fue diagnosticada con síndrome del túnel del carpo bilateral severo, fue sometida a una cirugía cuando estaba pendiente de otra intervención y de una valoración del hombro derecho, y entre tanto fue desvinculada sin contar con la autorización del inspector de trabajo. El accionante se desempeñaba como jardinero, y la enfermedad era de origen profesional. No acreditó un porcentaje de pérdida de capacidad, pero la Sala reconoció que era titular de la estabilidad laboral reforzada mientras experimentara por su salud dificultades sustanciales para desarrollar sus funciones en condiciones regulares. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2016. En ese fallo la Sala Tercera resolvió dos casos, uno de los cuales era de una persona que fue desvinculada sin autorización del Inspector del Trabajo en un momento en que experimentaba las

T-351 de 2015 (Sala Cuarta),⁶ T-106 de 2015 (Sala Quinta),⁷ T-691 de 2015 (Sala Sexta),⁸ T-057 de 2016 (Sala Séptima),⁹ T-251 de 2016 (Sala Octava)¹⁰ y T-594 de 2015 (Sala Novena).¹¹

Precisa en cuanto al concepto de discapacidad, que este no debe confundirse con el de invalidez, en tanto si bien ambos implican de suyo una disminución de las capacidades físicas, mentales o sensoriales de la persona, subyace una marcada diferencia en los conceptos (T-198-2006), a saber:

“[P]odría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.

En cuanto a la invalidez, el artículo 38 de la ley 100 de 1993 dispone:

consecuencias médicas de una cirugía que le desencadenó un proceso infeccioso. El accionante se desempeñaba como asesor comercial, y para desarrollar sus funciones requería caminar periodos y tramos prolongados. La Sala le reconoció como titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, pese a no encontrarse en el expediente referencias a su porcentaje de calificación de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2015. La Sala Cuarta revisó el caso de una persona que sufrió un “trauma en el pie derecho” mientras operaba una máquina guadañadora, en desarrollo de su trabajo al servicio de una empresa dedicada a la siembra de palma para usos alimenticios. La Sala le reconoció el derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin que se hubiera considerado como relevante el hecho de que no contaba con un certificado del porcentaje de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-106 de 2015. El caso entonces resuelto correspondía al de una persona que fue desvinculada mientras sufría las consecuencias adversas de una discopatía lumbar múltiple y una neumoconiosis. El peticionario se desempeñaba como minero y su médico le recomendó, entre otras cosas, evitar “la exposición a material particulado, humo o vapores durante la actividad laboral”. La Sala reconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin que estuviera una calificación de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2015. En esa oportunidad se resolvió un asunto relativo a una persona que fue desvinculada sin autorización del Ministerio del Trabajo, en un contexto en el cual padecía las secuelas de un “ganglio en el dorso de la mano derecha”, así como de “dolencias en las articulaciones de manos, brazos, pies, piernas, cintura y en general en todo el cuerpo”, por lo cual se le diagnosticó con “lumbalgia en los miembros inferiores, compromiso inflamatorio de todas las vértebras lumbares, [...] artritis gotosa degenerativa”. La actora era recolectora de residuos sólidos de un municipio. La Sala la reconoció como titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, pese a no contar con certificación sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 2016. La tutela decidida en ese caso la presentó una persona que fue desvinculada de su trabajo, sin la autorización del inspector del trabajo, pese a que padecía “Hipertensión esencial primaria, goma y úlceras de frambesía, hipertensión arterial, hipertropia ventricular izquierda, cardiopatía hipertensiva, pólipos gástricos”, además de las consecuencias de un accidente mientras trabajaba en la línea de producción de la compañía, en el cual sus dedos de la mano derecha se afectaron y uno de ellos resultó atrapado. La Sala sostuvo que la persona tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada, aun cuando no obrara certificado de porcentaje de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-251 de 2016. En uno de los casos acumulados el accionante fue desvinculado, sin autorización institucional, cuando experimentaba las secuelas de un “síndrome del túnel carpiano, lumbago no especificado y cervicalgia”. En su trabajo se desempeñaba como “andamiero”, por lo cual sus labores eran “cargar elementos pesados como andamios y tablas, subir materiales, escalar, etc.”. La Sala lo consideró titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, aun sin porcentaje de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2015. En esa ocasión, en uno de los casos, la accionante fue desvinculada sin autorización del Ministerio, mientras experimentaba las consecuencias de diversas afectaciones de salud, entre ellas, “(i) trastorno mixto de ansiedad, por el exceso de trabajo, (ii) amigdalitis y faringitis, debido a la exposición al frío, (iii) bocio tiroideo, (iv) gastritis antral eritematosa, (v) asimetría de la altura de las rodillas, (vi) quiste aracnoideo en fosa nasal posterior (vii) escoliosis toraco-lumbar de vejez el riesgo osteomuscular por la postura y movimientos repetitivos”. La peticionaria se desempeñaba como vendedora, y entre las recomendaciones médicas estaba la de “no exponerse al frío”. La Sala la consideró titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, pese a que no se expuso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. La cita se toma de la Sentencia SU-049 de 2017.

‘ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.’

Por el contrario, podría afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral [...].” Texto resaltado fuera del original.

Así entonces, encontrándose que la Guardiana de la Carta reconoce el carácter constitucional de la protección laboral reforzada, que involucra un concepto de discapacidad omnicompreensivo que permite abarcar a todos los sujetos que ameritan la especial protección, estima esta falladora que es el alcance que más se identifica con la razón de ser del referido amparo y adopta esta posición, que es la que se ha venido sosteniendo en todas las decisiones que suscribe.

El concepto de discapacidad que refiere la Corte Constitucional no se restringe por una calificación, ni precisa un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino que tiene en consideración la situación o condición real del sujeto destinatario de la protección, que lo identifica como una persona en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, por presentar una discapacidad, con una disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y en general, todos aquellos que tengan una afectación grave en su salud, que les impida o dificulte sustancialmente sus labores en condiciones regulares, y que se sospeche por tales condiciones, que pueden ser discriminados por ese solo hecho.

Acoge la Corte un mayor rango para la cobertura del amparo laboral, que debe ser analizado por el fallador a fin de determinar acorde a las particulares condiciones del caso, si la afectación de salud representa la discapacidad que amerita la medida protectora, en tanto que puede llegar a constituir un trato discriminatorio en la decisión del empleador de terminar el vínculo, concepto con el que se itera, se identifica quien suscribe la presente aclaración.

Y se añade a lo anterior, que de acuerdo con lo expresado en la sentencia **T-351 de 2011** el sentido, alcance y fundamento normativo de obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. “*No obstante, ambos tienen en común, que se deben acatar (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta, y (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad*”¹².

En los anteriores términos dejo expuesta mi posición frente al tema, precisando que aunque acompaño la decisión, debo señalar en punto a las consideraciones relativas a quiénes son los beneficiarios de

12 Corte Constitucional, sentencias T-468 de 2003, T-292 de 2006 y T-360 de 2014.

la estabilidad reforzada, que se hace menester exponer cual ha sido el criterio adoptado en decisiones anteriores, que se alinea con la postura definida por la Corte Constitucional.

Atentamente,



MARIA NANCY GARCIA GARCÍA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MAJISTRADA

*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*