



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL3499-2024

Radicación n.º 92731

Acta 44

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **RODRIGO ANDRÉS AGUILERA BARRIOS**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 2 de febrero de 2021, en el proceso que instauró el recurrente contra **ADECCO COLOMBIA S.A. UNE EPM TELCOMUNICACIONES S.A. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA**, llamada en garantía.

I. ANTECEDENTES

Rodrigo Andrés Aguilera Barrios llamó a juicio a UNE EPM Telecomunicaciones S.A., ADECCO Colombia S.A. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 19 de diciembre de 2011 al 17 de julio de 2013.

Que se declare que ADECCO Colombia S.A. fungió como intermediaria de la empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. y es solidariamente responsable de las condenas que se impongan en este proceso. Que el día 28 de febrero de 2012 sufrió un accidente de trabajo en el momento en que desarrollaba sus funciones, el cual le causó lesiones en su hombro izquierdo. Que para el momento en que finalizó el contrato, el 17 de julio de 2013, fecha del despido, se encontraba en tratamiento médico debido a las consecuencias acaecidas por el accidente de trabajo del día 28 de febrero de 2012.

Como consecuencia de lo anterior solicitó se condene al reintegro al cargo que venía desempeñando y al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social desde la fecha del despido ilegal hasta que se haga efectivo su reintegro.

Fundamentó sus peticiones en lo que interesa al recurso extraordinario, en que se vinculó a la empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., por medio de la empresa ADECCO Colombia S.A., el 19 de diciembre de 2011 mediante contrato de obra o labor; que el cargo desempeñado era de técnico de levantamiento de redes en la empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., y devengaba un salario de \$803.400.

Manifestó que el 28 de febrero de 2012 en ejercicio de sus funciones sufrió un accidente de trabajo, con lesiones en

el hombro izquierdo; y una vez remitido a la atención clínica fue incapacitado por tres días desde el 29 de febrero al 2 de marzo de 2012.

Relató que el 4 de marzo de 2012 fue diagnosticado con dolencia del hombro izquierdo, esguinces torceduras de la articulación de hombro y le fueron concedidos tres días nuevos de incapacidad. El 5 de marzo de 2012 fue valorado en consulta externa y le dieron nuevamente 10 días de incapacidad, desde el 7 al 16 de marzo de 2012. Que el 15 de marzo de 2012 le fue practicado examen de resonancia magnética y se obtuvo como resultado tendinopatía con ruptura parcial del tendón supraespinoso y tendinopatía del subescapular.

Señaló además que el 21 de marzo de 2012, tras valoración médica fue diagnosticado con lesión parcial de manguito rotador bursitis, y quedó incapacitado por veinte días desde el 9 de abril de 2012. Que el 11 de abril de 2012 tras valoración médica le dieron una nueva incapacidad de 20 días, a partir del 10 y hasta el 29 de abril de 2012. El 18 de abril le fue realizada infiltración sobre el hombro izquierdo.

Agregó que el 30 de abril de 2012 tras valoración médica fue diagnosticado con *hombro izquierdo, lesión parcial del supraespinoso bursitis*, y fue incapacitado por 20 días desde el 30 de abril de 2012 al 29 de mayo de 2012. Y en los meses de marzo, abril y mayo de 2012, estuvo en terapias físicas en el centro de rehabilitación por la ruptura del tendón

supescapular. Le fue autorizada intervención quirúrgica artroscopia y se le incapacitó desde el 30 de mayo al 28 de junio de 2012. Le fue prorrogada la incapacidad hasta el 28 de julio de 2012.

Dio cuenta además que el 6 de julio de 2012 fue intervenido quirúrgicamente y en control postquirúrgico se le ordenaron 12 sesiones de fisioterapia para la reparación del manguito rotador izquierdo. El 27 de agosto de 2012 se terminaron las terapias y se recomendó seguir con fisioterapia y medicina laboral. En cita de fisioterapia el 30 de agosto de 2012 le fue prorrogada su incapacidad por 15 días. En consulta médica de 26 de septiembre de 2012 le diagnosticaron restricciones médicas para laborar por cuarenta y cinco días.

El 19 de octubre de 2012 en control posquirúrgico el profesional médico prescribió distintas recomendaciones. El 31 de octubre nuevamente le fue otorgada incapacidad por un día. El 28 de diciembre de 2012 presentó petición a Seguros Bolívar para que se pronunciara respecto del origen de la enfermedad causada por el accidente acaecido el 28 de febrero de 2012, para lo cual se le autorizó resonancia magnética. El 18 de enero de 2013 en control médico se diagnosticó que se trataba de un paciente con lesión de hombro, manejo quirúrgico con mejoría parcial, persistiendo dolor residual en aumento.

Finalmente, desde el 4 de febrero de 2013 hasta el 17 de julio de 2013 siguió con dolores, consultas e incapacidades, además de restricciones médicas. La ARP el

15 de mayo de 2013 le calificó una PCL de origen profesional de 9.85%, la cual le fue notificada el 21 de junio de 2013. El 22 de julio le fue practicado examen médico de retiro y por medio de acción de tutela se solicitó el reintegro.

Al dar respuesta a la demanda UNE EPM Telecomunicaciones, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, los negó en su totalidad.

Aclaró que el demandante fue contratado por Adecco S.A. en los términos del numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y para atender un incremento en la producción o más específicamente, atender el grupo de trabajo del proyecto LIR, el cual tenía como propósito realizar un levantamiento de información de la red externa y que inició en agosto de 2010. Que no tenía conocimiento de las restricciones médicas y ADDECO no podía permitir que el contrato se prorrogara por un lapso superior a un año y el término de las incapacidades impidió la terminación del contrato por obra o labor.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre el demandante y UNE EPM, inexistencia de intermediación laboral respecto de ADECCO y UNE EPM, buena fe, prescripción, pago y compensación.

ADECCO Colombia S.A. al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones y en relación con los hechos precisó que celebró un contrato marco con – EST, UNE EPM mediante el cual se obligó a colaborar con la temporalidad de

trabajadores en los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Aceptó el cargo desempeñado por el demandante y aclaró que se trataba de un trabajador en misión y bajo los términos de un contrato de obra o labor determinada suscrito el 19 de diciembre de 2011. Así mismo, aceptó la ocurrencia del accidente de trabajo el 28 de febrero de 2012. Agregó que la deficiente situación de salud del demandante excedió el tiempo establecido por el trabajo misional, y por gozar de fuero de estabilidad laboral reforzada por salud se mantuvo el contrato y sobrepasó el término de un año. Añadió que para el 17 de julio de 2013 había culminado el tratamiento médico.

Agregó que el demandante se vio involucrado en un accidente de trabajo que le ocasionó lesiones y fue objeto de un largo proceso de tratamiento y recuperación, motivo por el cual ADDECO Colombia se vio obligada a extender el término de vigencia de su contrato laboral, en virtud de las precisas indicaciones que se derivan de la doctrina Constitucional y la estabilidad laboral reforzada, que impide terminar contratos de trabajo de cualquier índole cuando la persona está inmersa en circunstancias que comprometen su salud. Manifestó que la tutela presentada por el demandante le fue negada.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción y carencia de derecho para decidir.

La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., CONFIANZA. quien fue llamada en garantía, al dar respuesta al llamamiento en garantía advirtió que expidió la póliza 24 CU33810, pero el alcance del texto citado, la cobertura y partes no son lo que el llamante menciona en su escrito.

En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa de la compañía UNE para llamar en garantía a CONFIANZA S.A.; ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como verdadero empleador y prescripción de las acreencias laborales.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 22 de noviembre de 2018 absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda.

II. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante fallo de 2 de febrero de 2021, al resolver el recurso de apelación presentado por el demandante decidió confirmar la decisión de primera instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró dos problemas jurídicos a resolver: i) si el demandante se encontraba vinculado con UNE EPM

Telecomunicaciones y si ADECCO Colombia S.A. fungió como simple intermediario y, ii) si se encuentra demostrada la situación de estabilidad laboral reforzada por *«fuero de salud»* y, en consecuencia, si hay lugar a declarar el reintegro.

Inició entonces por determinar un marco normativo aplicable a efectos de resolver el primero de los problemas jurídicos planteados. Y tuvo como fundamentos legales lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 2 del Decreto 4369 de 2006.

A juicio del Tribunal, las normas citadas permiten inferir que las Empresas de Servicios Temporales pueden vincular personal para satisfacer la prestación de servicios con terceros de manera *«estacional»*, siendo su objeto colaborar transitoriamente en el desarrollo de las actividades propias de las empresas usuarias, mediante el envío de trabajadores en misión, quienes ejecutarán la labor contratada, sin olvidar que el vínculo laboral es directo y existe para todos los efectos con la EST. Se distingue que en esta figura jurídica se delega de forma efectiva el ejercicio de la función subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria, sin que por ello se determine que, en efecto, hubo una tercerización de la relación laboral; siendo otras las causas que conllevan a la desnaturalización de este vínculo.

De lo expuesto fueron decantados por la segunda instancia dos conclusiones:

- i) Que el suministro de trabajadores a empresas usuarias es de carácter temporal, y únicamente para los casos taxativamente señalados y,
- ii) Que la subordinación ejercida por la empresa usuaria no es un elemento que desnaturalice en forma alguna el convenio que se suscribe entre el trabajador y la empresa de servicios temporales. - Se apoyó en precedente CSJ Rad 69339, proferida el 15 de agosto de 2018-.

En resumen, una vez vencido el plazo legalmente establecido, si las causas y condiciones laborales persisten surge la obligación de modificar la modalidad del contrato, pues de no hacerlo y al desbordar el término para el cual se envía el trabajador en misión, se desnaturaliza el objeto de las empresas de servicios temporales y nace realmente el vínculo laboral con la empresa usuaria.

Bajo las anteriores premisas y al analizar el caso concreto determinó el ad quem que entre Rodrigo Andrés Aguilera Barrios y ADECCO COLOMBIA S.A. se suscribió contrato trabajo por la duración de la obra o labor contratada a partir del 11 de diciembre de 2011 para desempeñar las labores de técnico de levantamiento de redes, durante el tiempo que lo requiera el beneficiario o empresa cliente (fl. 25).

Que ADECCO Colombia S.A, suministró personal temporal a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. conforme a la oferta mercantil de fecha 19 de septiembre de

2007 (fls. 193 a 200), que mediante misiva de fecha 27 de septiembre de 2013 (sic) Adecco le informó al demandante que a partir del 27 de septiembre de 2012 sería reubicado en labores de digitalización de documentos y que la obra para la cual fue contratado concluyó (sic) el 11 de octubre de 2012, según lo informado por la empresa cliente, pero que, atendiendo sus condiciones de salud sería reubicado laboralmente respetando su derecho a la salud, reubicación que se hizo de forma transitoria.

Conforme con la anterior situación fáctica la conclusión a la que llegó el Tribunal es la existencia de presupuestos probatorios que permiten inferir que las empresas demandadas no transgredieron los cánones que regulan el envío de trabajadores en misión, pues, en efecto, no se superó el término concedido para que el trabajador pudiera desempeñar sus funciones bajo aquella calidad.

Explicó el Tribunal que de la prueba recaudada y adosada en el expediente no se demostró que con posterioridad al 27 de septiembre de 2012, se hubiera enviado nuevamente a Aguilera Barrios a laborar en misión al servicio de la empresa usuaria, conociéndose únicamente que fue reubicado en labores de digitación, sin que se evidenciara que las mismas se habían prestado a UNE EPM TELECOMUNICACIONES, por cuanto el único medio de prueba que se adosó en tal sentido fue el propio dicho del trabajador demandante al momento de absolver su interrogatorio de parte, el cual para efectos probatorios

carece de la contundencia necesaria para dar por probado la circunstancia objeto de análisis.

Reiteró que la subordinación ejercida por UNE EPM TELECOMUNICACIONES no puede servir como elemento para desvirtuar las formas escritas ya referenciadas, más aún cuando la misma, según el material probatorio adosado solo se ejerció entre el 19 de diciembre de 2011 y el 28 de febrero de 2012, atendiendo que a partir de dicha data el trabajador estuvo incapacitado hasta el momento en que se expidió la carta de reubicación, lo que conlleva al fracaso de la apelación por este aspecto.

Para resolver el segundo problema jurídico tuvo en cuenta el Tribunal distintos precedentes, entre ellos, la sentencia CSJ SL 1360-2018, reiterada en las sentencias SL 5717-2019 y SL 208-2020, entre otros. Se extrae de dichas providencias que el fuero de estabilidad laboral reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido de un trabajador en estado de discapacidad, pues lo que sanciona tal precepto es que ese acto este precedido de un criterio discriminatorio, de manera que la invocación de una justa causa legal excluye que la ruptura del nexo subordinado tenga asidero en la discapacidad del trabajador, de ahí que en este evento no resulte obligatorio acudir al permiso de la autoridad administrativa del trabajo, como quiera que se enerva la presunción discriminatoria.

En ese orden de ideas, se precisó por parte del ad quem que, para que el trabajador sea beneficiario de la protección

foral, debe acreditar imperiosamente su discapacidad, para efectos de que pueda ser resguardado por la presunción de discriminación, lo cual implica que el empleador, si pretende derruir aquella, le incumbe, en consecuencia, demostrar la ocurrencia de una justa causa, so pena de que el despido se repunte o devenga en ineficaz, lo cual implica el reintegro del trabajador, con las consecuencias salariales, prestacionales y de seguridad social que ello apareja, aunado al pago de 180 días de salario a título indemnizatorio.

De este modo, la sanción de la ineficacia *«tiene como objeto precaver o remover la práctica de los despidos originados en el "estereotipo de la discapacidad del trabajador": los cuales no se avistan cuando quiera que se alegue una causal objetiva para el finiquito»*.

El colegiado de instancia tuvo en cuenta, además, el marco jurídico aplicable, el cual se compone de lo señalado en los artículos 71 de la Ley 50 de 1990, el artículo 2 del Decreto 4369 de 2006, el Decreto 2177 de 1998 artículo 2, la Ley 1145 de 2007, la Ley 1346 de 2009, la Ley 361 de 1997, la Ley Estatutaria de Discapacidad 1618 de 2013 y el Decreto 1352 de 2013.

Consideró que la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido de un trabajador, pues lo que sanciona el precepto es que ese acto este precedido de un criterio discriminatorio. Es así como la invocación de una justa causa legal excluye que la ruptura del nexo subordinado tenga asidero en la discapacidad del trabajador, de ahí que en este evento no

resulte obligatorio acudir al permiso de la autoridad administrativa de trabajo, como quiera que se enerva la presunción discriminatoria.

Con tales fundamentos el ad quem consideró que, como primer elemento para que se estructure la garantía de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud se debe demostrar que:

- 1) Se encuentra en estado de discapacidad y que tales condiciones constituyan una afectación sustancial en razón a las patologías diagnosticadas para desarrollar las labores por las cuales fue contratado y,
- 2) Conocimiento por parte de la empleadora

En el caso concreto el juez de apelaciones consideró que de la contestación de la demanda se desprende que la empresa era conocedora de los diferentes diagnósticos efectuados al demandante al momento de proceder a su despido el 17 de julio de 2013 (fl.89).

Y, de conformidad con el artículo el *art. 4 de la Ley 1628 de 2013*, se impone la obligación de realizar un análisis sistemático del ordenamiento jurídico sobre la materia y acompañarlos con las normas internas que regulan el tema, los pactos, y convenios internacionales sobre de derechos humanos relativos a las personas con discapacidad aprobados por Colombia.

Advirtió que conforme lo dispuesto en el Decreto 1352 de 2013, que derogó el Decreto 2463 de 2001, en su art. 7 establecía los grados de severidad de PCL, para establecer de antaño si existía limitación; por lo que hoy por hoy, a partir de su vigencia no se exige calificación de PCL y menos en los grados de severidad allí descritos.

Así las cosas, concluyó que, para ser considerado como persona con discapacidad bajo la vigencia contemporánea de los citados preceptos, se requiere acreditar lo siguiente:

i) que el trabajador presenta en su estado de salud una afectación sustancial que le impide o dificulta desempeñar o ejecutar en condiciones regulares su trabajo habitual; ii) la afección está debidamente diagnosticada, y no propiamente calificada, es decir, que se tenga certeza de la patología que padece el trabajador afiliado, a fin de establecer si existe relación de correspondencia entre la enfermedad padecida y el desarrollo en condiciones regulares de la actividad ejecutada por el trabajador; iii) la afección del estado de salud, ora por deficiencias físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales, sea de mediano o largo plazo, es decir, que la misma sin necesidad de ser permanente o siéndolo, no sea transitoria u ocasional o pasajera, pues, las afecciones de corto plazo, verbigracia, una gripa, una cefalea, un dolor abdominal o una contusión leve en una parte del cuerpo, no ubican mediatamente al trabajador dentro del nuevo contingente amparado por estabilidad laboral; iv) el empleador sea conocedor de las afecciones de salud de carácter sustancial que padece el trabajador, como quiera que la ausencia de conocimiento sobre el particular, hace inoponible la condición médica del operario frente a la patronal.

Señaló además el Tribunal que, para acceder a la protección foral que suplica el demandante, debía demostrarse que al momento de su despido se encontraba afectado sustancialmente por una patología que le generaba discapacidad, circunstancia que como se pasa a evidenciar no fue demostrada. Agregó además que:

[...] si bien el demandante sufrió un accidente de trabajo el 28 de febrero de 2012 hecho este que no fue discutido por la empresa de servicios temporales, diagnosticándosele principalmente "síndrome de manguito rotatorio" (fl 48v), por el cual se le practicó "sinovectomía de hombro parcial por artroscopia", "acromioplastia por artroscopia" y "bursectomía por artroscopia" (fl. 49), generándose diversas incapacidades y recomendaciones, en puridad de verdad al momento de la finalización de su contrato no comprometió de forma significativa su rol ocupacional.: tanto así que en la historia clínica del 27 agosto de 2012 consignó "arcos de movilidad del hombro izquierdo, conservados, tolera elevación completa, y la fuerza laboral conservada, movilidad del cuello de la mano conservada (fl.51v), luego en la historia clínica del 29 de abril de 2013 se registró "ligera atrofia de hombro izquierdo, movilidad articular abducción 170°, flexión 180°, rotación medial 60°, rotación lateral 90°, extensión 45°, aducción 45°, no encuentro signos de manguito rotador, hay dolor a palpación en cara anterior del hombro izquierdo ante movimientos amplios del hombro presenta crepitación y resalto" expidiéndole restricciones por tres meses más, señalando buen pronóstico funcional y regular pronóstico laboral, afirmando que el actor puede laborar con restricciones (fl. 77); [...]

El juez de apelaciones con su análisis explicó que:

[...] el 15 de mayo de 2013 se le calificó su pérdida laboral en porcentaje del 9.85% de origen profesional; lo anterior permite deducir sin lugar a equívocos que en efecto el actor al momento de la terminación de su contrato de trabajo si bien presentaba cierto porcentaje de pérdida de capacidad, no se encontraba en un estado afectación sustancial relevante que le impidiera llevar a cabo las funciones laborales para las que había sido contratado, pues si bien se le efectuaron algunas restricciones y recomendaciones, las mismas no devienen en que el actor no pudiera continuar laborando como técnico en levantamiento de redes; sin que el dolor que continuamente presentaba sea suficiente para establecer que el demandante se encontraba discapacitado por este hecho; por ende tales circunstancias resultan. suficientes para dar por demostrado que el demandante al momento de la terminación de su contrato de trabajo no se encontraba en estado de discapacidad que tornara en ineficaz la decisión de su empleadora y que deviniera en el reintegro deprecado, hecho que conlleva a declarar que la glosa formulada por el extremo activo carece de vocación de prosperidad y por ende a su despacho de forma negativo.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

IV. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación. Por razones metodológicas se iniciará el estudio del tercer cargo, el primero y segundo cargo se analizarán de manera conjunta por compartir argumentación y elenco normativo.

V. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia impugnada de violar la ley sustancial por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida, respecto a los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, el artículo 2 y 6 del Decreto 4369 de 2006, lo que condujo a la falta de aplicación de los artículos 23, 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, dentro de los parámetros fijados por los artículos 1, 13, 25, 26, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

Consideró la censura que no se estableció como verdadero empleador a la empresa UNE EPM Telecomunicaciones.

Manifestó el recurrente que *«...prestó sus servicios de manera personal a UNE de forma continua e ininterrumpida, desempeñando el cargo de técnico de LEVANTAMIENTO DE REDES; disponiendo sus habilidades, su capacidad intelectual y física con el fin de realizar las funciones acatando las órdenes y directrices de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., cumpliendo horario de trabajo, desarrollando labores en las instalaciones de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., y recibiendo remuneración».*

Adicionalmente, precisó lo siguiente:

Se encuentra demostrado dentro del libelo la subordinación, base principal de la relación laboral, teniendo por ende una realidad, que debe primar, como lo es la relación contractual frente a cualquier formalidad acordada entre las partes; tal es así que el contrato realidad se origina en la misma ley laboral, más exactamente en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior manifestado no solamente en la documental obrante dentro del expediente sino también con los testimonios allegados donde se evidencia que mi mandante realizaba sus funciones en UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., con los bienes y materia prima de esta. La misma ley laboral ha considerado que no importan las formalidades, lo que importa es lo que realmente suceda en una relación contractual entre las partes, de modo que de poco sirve recurrir a maniobras, figuras y artificios para ocultar o disfrazar una relación laboral, pues la realidad será la que se impondrá, y en lo que tiene que ver con una relación de trabajo que por su misma naturaleza debe ser laboral, tal como se dio entre mi mandante y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., haciendo de mi poderdante acreedor a las prestaciones sociales y al pago del salario correspondiente a su trabajo, así como beneficiario al sistema integral.

Advirtió además que, en relación con la duración de su vínculo contractual como trabajador en misión, la Corte Constitucional en la sentencia C-330-1995, señaló que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 trazó un marco general de temporalidad a la vinculación de los trabajadores en misión, preservando la garantía de estabilidad de los trabajadores permanentes, en razón a que se circunscribe a incrementos temporales o reemplazos temporales de personal permanente o a término de seis meses prorrogables únicamente por otros seis meses la vinculación de trabajadores en misión en la prestación de servicios. Citó sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicación 25.717, de 21 de febrero de 2006).

VI. RÉPLICA ADECCO COLOMBIA S.A.

Indicó la réplica que la vía escogida refleja la conformidad respecto del 100% de las conclusiones fácticas a las que arribó el Tribunal, siendo imposible entonces centrarse en valoraciones sobre los hechos o sobre las pruebas. Una de esas conclusiones fácticas con las que la vía escogida exige estar de acuerdo, es con la conclusión a la que llegó el Tribunal en cuanto a quién era el único y verdadero empleador del demandante.

En un total distanciamiento con la técnica, lo que cuestiona el recurrente por la vía directa es que no se haya determinado como verdadero empleador a la empresa UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., lo cual se realizó por parte del Tribunal con base en el análisis probatorio.

Es decir, para discutir la conclusión a la que arribó el Tribunal y determinar que el verdadero empleador era la codemandada UNE EPM, era necesario revisar el acervo probatorio, lo cual se torna en improcedente por la vía seleccionada.

VII. RÉPLICA UNE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

La réplica señaló que el cargo se asemeja más a un alegato de instancia que a los requerimientos propios del recurso extraordinario, toda vez que simplemente se limita a indicar, con base en las providencias que cita, que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. es el empleador.

Sin perjuicio de lo expuesto, insistió en que, al dirigir el cargo por la vía directa, el recurrente aceptó las conclusiones fácticas a las que arribó el Tribunal.

Así las cosas, a juicio de la opositora no se encuentra error del juez de apelaciones en la interpretación de las normas denunciadas, pues el demandante fue vinculado para atender un incremento en la producción, específicamente, para atender al grupo de trabajo del proyecto señalado en el contrato, el cual tenía como propósito realizar un levantamiento de información de la red externa. Por lo dicho, el cargo no reviste las condiciones técnicas y de fondo para que tenga prosperidad.

VIII. CONSIDERACIONES

Le asiste la razón a la opositora en cuanto a los defectos técnicos que se le endilga a la demanda de casación, por las razones que a continuación se expresan:

La Corte ha manifestado en forma reiterada y de tiempo atrás que la demanda de casación debe ajustarse a los requisitos de técnica establecidos en las normas procesales que la regulan, a efectos de que la Sala pueda abordar su estudio de fondo.

Debe recordar la Corte que el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, expresamente señala como senderos de ataque dentro del primer motivo del recurso extraordinario, la vía «*directa*» y la «*indirecta*», también lo es, que en casación se ha venido aceptando su existencia como géneros de violación, donde el primero de ellos, el directo comprende los tres conceptos o submotivos de trasgresión de la ley sustantiva denominados infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, mientras que el indirecto en el cual no tiene cabida la interpretación equivocada de la ley, se orienta a la cuestión meramente probatoria, que encierra lo relativo a la segunda parte de la causal primera, esto es, la violación de la ley proveniente de la apreciación errónea o falta de valoración de determinada prueba donde ha de demostrarse que se incurrió en un error de hecho o uno de derecho (sentencia CSJ SL, 25 may. 2004, rad. 22.543, reiterada SL 5667-2021).

En tratándose de la aplicación indebida bien es sabido, que supone el adecuado entendimiento de la norma, pero haciéndole producir efectos distintos a los contemplados, ampliándolos o restringiéndolos, agregándole o suprimiéndole supuestos o consecuencias.

En efecto, precisamente una de las características más notables de la infracción de la ley por aplicación indebida es la de que el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un hecho o a un situación no prevista o regulada por ella o le hace producir efectos distintos a los contemplados en la propia norma; mientras que la interpretación errónea se produce cuando yerra en cuanto al contenido del precepto legal por desconocimiento de los principios interpretativos, desviándose del cabal y genuino sentido de la disposición. CSJ SL 2101-2023.

En este orden, cuando se invoca la aplicación indebida, le corresponde al recurrente demostrar por qué la disposición empleada por Tribunal no era pertinente para resolver el caso, o cuáles fueron los efectos que de forma errónea aplicó el operador judicial de segunda instancia. Sin embargo, se echa de menos este ejercicio, pues se limitó a discrepar de la valoración probatoria y la censura citó distintos precedentes, sin que se expliqué en la demostración cuál fue el yerro en que incurrió el ad quem.

Además, resulta confusa la manera en que ha sido planteada la acusación, pues el ataque está dirigido por la vía directa, bajo la modalidad de aplicación indebida, sin

embargo, la sustentación presenta una mixtura de argumentos jurídicos y fácticos, que son excluyentes; pues su formulación y análisis deben ser planteados por separado, en la medida que la primera conlleva es a un error jurídico, mientras la segunda, la existencia de uno o varios yerros fácticos.

No obstante, si la Sala en un ejercicio de flexibilización del recurso considerara que debe estudiarlo tomando en cuenta la vía indirecta, se encuentra con que no se mencionan las pruebas o al menos se refiere o sustenta la acusación en pruebas hábiles en casación.

Se recuerda que, al ser escogida la vía indirecta, la censura tiene la carga de señalar, de forma precisa, cuáles fueron los errores de hecho que le atribuye al Tribunal y también está obligado a individualizar las pruebas calificadas que considera mal apreciadas o dejadas de apreciar, así como aducir qué es lo que ellas indican o acreditan, contrario a lo que dedujo el juzgador de su valoración, o qué hubiera colegido de ellas si las hubiera apreciado.

En resumen, la demostración del cargo se centra en cuestionar la existencia de la relación laboral teniendo como verdadero empleador a la empresa UNE EPM Telecomunicaciones, para lo cual se circunscribe a controvertir lo que fue demostrado en el proceso, sin hacer alusión a las pruebas indebidamente o no apreciadas por parte de la segunda instancia. Y, solo se limita a mencionar jurisprudencia respecto de la temporalidad de los

trabajadores en misión, sin exponer argumentos claros que permitan establecer en qué consistió la indebida aplicación por parte del Tribunal.

Como si lo anterior no fuera suficiente para desestimar el ataque, del desarrollo del cargo no es posible colegir argumento alguno que respalde la acusación, toda vez que se limita a transcribir apartes de una sentencia, sin hacer el ejercicio dialéctico al que está obligado todo aquel que acude a este estadio procesal, pues bien es sabido, que la sentencia cuestionada viene precedida del principio de la presunción de legalidad y acierto que revisten las decisiones judiciales, las cuales, sólo es posible derruir con los instrumentos previstos para ello, en este caso, con una adecuada formulación del recurso extraordinario. (CSJ SL 4601-2021)

Siguiendo las precedentes consideraciones es evidente que de la formulación y desarrollo del cargo no existe una confrontación expresa con la providencia de segunda instancia, y no se discuten los pilares jurídicos y fácticos de la decisión, sin que resulte viable y posible el estudio del mismo por cualquiera de las dos vías. Con sujeción a las anteriores consideraciones se desestima el cargo.

IX. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar la ley sustancial por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida, respecto de los artículos 2 del Decreto 2177 de 1989; 26 de la Ley 361 de 1997; 8 de la Ley 776 de 2002, 2

y 4 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013; 7 del Decreto 1352 de 2013, en armonía con los artículos 13, 47, 48 y 54 de la Constitución Política.

A juicio de la censura la sentencia fustigada vulneró las normas denunciadas por aplicación indebida, puesto que el fallo atacado expresa en el acápite de las consideraciones, que al momento del despido se encontraba en un estado de discapacidad y que tal condición constituye una afectación sustancial para el desarrollo de las labores para los cuales fue contratado.

Señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ninguna persona podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. Se apoyó el recurrente en lo señalado en sentencia CC T-351-2003 en la que se precisa que, el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores discapacitados calificados como tales por las normas legales, frente a los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen una protección especial por parte del Estado, dada su situación de debilidad manifiesta.

Advirtió el recurrente que la Corte Constitucional señaló que el alcance y los mecanismos legales de protección - en cada caso - son distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, contempla un sistema de

estabilidad laboral reforzada y, en segundo término, porque la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado. En otras palabras, que la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitado, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores.

Se apoyó en distintas sentencias de tutela de la Corte Constitucional que señalan que se ha considerado que constituye un trato discriminatorio, cuando se ha despedido de manera unilateral a una persona debido a su condición física, toda vez que no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas, protección que se proyecta en distintos casos, tales como los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Advirtió que se ha establecido una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales *«eventos es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión La protección prevista en nuestro ordenamiento jurídico para el grupo de personas en debilidad*

manifiesta llámense discapacitados, inválidos, minusválidos, disminuidos, limitados, incapacitados, deficientes, reubicados, es general y no específica, no está determinada por graduaciones, ni mucho menos refiere al tipo de origen, o si es accidente o enfermedad».

Señaló el recurrente que, de conformidad con lo dispuesto en sentencia CC C-410-2001, se ha protegido el derecho al trabajo de un trabajador inválido que había sido declarado insubsistente en un proceso de reestructuración de la entidad en el cual laboraba. En ese orden de ideas, se confirma el derecho de la población discapacitada a que se le respete la dignidad que le es propia, sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, con énfasis en quienes adolecen de limitaciones severas y profundas.

Argumentó el recurrente que se encontraba calificado y reubicado, lo que evidencia a todas luces que no se encontraba apto para el desarrollo de las labores para lo cual fue contratado. Finalmente, reiteró lo dicho en la sentencia de *«la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de enero de 2010...»*, en la que se señaló:

[...] en el evento de un despido o terminación del contrato de trabajo, se requería establecer en el sub lite la condición de limitado de la trabajadora demandante en los porcentajes establecidos por ley, y que esa discapacidad física, minusvalía o pérdida de capacidad laboral tenga efectos vinculantes, esto es, que esté demostrada su existencia y conocimiento por parte del empleador para el momento en que se ponga fin a la relación laboral, y no en forma ulterior o con posterioridad al rompimiento del vínculo. Por lo anterior al no observarse justa causa de despido, debe entenderse que las razones de la terminación de la

relación laboral se debieron a su estado de salud.

X. RÉPLICA ADECCO COLOMBIA S.A.

Inició la opositora por señalar que el recurrente afirmó que la sentencia expresa en el acápite de las consideraciones, que al momento del despido se encontraba en un estado de discapacidad y que tal condición constituye una afectación sustancial para el desarrollo de las labores para las cuales fue contratado. Manifestó que lo descrito por la censura es completamente falso y, de hecho, lo que concluyó el Tribunal es precisamente lo contrario, esto es, que para el momento de la terminación del contrato de trabajo no existía ningún tipo de discapacidad o impedimento para la ejecución del cargo.

Añadió que lejos de una debida técnica tendiente a demostrar las razones de la acusación, el recurrente se concentró en presentar unos simples alegatos de conclusión en los que describe la tesis que, frente a la estabilidad laboral reforzada por salud, refiere algunas sentencias aisladas de la Corte Constitucional.

Consideró además que el cargo adolece de defectos técnicos por cuanto más parece sustentar una interpretación errónea. Y es que, insistió, en que para demostrar una aplicación indebida de la norma se exige probar que el Tribunal escogió una equivocada y que no era aplicable al caso concreto. Por ello, resulta contradictorio que se acuse una aplicación indebida del artículo en mención.

XI. RÉPLICA DE UNE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.

En oposición conjunta al primero y segundo cargo explicó que el recurrente se extiende en afirmar que el denominado fuero de salud aplica para toda persona que sufra una limitación «*sin distingos de tipos, graduaciones, clasificaciones, etc.*». En ese orden, concluyó, sin fundamento alguno, que el Tribunal incurrió en una violación de las normas denunciadas, puesto que, a su juicio, él era acreedor de una estabilidad laboral reforzada en atención a que se encontraba calificado y reubicado. Así las cosas, los cargos se asemejan más a un alegato de instancia que a los requerimientos propios del recurso extraordinario, toda vez que simplemente se limitó a transcribir y citar las normas que regulan el fuero de salud, así como algunas sentencias de la Corte Constitucional. Indicó que el ad quem debió encontrar probado que gozaba de una especial protección.

Consideró entonces que el cargo no cumple los requisitos de técnica y precisó que el casacionista no solo debe cumplir con los requisitos meramente formales que permiten la admisión del recurso, sino que se requiere de un planteamiento y desarrollo lógico que se muestre acorde con lo propuesto en el recurso, el cual exige que el recurrente cumpla cabalmente con la carga de demostrar la ilegalidad de la sentencia impugnada (Sentencias CSJ SL2067-2018, SL5042-2019, SL3693-2018, entre otras).

Agregó que el recurrente genera una mixtura de vías, al dirigir los cargos por la senda jurídica, pero haciendo alusión a discusiones fácticas. Si bien la censura hace una transcripción de las normas presuntamente violadas, así como de algunas providencias de la Corte Constitucional respecto del alcance de las mismas, lo cierto es que en la conclusión de los cargos afirmó: *«Se observa que el trabajador se encontraba calificado y reubicado, lo que evidencia a todas luces que no se encontraba apto para el desarrollo de las labores para lo cual fue contratado, adicionalmente no existió justa causa para el despido»*.

XII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de violar la ley sustancial por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea, respecto de los artículos 2 del Decreto 2177 de 1989; 26 de la Ley 361 de 1997; 8 de la Ley 776 de 2002, 2 y 4 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013; 7 del Decreto 1352 de 2013, en armonía con los artículos 13, 47, 48 y 54 de la Constitución Política.

Consideró la censura que al momento del despido se encontraba en un estado de discapacidad y que tal condición constituye una afectación sustancial para el desarrollo de las labores para los cuales fue contratado. Reiteró en su totalidad los argumentos del primer cargo.

XIII. RÉPLICA ADECCO COLOMBIA S.A.

En relación con el segundo cargo señaló el opositor que lo único que realizó el recurrente fue encausar y corregir el primer cargo, puesto que este escoge la modalidad de interpretación errónea, reiterando los argumentos de aquel.

Consideró además que la Corte Suprema de Justicia nunca ha desconocido la necesidad de proteger a las personas con discapacidad relevante, pero sí ha realizado un entendimiento ajustado de las normas que la regulan para determinar que la estabilidad laboral reforzada no puede aplicarse de manera genérica o indiscriminada respecto de cualquier persona que pueda llegar a contar con una merma en su estado de salud, pues ello haría que la aplicación de la garantía fuera general y aplicable casi al 100% de la población, entendimiento que no es el adecuado ni el que consulta con el espíritu de la norma.

Precisó el objetivo de la norma, el cual consiste en desarrollar una actividad afirmativa específica y exclusiva de quienes cuentan con una verdadera discapacidad que afecte su función laboral, esto es que sea relevante, es decir, que se demuestre una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, supuesto no probado en el presente asunto. Es correcta entonces la interpretación dada por el Tribunal y por ello, el cargo segundo está llamado al fracaso.

XIV. CONSIDERACIONES

Si bien la demanda de casación no es un modelo a seguir, lo cierto es que un ejercicio de flexibilización del

recurso se entiende que, en el primer cargo, ciertamente se escogió la «*vía directa* en la modalidad de *aplicación indebida*», y, conforme con su demostración el recurrente cuestiona la errónea interpretación que hiciera el Tribunal en relación con la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Como quiera que esta misma demostración es lo que sustenta el segundo cargo, el cual se direcciona por la vía directa interpretación errónea, ambos se analizarán de manera conjunta.

El Tribunal fundamenta su decisión en los nuevos derroteros fijados por la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 y la Ley 1618 de 2013, instrumentos normativos que como se precisó en las líneas que anteceden impactan y establecen un nuevo marco de interpretación de lo señalado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Señaló que, en relación con la presunción de discriminación por discapacidad de un trabajador, para que se estructuró la garantía de estabilidad laboral reforzada por *fuero de salud*, se debe demostrar que tal condición es una afectación sustancial por las patologías diagnosticadas para desarrollar las labores por las que se contrató.

En resumen, para que un trabajador pueda ser considerado como persona con discapacidad, se requiere acreditar: i) que el trabajador presenta en su estado de salud una afectación sustancial que impide o dificulta desempeñar o ejecutar en condiciones regulares su trabajo habitual; ii)

que la afección esté debidamente diagnosticada y no propiamente calificada iii) que la afección del estado de salud ya sea por deficiencias físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales, sea de mediano o largo plazo, es decir, la misma sin necesidad de ser permanente, o siéndolo no sea transitoria u ocasional o pasajera, pues las afecciones de corto plazo verbigracia una gripa una cefalea, un dolor abdominal o una contusión leve en una parte del cuerpo, no ubican mediatamente al trabajador dentro del nuevo contingente amparado por estabilidad laboral y, iv) que el empleador sea conocedor de las afecciones de salud de carácter sustancial que padece el trabajador como condición médica del operario frente a la patronal.

Es así como precisó el Tribunal que para acceder a la protección formal que suplica el demandante debía demostrar que al momento del despido se encontraba afectado sustancialmente por una patología que le generaba discapacidad, circunstancia que no se probó en el caso concreto.

El recurrente por su parte pretende que el concepto de estabilidad laboral reforzada se atribuye a cualquier trabajador que sufre una disminución física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen una protección especial por parte del Estado, dada su situación de debilidad manifiesta.

Dicho estado para la censura no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitado, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores.

Pues bien, no obstante el estudio es estrictamente jurídico, se excluyen del debate los siguientes hechos: i) La vinculación laboral del demandante con ADECCO Colombia S.A. en calidad de empresa de servicios temporales y como trabajador en misión, ii) Que el contrato celebrado fue de obra o labor, como técnico de levantamiento de redes, durante el tiempo que lo requiera el beneficiario de la obra, conforme la oferta mercantil y, iii) El contrato tuvo vigencia entre el 19 de diciembre de 2011 y el 17 de julio de 2013.

En el contexto que antecede, la Sala determina que el problema jurídico a dilucidar consiste en establecer si el Tribunal se equivocó en la interpretación realizada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Pues bien, al respecto vale la pena reiterar el nuevo marco teórico señalado por la Corte en recientes precedentes (CSJ SL 1184, 1181 y 1154 de 2023 entre otros) en los que se ha precisado la interpretación que corresponde realizar a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, precedentes que señalan que:

- i. Sobre los criterios de la Sala respecto a la definición de discapacidad y a la protección de estabilidad laboral establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997**

La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ SL058-2021 y CSJ SL497-2021).

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la *condición* o *situación* de discapacidad es *relevante* o de un *grado significativo*, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, 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 o esperando el resultado de aquella.

Entre tanto, el contenido y los alcances del concepto de discapacidad han sido tópicos en constante discusión y desarrollo, de manera que son varios los instrumentos que impactan el entendimiento que debe asumir esta Sala, específicamente en lo que concierne al ámbito del trabajo y a la estabilidad que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En efecto, el concepto de discapacidad no ha sido estático, pues ha evolucionado como consecuencia de diferentes factores de acuerdo con las realidades sociales. Desde la década de los años 60 se propuso un concepto de modelo social de discapacidad, tal como puede notarse de la aprobación del Programa de Acción Mundial para la Discapacidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que buscaba el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas en situación de discapacidad, enfocado

no solo en medidas de rehabilitación, sino de prevención y equiparación de oportunidades.

Tal objetivo también puede advertirse en la Resolución n.º 48/1996 del 20 de diciembre de 1993 emanada de la Asamblea de las Naciones Unidas relativa a las *«Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad»*, que puso de presente los *«obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades»*, y la necesidad de *«centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad»*.

Posteriormente, con la expedición de la *«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»* y su *«Protocolo Facultativo»* de 2006, se enfatizó en un modelo con enfoque social y de derechos humanos, y se reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

La Convención adoptó el *«enfoque de los derechos humanos»*, por cuanto, con base en el *«modelo social»* de concepción de la discapacidad, se fijó como propósito *«promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»*, artículo 1.º.

Dicha convención *«configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad»* (CC C066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL 711-2021 y CSJ SL 572-2021 reiteraron el criterio de la Sala referido con anterioridad y, en esta última decisión se amplió y señaló que, si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una *«calificación técnica descriptiva»*, en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse:

[...] del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada Convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades con las demás personas.

Pues bien, según el inciso 2.º del artículo 1.º de la convención, *«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*

Así mismo, señala:

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (Inc. 4, art. 2).

Este concepto también concuerda con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, que incluso lo amplió a las deficiencias de mediano plazo, en tanto establece:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las

actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Destaca la Sala.

Además, la Ley 1618 de 2013 también definió que las *«acciones afirmativas son políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan»*.

A juicio de la Sala, sin duda estas disposiciones tienen un impacto en el ámbito laboral y se orientan a precaver despidos discriminatorios fundados en una situación de discapacidad que pueda surgir cuando un trabajador con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo, al interactuar con el entorno laboral vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás.

Realizado el estudio del ordenamiento jurídico vigente, la Corte debe concluir que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año.

ii. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son *«cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad»*. La Sala destaca que el término *discapacidad* empleado en este precepto debe entenderse como *«algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo»*.

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;
- b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.
- c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos

podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores 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 comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que *«adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo»*.

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) 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 estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»*. Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decreta y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de

calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

En este punto la Corte destaca que en el 2001 la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS, que tiene por objetivo ser una herramienta descriptiva en la medición de la salud y la discapacidad en el contexto de la atención e investigación médica y en políticas públicas sanitarias compatible con el modelo social de la discapacidad.

Con todo, este último documento no puede utilizarse por sí solo para determinar la estabilidad laboral reforzada para las personas con discapacidad, sino que debe leerse en armonía con otros instrumentos normativos de aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico que han abordado el concepto de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -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 estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite

autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud *per se* no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

En consideración de lo decantado por el precedente, advierte la Sala que, sin ser del todo exacto al nuevo marco de interpretación, el *ad quem* realizó un ejercicio hermenéutico similar al actual criterio de la Corporación en relación con el concepto de discapacidad y la protección consignada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Ello en la medida en que si bien no se citan expresamente los elementos relevantes de la situación de discapacidad como son las barreras y la determinación de ajustes razonables, sí analizó de manera conceptual y fáctica nociones similares como son la afectación sustancial en las patologías presentadas que relaciona con no ser de corto plazo, padecimientos que considera deben impedir el desarrollo de la actividad del trabajador en condiciones de igualdad y, además, establece el conocimiento de dicha condición de salud por parte del empleador. De otra parte, deja claro que

el estado o situación de discapacidad no requiere un porcentaje o calificación.

Para la Corte, la exégesis de la norma propuesta en los cargos resulta equivocada, pues se pretende reclamar un amparo con la sola existencia de una *debilidad manifiesta*, cuando el escenario y marco de protección establece claramente que el artículo 26 de la Ley 361 protege al trabajador que se encuentra en situación de discapacidad, para lo cual se acude a la definición establecida en la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad, en los términos ya expuestos en el marco teórico que antecede.

Y es que el concepto de debilidad manifiesta que pretende el demandante se proteja resulta ser abstracto en tanto atiende a cualquier condición de salud, lo cual riñe y se abstrae del concepto de deficiencia que presupone características como el mediano y largo plazo, elementos que contempla la definición de la Ley 1618 de 2013 y que resultan determinantes en el análisis de las patologías del actor, ello en concurso con la interacción de su entorno, es decir, de las barreras que el trabajador enfrenta, que hace que no pueda desempeñar sus funciones en igualdad con los demás.

De este modo es claro para la Sala que la sola existencia de una afectación en salud, o inclusive, la sola deficiencia no es objeto de protección de la Ley 361 de 1997, aspectos que de manera acertada estableció el Tribunal en su análisis y no

evidencian yerro en su interpretación, por lo tanto, no prosperan los cargos.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$5.900.000, que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo preceptuado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XV.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 2 de febrero del 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **RODRIGO ANDRES AGUILERA BARRIOS** contra **ADECCO COLOMBIA S.A. UNE EPM TELCOMUNICACIONES S.A. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA,**

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifiquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Firmado electrónicamente por:



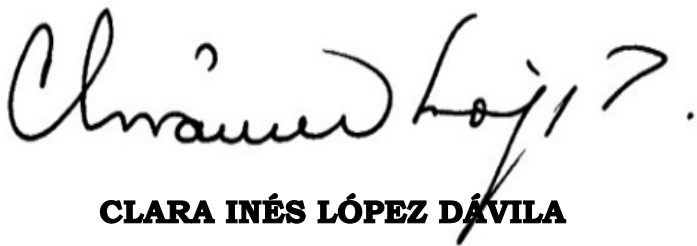
MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO
Presidenta de la Sala



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999