



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

Magistrado ponente

SL1083-2019

Radicación n.º 68944

Acta 07

Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **BLANCA LUCY HERNÁNDEZ RAMÍREZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014), en el proceso ordinario laboral que instauró contra **JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A.**, al que se integró como litisconsortes a la **ARP COLPATRIA S. A.**, y al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S. A.** hoy **PROTECCIÓN S. A.**

I. ANTECEDENTES

BLANCA LUCY HERNÁNDEZ RAMÍREZ llamó a juicio a JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., con el fin de que se ordenara el reintegro, en el cargo que venía

desempeñando para el momento en que fue despedida sin justa causa; que se condenara al pago de salarios dejados de percibir, a partir del 3 de julio de 2005, prestaciones sociales, vacaciones, bonos anuales, sanción moratoria e indexación.

Subsidiariamente, que se le reconociera la indemnización de perjuicios al haber terminado injustamente el contrato de trabajo, sin haber realizado los trámites para la obtención de la pensión de invalidez o el pago de esta prestación pensional hasta cumplir con el requisito de edad para acceder a la de vejez (f.º 8 del cuaderno principal).

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que prestó servicios para la sociedad demandada, desde septiembre de 1987 hasta el 22 de enero de 1995, a través de varias empresas de servicios temporales, tales como Eficacia S. A. y Acción S. A., en el cargo de mercaderista; que a partir de 1999, desempeñó el cargo de asistente administrativa en el área de desarrollo de negocios de la accionada, contratada directamente por JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., hasta cuando le fue notificado el despido sin justa causa por parte de la empleadora, con efectos a partir del 3 de julio del año 2005; que la indemnización que le fue cancelada ante el rompimiento del nexo no tuvo en cuenta todo el tiempo de servicios; que desde 1998 venía presentando dolencias en la columna vertebral que la llevaron a ser intervenida

quirúrgicamente en varias oportunidades; que conforme a la historia clínica, presentaba otras patologías que no implicaban una limitación en sus actividades cotidianas.

Resaltó, que la coordinadora de salud ocupacional de la empresa señaló en un informe que estaba pendiente de calificación por parte de la junta regional de calificación de invalidez, lo cual se realizaría una vez se allegara la historia clínica y que ello fue el 16 de noviembre de 2004; que fue su estado de salud lo que llevó en realidad a la empleadora a tomar la decisión de desvincularla (f.º 1 a 7 del cuaderno principal).

Al dar respuesta a la demanda, JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que, a partir del 23 de enero de 1995, la accionante fue vinculada laboralmente a través de un contrato a término indefinido hasta el 3 de julio de 2005, cuando fue despedida sin justa causa, afirmando que le canceló por concepto de la respectiva indemnización, la suma de \$11.619.528; que los problemas de salud que presentaba la demandada no eran conocidos en detalle, debido a que frente a ellos debían pronunciarse las entidades de seguridad social a las que estuvo afiliada la ex trabajadora.

Adujo, que tenía consideración con la demandante en el ejercicio del puesto de trabajo y las funciones que ésta debía cumplir, resaltando que además le suministraba el

transporte y los permisos remunerados para que asistiera a fisioterapia. Sobre los demás hechos, manifestó que no le constaban o que no eran ciertos (f.º 309 a 319 del cuaderno principal).

En su defensa, propuso las excepciones de fondo denominadas, diligencia y cuidado de JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., ausencia de culpa, ausencia de nexo causal, improcedencia e ilegalidad de las pretensiones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, falta de título y causa para pedir, demanda dirigida contra persona distinta a la obligada a responder, prescripción, compensación, pago e innominada (f.º 320 a 323 del cuaderno principal).

ARP COLPATRIA, integrada como litiscorte, dio respuesta a la demanda, informando que la demandante presentó cuadros de lumbalgia crónica, cambios degenerativos en las articulaciones facetarias, discopatía degenerativa, escoliosis dorso lumbar de conexidad derecha y espondilólisis de 1.5 derecha; que esas patologías fueron tratadas quirúrgicamente, aclarando que las mismas no se dieron por causa ni ocasión del trabajo desempeñado a favor de JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A.

En su defensa, propuso las excepciones de fondo denominadas, falta de cobertura, inexistencia de obligación, en razón que sus responsabilidades se circunscriben al

sistema general de riesgos profesionales, prescripción y la genérica (f.º 490 a 496 del cuaderno principal).

El FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S. A., hoy PROTECCIÓN S. A., respondió alegando que la señora BLANCA LUCY HERNÁNDEZ RAMÍREZ se trasladó de régimen y que el mismo se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 1997, sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda se hubiere formulado por la afiliada alguna petición al régimen de ahorro individual de pensión por invalidez (f.º 512 a 516 del cuaderno principal).

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, buena fe de la sociedad llamada a conformar el litisconsorcio necesario, petición antes de tiempo e innominada (f.º 516 y 517 del cuaderno principal).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, mediante fallo del 30 de octubre de 2013 (f.º 963 a 974 vto. del cuaderno principal), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS *las excepciones de inexistencia de la obligación respecto al pago de las vacaciones, primas de servicios y sanción moratoria y la de compensación respecto del valor que le fue cancelado a la demandante por concepto de indemnización por despido injusto.*

SEGUNDO: CONDENAR a JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., *representada legalmente por el señor Corrado*

de Genaro o quien haga sus veces a REINTEGRAR a la señora BLANCA LUCY HERNANDEZ de condiciones civiles acreditadas en juicio, una vez ejecutoriada esta providencia, en las mismas condiciones de empleo que gozaba al momento de su despido a uno que se adapte a sus condiciones físicas y mentales y a pagarle los salarios dejados de percibir a partir del 3 de julio de 2005 hasta la fecha en que se produzca el reintegro, con los incrementos legales en este lapso, prestaciones sociales legales y extralegales causadas en ese período, indexando los respectivos valores, según lo indicado en la parte motiva de esta providencia, así como a la cancelación de los aportes con destino a la Seguridad Social Integral. Se autoriza en virtud de compensación a descontar de los valores adeudados a la demandante lo que recibió por concepto de indemnización por despido injusto.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a cancelar la suma \$4.500.000, por concepto de agencias en derecho en favor de la parte actora (Artículo 19, numeral 2 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010).

CUARTO: *Se absuelve a la demandada a las restantes pretensiones de la parte actora (negrillas del texto original).*

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo del 30 de mayo de 2014, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra (f.º 30 a 46 del cuaderno del Tribunal).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y en la sentencia CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 35606.

Seguidamente indicó que,

[...] no desconoce la Sala que obre en el informativo [en] folios 710 del 2do Cdno. que el Juzgado después de reabrir el debate probatorio mediante auto No. 664 de 30 de junio de 2011 ordenó la valoración de la demandante por la Junta Regional de Calificación de invalidez (fs. 842 a 846 del 2do Cdno), así como tampoco que se hubiera proferido revisión de este dictamen por la Junta Nacional de Calificación y emitido el Acta especial N.º C-102 del 16 de mayo de 2012 (fs.910 a 912 del 2do Cdno), mediante la cual se aclara la fecha de estructuración de la discapacidad de la señora Blanca Lucy Hernández quedando establecida ésta, para el momento en que se encontraba vigente el vínculo laboral entre los contendientes -02 de mayo de 2005-, sin embargo, de ello se desprende que: a.-) para el momento del despido la ex trabajadora no se encontraba calificada, b.-) el empleador no tuvo conocimiento de la pérdida de la capacidad laboral sino solo hasta el trámite y curso del proceso.

No cabe duda entonces, conforme a los expuesto en párrafos precedentes, que la preceptiva legal bajo estudio (Ley 361 de 1997), prohíbe la terminación del contrato de trabajo motivada única y exclusivamente en la limitación física, sensorial o mental del trabajador; es decir, que ésta haya sido el móvil, único y exclusivo, que guio la voluntad unilateral de despedir al trabajador.

Por consiguiente, lo que realmente repudia con empeño y sanciona con severidad la Ley 361 de 1997 es el despido cuyo único motor ha sido la limitación del subordinado, significa ello, que queda al descubierto de cualquier censura y no merece sanción alguna -al menos en lo que atañe con la norma en examen- la conducta bajo la cual se termina el contrato de trabajo por un motivo totalmente ajeno a la disminución física, sensorial o mental de su operario; para expresarlo con otras palabras: ninguna consecuencia desfavorable -en cuanto toca con las preceptivas del artículo 26 de la Ley 361 de 1997-, puede derivarse para el empleador que decide terminar la relación de trabajo apoyado en una causa extraña, por completo, a la limitación de su trabajador.

A lo anterior, agregó que la accionante debía probar su estado de disminución física, así como comunicárselo al empleador; que si era cierto que estaba prohibido despedir por causa de la disminución en su fuerza laboral, pero el proceso debería ir encaminado a que se declarara que la limitación fue el motivo para retirarlo del servicio y a que se

impusieran las sanciones jurídicas correspondientes, con prueba suficiente del conocimiento dicha limitación con anterioridad al retiro del servicio.

Seguidamente, transcribe un aparte de la sentencia CSJ SL, 27 en. 2010, rad. 37514 y concluyó que la parte demandante no acreditó que la empleadora conociera de su estado de salud, antes de tomar la decisión de despedirla, a pesar de que la enfermedad estaba estructurada, para el momento en que aún se encontraba vigente el nexo contractual, lo que desvirtúa la presunción discriminatoria de la trabajadora disminuida físicamente.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la sentencia de primer grado, en lo que tiene que ver con la condena a la parte demandada (f.º 25 del cuaderno de la Corte).

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación que fueron replicados, los que se estudiarán de manera conjunta al observar que se

complementan entre sí y persiguen los mismos fines, a pesar de ser atacados por vías diferentes.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 22, 23, 24, el inciso 1º parcial y 2º del artículo 26 la Ley 361 de 1997, que conllevaron a vulnerar derechos sustantivos perseguidos por la actora y las normas relacionadas con los mismos, consignadas en los artículos 1º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 14, 18, 19, 21, 140, 186, 249, 306, 308, 58 numeral 5º del CST, en relación con los artículos 60 y 61 del CPTSS; 1º, 2º, 13, 16, 23, 25, 29, 47, 53, 54, 64, 65, 93, 95 de la CN; Convenios 158 y 159 de la OIT; Artículos 3º, 15, 17, 41, 42, 43, 44, 157 de la Ley 100, 174, 175, 176, 177, 183, 187, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 268 y 279 del CPC.

Señala como errores de hecho en que incurrió el Tribunal:

- 1. No dar por demostrado, estándolo, que la empresa JOHNSON & JOHNSON conocía de la discapacidad de la demandante antes del despido.*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante tenía derecho a que se cumpliera el requisito de solicitud de permiso, según el artículo 26 de la ley 361 de 1997.*
- 3. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada conocía el estado de discapacidad desde el momento de la enfermedad profesional.*

4. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandante tenía derecho al reintegro por no haber solicitado permiso para despedir ante el Ministerio de Trabajo por el estado de limitación de la trabajadora.*
5. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandante se encontraba bajo restricciones médicas al momento del despido.*
6. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante se encontraba con limitaciones físicas al momento del despido.*
7. *Dar por demostrado, sin estarlo, que haber sido calificada la demandante, posteriormente a la desvinculación laboral con la empresa demandada, no conocía de la discapacidad sufrida, por lo tanto, desconocía su limitación y no tenía que solicitar permiso para despedirla ante la oficina del Ministerio de Trabajo.*
8. *No dar por demostrado, estándolo que la demandante probó su estado de limitación y que su empleador lo conocía.*
9. *No dar por demostrado, estándolo que la empresa JOHNSON & JOHNSON hubiera tenido conocimiento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la demandante, antes de la desvinculación laboral.*

Informa que los anteriores errores fueron cometidos por apreciar en forma errónea los siguientes elementos probatorios:

1. *Documento a folio 842 a 846 donde ordena el Juez la valoración de la pérdida de capacidad laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.*
2. *Documento a folio 910 a 912, que se aclara la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la demandante por virtud de aclaración del mismo con respecto a la fecha de la invalidez, de fecha 2 mayo de 2005.*
3. *Documento a folio 729 a 761 certificaciones medicas copia de historia clínica de la demandante*
4. *Documento a folio 41 a 53 incapacidades de la demandante donde se observa el conocimiento del estado de discapacidad.*

Y por no apreciar las siguientes:

1. Documento de fecha junio 15 de 2004, a folio 123 de la ARP Colpatría, que remite calificación de segunda instancia a la Gerencia de Talento Humano de Johnson & Johnson sobre origen de la patología de enfermedad de la demandante.
2. Copia documento valoración especializada, que obra a folio 116 y 117 del doctor Alfredo Saa MD. Fisiatra sobre la enfermedad de la demandante.
3. Documentos informe de salud ocupacional de Johnson & Johnson, que obra a folio 118 y 119 sobre reintegro laboral de la demandante.
4. Documentos resumen sobre valoración por fisiatra, recomendaciones y conclusiones de la Coordinadora de Salud Ocupacional de Johnson & Johnson a la demandante, que obra a folios 107 a 110.

Además, identifica como pruebas no calificadas y dejadas de apreciar,

- 1) Declaración de la señora Sandra Milena Domínguez Ángel, (folios 567 a 572) fisioterapeuta de la demandante, quien expuso ser paciente a quien atendía desde hace 3 años, que inicio tratamiento focalizados en la espalda o miembros inferiores que era lo requerido, tenía diagnóstico fibromialgia y tres cirugías por hernia discal a nivel L4-L5, que para el 1 de julio de 2005 había afianzado la terapia más continuamente; al interrogatorio presentado por el apoderado de la empresa dijo: PREGUNTADO Sírvase decir al juzgado si para la época en que usted afirma haber sido fisioterapeuta de la señora BLANCA LUCY, ella era una persona discapacitada. CONTESTO: Presentaba una discapacidad nivel o del sistema locomotor, podríamos hablar de una discapacidad a nivel locomotor entendida como la procedencia de su patología crónica, pero en ningún momento, puede ser entendida como una discapacidad total para desempeñar sus funciones laborales o de la vida diaria.
- 2) Declaración de la señora Ana Milena Juri (folio 582 a 586) empleada de Johnson & Johnson, quien expuso al PREGUNTADO. "Sírvase decir al juzgado si recuerda que tipo de prebendas o consideraciones mereció el estado de salud de la señora BLANCA LUCY al interior de JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S.A. CONTESTO las consideraciones fueron en primera instancia acatar todas las indicaciones médicas que ella tuviere lugar como son conceder incapacidades completas, permiso de trabajo para realizar fisioterapias, valoración de su puesto de trabajo por el departamento de ergonomía de la

compañía, pago de taxis, pago de auxilios para compra de medicamentos entre otros."

- 3) *Declaración de la señora Martha Cecilia Vivas Mercado (folios 604 a 608) medico ocupacional de la empresa Johnson y Johnson, al interrogatorio del apoderado de la demandante, al PREGUNTADO con fundamento en que usted tuvo acceso a toda la historia clínica laboral de la señora BLANCA LUCY HERNANDEZ sírvase manifestar 01 despacho que tipo de dolencias o enfermedades padecía la trabajadora. CONTESTO. Ella recuerdo tenía problemas en su columna y había sido operada por esta causa no recuerdo cuantas oportunidades, y se quejaba mucho de dolor, pero no recuerdo nada más. PREGUNTADO. Recuerda usted Dra. VIVAS que nombre técnico desde el punto de vista médico recibían esas enfermedades o dolencias. CONTESTO: Ella fue operada de HERNIAS DISCALES y después fue valorada por el fisiatra. (...) PREGUNTADO. Sírvase manifestar al despacho si dentro de sus funciones como coordinadora de salud ocupacional le hizo algunas específicas recomendaciones a la señora BLANCA LUCY HERNANDEZ y si en algún momento usted le solicitó su historia clínica completa para efectos de valoración de la pérdida de capacidad laboral por alguno de los entes autorizados como por ejemplo La Junta de Calificación Regional del Valle del Cauca. CONTESTO: De las recomendaciones expedidas siempre me baso en las tantas incapacidades en la empresa se habló de la posibilidad de enviarla a la Junta de Calificación para lo cual se solicitaron los documentos entre ellos la historia clínica, para que recursos humanos enviara los documentos, pero no sé si esa gestión se hizo. PREGUNTADO: La gestión de enviarla a la junta de calificaron (sic) de invalidez de quien era responsabilidad. CONTESTO. De la empresa.*
- 4) *Declaración de la señora Martha Navarrete, (folios 608 a 611) Especializada en Psiquiatría, quien manifestó conocer a la demandante y que consultó por no poder dormir en la noche, que presentaba síntomas de depresión y ansiedad asociado al dolor de columna y hombro y al estrés laboral; con respecto al interrogatorio dijo: PREGUNTADO: Según refiere en su historia clínica y aportada al proceso explica usted que el último control realizado a la señora BLANCA LUCY HERNANDEZ fue el 15 de junio de 2005 quiere explicar al despacho si la sintomatología presentada por la paciente se superara definitivamente con el termino de incapacidad de cuatro días que usted le prescribió en ese entonces. CONTESTO. No, la situación médica de BLANCA corresponde a un trastorno crónico que sólo se puede aliviar buscando que tenga una vida lo más cercana a lo normal.*

Para sustentar el cargo, manifiesta que el Tribunal incurrió en el error al haber dicho que,

[...] pese a que la estructuración de la enfermedad, se estableció para el momento en que aún se encontraba vigente el nexo contractual, se reitera, no obran en el plenario elementos de juicios que permitan inferir, que la sociedad demandada, hubiera tenido conocimiento de la calificación de la PCL de la señora [...], el que solo tuvo lugar en el trámite de la primera instancia. Por consiguiente, ello permite concluir a la Colegiatura frente al rompimiento de la relación de trabajo, que se alcanzó a desvirtuar la presunción discriminatoria de la trabajadora disminuida físicamente.

Además, por la falta de observación de los documentos, como la notificación a salud ocupacional de la valoración de la pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dado que fue remitida por el empleador e hizo entrega, para el 16 de noviembre de 2004, de la historia clínica a la accionada para su valoración durante la vigencia de la relación laboral.

Aduce, que la demandada conocía del estado de su salud y las restricciones laborales debido a su discapacidad; sin embargo, esto no le impedía su relación laboral, por lo que obligaba al empleador a reubicarla en el cargo que desempeñaba, o reubicarla en cualquier otro para el cual estaba capacitada, de la misma categoría, según lo dispuesto en los artículos 39 y 45 del Decreto 1295 de 1994.

Seguidamente dice que,

Teniendo en cuenta que supuestamente la demandada no conocía el estado de salud de la demandante, llegó a concluir, erróneamente, el Tribunal que la empresa no conocía del estado

de discapacidad, por eso dijo: "Por consiguiente, lo que realmente repudia con empeño y sanciona con severidad la Ley 361 de 1997 es el despido cuyo único motor ha sido la limitación del subordinado, significa ello, que queda descubierto de cualquier censura y no merece sanción alguna — al menos en lo que atañe con la norma en examen — la conducta bajo la cual se termina el contrato de trabajo por un motivo totalmente ajeno a la disminución física, sensorial o mental de su operario; para expresarlo con otras palabras: ninguna consecuencia desfavorable — en cuanto toca con las preceptivas del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Según lo anterior, se puede inferir que el supuesto probatorio necesario para la aplicación de la protección especial contenida en la Ley 361 de 1997, se incumple por instrucciones médicas directas de salud ocupacional de la empresa, que tenía convicción de la recuperación de la paciente y eran sobre recomendaciones «*que debía restringirse posiciones prolongadas, intercalar la actividad en el computador con otras tareas, regular la temperatura de la oficina y manejo de carga mental*», necesario para su reincorporación y, en caso de persistir, se debía solicitar la valoración de la pérdida de capacidad laboral.

Así mismo, informa que,

El Tribunal apreció erróneamente la historia clínica de la demandante (folios 729 a 761), donde se observa que la actora recibió tratamiento posterior al despido en el Centro Médico Imbanaco de Cali y, por ello, deduce que la discapacidad fue posterior al despido, dado que para la fecha que acudió al galeno, el 24 mayo de 2011, en la historia clínica se dice: "ANTECEDENTES PATOLOGICOS: LUMBAGO CRÓNICO POR DISCOPATIA. CESAREA, HISTERECTOMIA."; y con respecto a las incapacidades de la demandante a (folios 41 a 53) dijo el Tribunal que no coinciden con la fecha de despido ni con las pruebas de la pérdida de capacidad laboral que son posteriores al despido, por tal motivo, incurrió el ad-quem en la defectuosa valoración sobre la discapacidad de la demandante, pues si hubiera observado como era su deber todas y cada una de las pruebas como las mencionadas con anterioridad de que la actora

tenía una discapacidad anterior al despido injusto, que la terminación laboral se hizo sin autorización de la autoridad competente como era su deber y dado que la demandada conocía de su limitación, ya que fue reubicada por salud ocupacional según documentos que no observó el ad-quem, como tampoco observó las declaraciones, tales como la de la jefe de salud ocupacional quien manifiesta que la reubicación del sitio de trabajo de la demandante dado su dolor en la columna por tres cirugías practicadas y su limitación de su cargo, que hizo ciertas consideraciones a la demandante para mejorar en su puesto de trabajo con el fin de mejorar su salud, igualmente, no tuvo en cuenta la declaración de la psicóloga de la demandante a quien manifestó sentir dolor y ansiedad debido a sus antecedentes en la columna.

En ese sentido, debió el Tribunal ser más diligente y cuidadoso con todo el acervo probatorio puesto a su alcance y de ahí proviene sin hesitación alguna, el error de hecho por defecto fáctico que conllevaron a la violación de la norma enjuiciada, pues, si el Tribunal hubiera tenido en cuenta la documentación sobre la valoración del fisiatra de la actora que tenía antecedentes de síndrome de fibromialgia, polimialgia reumática, diagnóstico de espalda fallida, como también la documentación de salud ocupacional sobre recomendaciones laborales y la orden de reintegro laboral, así como la información de que la empresa iba remitir su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, para valoración de su pérdida de capacidad laboral, y que la demandante presentó la historia clínica a salud ocupacional para lo pertinente, el 16 de noviembre de 2004, es decir, antes del despido injusto, entonces, otra hubiera sido la decisión del Tribunal y concluido que la historia clínica como las incapacidades que fueron posteriores al despido fueron otorgadas a la demandante, debido a que siguió en tratamiento y control sobre la discapacidad que sufrió en la empresa, por lo tanto, debió condenar a la demandada conforme los pedimentos de la demanda, garantizando los derechos fundamentales de la trabajadora, tal como bien lo hizo el a quo que dijo que la empresa JHONSON & JHONSON S.A. conocía de primera mano que su ex trabajadora presentaba deterioro en su estado de salud el cual no le permitía desarrollarse laboralmente en condiciones normales, es decir, que tenía una limitación física y aunque no se encontraba calificada como discapacitada para ese momento, ni estaba incapacitada para la fecha en que finalizó el vínculo laboral, lo cierto es que las enfermedades que padecía, es decir, las limitaciones de índole físico que la aquejaban la hacían una persona en condiciones de debilidad manifiesta, por tanto gozaba de estabilidad laboral reforzada [...] (f.º 25 a 34 del cuaderno de la Corte).

VII. RÉPLICA

La demandada JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., se opone al cargo diciendo que,

A. El Recurrente considera que el fallo recurrido ha violado el marco legal contenido en la Ley 361 de 1.997, el cual dicho sea de paso contiene el conjunto de normas que propenden por la "completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias". A partir del ámbito de aplicación de la Ley parto para indicar porqué la terminación del contrato de trabajo con la Sra. BLANCA LUCY HERNÁNDEZ no puede dar lugar a la aplicación de las normas contenidas en dicho estatuto legislativo y por lo tanto las pretensiones de reintegro contenidas en la censura y fundamentadas en dicha Ley, son plenamente improcedentes, declaración que fundamento en que para el momento en que la empresa JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S.A. (en adelante JOHNSON & JOHNSON) decidió dar por terminado el contrato de trabajo con la Sra. BLANCA LUCY HERNÁNDEZ, no había nacido a la vida jurídica el Acto Jurídico "Acta Especial No. 14 C - 2012 DEL 16 DE MAYO DE 2012 dentro del proceso Radicado No. 47743 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez " en virtud del cual en 16 de Mayo del 2.012, se dictaminó en segunda instancia el grado de pérdida de capacidad laboral de la Sra. Blanca Lucy Hernández. De manera pues que este Acto Jurídico que fue expedido con posterioridad a la terminación del vínculo laboral claramente no podía haber sido tenido en cuenta para no haber despedido a la Sra. Hernández o bien para ser omitido y esperar las consecuencias jurídicas de dicha decisión.

B. Si bien es cierto que la Sra. BLANCA LUCY HERNÁNDEZ fue calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y que dicha pérdida de capacidad laboral se estructuró en Mayo del año 2.005, para el momento en que se dio por terminado el contrato de trabajo, 3 de Julio de 2.005, la demandante no era una persona discapacitada ni minusválida conforme a lo establecido en el artículo 50 de la Ley 361 de 1.997, pues para dicho momento ninguna de las partes conocía de esa situación el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (visible a Folio 911) y aun cuando la invalidez aparentemente se estructuró en mayo de 2.005 su creación solo se produjo con su calificación que tan solo se concretó en mayo de 2012, es decir casi 7 años después de haberse producido el despido. Luego mal haría el Juez de alzada en considerar que un hecho jurídico que nace a la vida en mayo del año 2.012 puede tener efectos retroactivos a una situación

jurídica acaecida en el año 2.005, y que en su momento se realizó conforme a la Ley y a los elementos de juicio existentes.

C. De manera que no es cierto que la empresa JOHNSON & JOHNSON conocía de la discapacidad de la demandante a tal grado que la misma diera lugar a la aplicación de la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997, pues dicha norma solo es aplicable a los sujetos que han perdido la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50% según lo dispone el artículo 50 de la misma Ley en concordancia con el artículo 70 del Decreto 2463 de 2.001; porcentaje que se conoció en el año 2.012. Luego, el requisito de autorización ante el Ministerio del Trabajo, como etapa previa a la terminación del Contrato de Trabajo no era necesario. Estima el Recurrente que JOHNSON & JOHNSON conocía de la discapacidad de la demandante desde el momento de la enfermedad profesional; no obstante, la demandante nunca tuvo una enfermedad profesional. Tampoco es cierto que la demandante tuviera restricciones médicas ni limitaciones físicas, hecho todos que no resultan aplicables al caso, al haberse demostrado que la Sra. Blanca Lucy Hernández no era sujeto pasivo de protección especial bajo las disposiciones de la Ley 361 de 1.997, particularmente al reintegro.

D. Por el contrario, el Juez de alzada actuó conforme a la ley al indicar que es inviable tratar de obtener consecuencias jurídicas con base en hechos jurídicos inexistentes.

Manifiesta, que una vez se llevan los elementos probatorios a la demostración del cargo, se encuentra, que la demandante confunde la calificación del origen de la enfermedad y la pérdida de capacidad laboral, para erróneamente establecer que, con base en lo primero, que se le estaba informando acerca de la invalidez o minusvalía de la accionante; no obstante, lo cierto y válido, conforme a derecho, es que si bien tenía una enfermedad de origen común la cual fue debidamente catalogada por las autoridades competentes, como empleadora se apegó plenamente al proceso de adaptación de funciones y lugar de trabajo.

Argumenta, que no es cierto que el Tribunal no haya apreciado las pruebas, o que las haya hecho en forma errónea, pues lo que realmente aconteció es que las tuvo en cuenta todas y al evaluarlas lo hizo acertadamente; por lo tanto, la conducta del fallador de alzada está plenamente ajustada a derecho y al acervo probatorio contenido en el expediente, analizado a la luz de la Ley 361 de 1997, pues en su análisis estableció que habida cuenta de la fecha en que nació a la vida jurídica la calificación de pérdida de capacidad laboral, esta fue mucho después del despido, por lo que le era imposible tener como motivo del despido la situación de invalidez de la demandante (f.º 44 a 49 del cuaderno de la Corte).

Por su parte, SANTANDER S. A., luego denominada ING S. A., hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., se opuso argumentando que hay una imprecisión en la identificación de la parte demandada, tanto por los errores en la escritura de la razón social de la que fungió como empleadora como por la omisión de las integrantes del litis consorcio necesario; que el Tribunal no aplicó todas las normas que se incluyen como violadas en la proposición jurídica y, en tal circunstancia, resulta imposible que hubiera incurrido en la aplicación indebida de todas ellas; que se incluyen como violadas, en su totalidad, los Convenios 158 y 159 de la OIT, sin precisar los artículos de ellos que el recurrente vincula a la acusación, lo cual es impropio y obliga a prescindir de tal parte de la demanda.

Aduce, que el censor confunde la presencia de una enfermedad en el trabajador con la pérdida de capacidad laboral del mismo en el grado suficiente para merecer la protección prevista en la normativa que señala; que es evidente que una y otra situación no son lo mismo porque no toda afectación de salud genera dicha protección; que si la empleadora sabía o no de alguna enfermedad de la demandante en vigencia de la relación laboral, resulta totalmente intrascendente porque lo cierto es que la calificación de la pérdida de capacidad laboral se produjo luego de la terminación del contrato, lo que impone concluir que antes no se podía saber de ella (f.º 43 a 60 del cuaderno de la Corte).

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida, de los artículos 5º, 22, 23, 24, el inciso 1º parcial y 2º del artículo 26 la Ley 361 de 1997; 32 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001; 41, 42, 43, 44 de la Ley 100 de 1997 y el 45 del Decreto 1295 de 1994.

En tal sentido, el quebranto constituye un medio para vulnerar derechos sustantivos y las normas relacionadas con los mismos, consignadas en los artículos 1º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 18, 19, 21, 58 numeral 5º, 140, 186, 249 306, 308 del CST y el 1º, 2º, 13, 16, 23, 25, 29, 47, 53, 54, 64, 65, 93 y 95 de la CN; Convenios 158 y 159 de la OIT;

artículos 5º, 22, 23, 24, el inciso 1º parcial y 2º del artículo 26 la Ley 361 de 1997; 3º, 15, 17, 41, 42, 43, 44, 157 de la Ley 100 de 1997 y el 45 del Decreto 1295 de 1994.

En el desarrollo del cargo, plantea que para el Tribunal se hace necesario que la discapacidad de los trabajadores sea de origen laboral, para que haya protección reforzada de la relación de trabajo; sin embargo, de la norma citada se es imposible inferirlo de esa manera.

Indica, que el quebranto de la norma se dio, cuando el *ad quem*, a pesar de entender bien su alcance y significado, lo aplica a un caso que no contempla, es decir, a la presunción legal que le corresponde desvirtuar a la demandada y, haciendo distinciones que la norma no trae en su texto original, como está probado en el proceso, la accionante no alcanzó a efectuar el procedimiento de la valoración de la pérdida de capacidad laboral, pero su empleadora conocía de la misma, porque según la demandada pretendía quedarse vinculada laboralmente a perpetuidad.

En adelante, transcribe un aparte de la sentencia CC C-478-2003, a lo que dice, que era de conocimiento de parte de la demandada que por recomendaciones de salud ocupacional debía laborar con ciertas restricciones ordenadas por su médico tratante, es decir, tenía una limitación y dado el significado de discapacidad es una deficiencia física.

Dice que,

En el plenario obra prueba sobre la limitación física y por consiguiente la no aplicación del precepto denunciado por parte del ad-quem, que conllevó a la violación del artículo 53, 58 y 228 de la Constitución, en el entendido de que ordena al fallador de justicia, por ser función pública, atenerse en sus decisiones a la prevalencia del derecho sustancial y, en el artículo 53, a la condición más beneficiosa, a la estabilidad del empleo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas.

La demandada conocía la condición de discapacidad de la trabajadora y no cumplió con el procedimiento establecido en el inciso 1º y 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo.

El pago de la indemnización por despido unilateral y sin justa causa, no produjo alguna eficacia jurídica por el hecho de que la demandada conocía que la trabajadora sufre algunos problemas de salud al momento del rompimiento de la relación laboral y así lo manifestó en la contestación de la demanda el apoderado, por tal motivo, dado que no obtuvo la demandada permiso para despedir a la trabajadora conociendo de su estado de salud, no produce ningún efecto jurídico sin previa autorización de la oficina de trabajo para su despido y las consecuencias del despido sin lugar a duda es más que injusto sin autorización del ministerio.

La aplicación indebida de la norma endilgada, es evidente por parte del Tribunal, pues lo que quiso el legislador es proteger al trabajador contra las condiciones de inferioridad, en la relación laboral, en su favor un despido ilegal, pues, así lo señala la sentencia C-531 de 2000, la cual dijo es "Integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (Carta Política, arts. 2º, y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (Carta Política, arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2º del art. 26 de la ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la Oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria

Para concluir, menciona que la empresa conoció del estado de salud de la trabajadora y su limitación al darle en varias oportunidades permiso para los tratamientos que realizaba y que, además, brindaba atención de salud ocupacional, quien tenía conocimiento de la evolución de las enfermedades profesionales, especialmente, las lesiones que sufría en la columna, obviamente, que implicaba para la trabajadora discapacidad laboral y de ahí proviene la norma enjuiciada en que incurrió el *ad quem*, debiendo confirmar la sentencia de instancia (f.º 35 a 39 del cuaderno de la Corte).

IX. RÉPLICA

Frente al cargo, JHONSON & JHONSON DE COLOMBIA S. A., expresa que para que haya aplicación indebida de una ley se requiere que la misma se tuviera en cuenta como soporte legal de una decisión judicial; si las normas cuya aplicación indebida se endilgan respecto de un fallo no han sido soporte para la misma, no es posible hablarse de esta modalidad.

Indica, que la Ley 361 de 1997 fue aplicada de manera estricta y coherente entre su articulado, de acuerdo con los hechos y derechos existentes y exigibles al momento de la terminación del vínculo laboral, el 1º de Julio de 2005.

Seguidamente reflexiona que,

Sin perjuicio de ello recalco algunas afirmaciones realizadas por el censor en virtud de las cuales pretende demostrar la violación directa de la Ley sustancial por aplicación indebida.

a. Afirma el suplicante que El Tribunal "infiere que según (sic) lo preceptuado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 se debe considerar que una persona tiene limitación si existe previamente plena prueba"

La inferencia que ha realizado el recurrente de lo dicho por el Juez de alzada es absolutamente incorrecta. Contrario sensu, considero que lo que ha dicho el Juez de instancia es que de acuerdo con la Ley 361 de 1.997 íntegramente analizada, no se puede establecer que una persona es discapacitada (en los términos y para los efectos de la Ley 361 de 1.997) por la existencia de una patología; y sobre todo, que la aplicación de las disposiciones sancionatorias del artículo 26 requiere el cumplimiento de mayores exigencias, entre las cuales se encuentran: i) Que el empleado a quien se le termina su contrato de trabajo esté sujeto a limitaciones severas y profundas (artículo 1º) ii) Que dichas limitaciones se encuentre plenamente acreditada conforme lo exige la misma Ley 361 de 1.997 (artículo 50), iii) Que se haya certificado la calificación de pérdida de capacidad laboral del empleado en un porcentaje igual o superior al 50%, y iv) Que el despido del empleado que cumple con los literales anteriores, haya sido motivado única y exclusivamente por la situación de limitación. Y se agrega que, obviamente, esas condiciones se cumplan al momento de la terminación del contrato de trabajo y no 7 años después como acontece en este caso.

b. El segundo surge de la supuesta equivocación del Juez de alzada "en cuanto a la norma en que se apoyó el ad quem, es preciso manifestar que la disposición no define quienes son las personas que padecen limitaciones físicas y en consecuencia, no acierta en la aplicación de la norma"

Tampoco coincido con el reclamante, pues la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley 361 de 1.997 claramente establece que dicha ley busca la completa realización de las personas con limitación severa y profunda (destaco), su total integración social, la asistencia y protección necesarias. Luego, queda desacreditada la afirmación del recurrente y por ende el argumento de presunta violación de la Ley sustancial.

c. También indica el suplicante que "El quebranto se dio por parte del ad quem, cuando entiende bien su alcance y significado, pero lo aplica a un caso que no contempla, pues lo aplica a la presunción legal que le corresponde desvirtuar a la demandada y, haciendo distinciones que la norma no trae en su texto original, en cuanto al artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 se encuentra respaldado por los principios protectores contenidos en la

mencionada ley cuando, como está probado en el proceso, la accionante no alcanzó a efectuar el procedimiento de la valoración de la pérdida de capacidad laboral, pero la demandada conocía de la misma y no esperó su calificación, porque según la demandada pretendía quedarse vinculada laboralmente a perpetuidad".

En cuanto a la afirmación del recurrente, considero que el fallo del Juez de Segunda Instancia es completamente ajustado a derecho pues necesariamente de la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 al caso concreto, por fuerza de Ley debe emitirse un fallo absolutorio; lo contrario, es decir un fallo condenatorio, devendría en la imposición de una sanción basada en elementos a todas luces ilegales. A mi juicio la presunción legal en virtud de la cual la terminación del vínculo laboral entre la Sra. Blanca Lucy Hernández y JOHNSON & JOHNSON se dio con ocasión de la incapacidad de la ex empleada, quedó totalmente desvirtuada desde la contestación de la demanda y hasta el recurso de apelación, siendo confirmada mediante fallo de segunda instancia en el cual se determinó de cara a la Ley que la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 no puede ser aplicada a JOHNSON & JOHNSON porque éste como empleador desconocía la pérdida de capacidad laboral de la Sra. Hernández, dado que ella se decretó en Mayo de 2012; y dejando claro que dicha sanción solo es aplicable a los empleadores que terminan de manera unilateral el contrato de un empleado que sufre de una limitación severa o profunda y como consecuencia de la misma se ha determinado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. La garantía no está establecida para simples incapacidades normales de carácter común que se presentan normalmente en la vida laboral de cualquier trabajador (f.º 49 a 51 del cuaderno de la Corte).

ING S. A., hoy ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., dice que el fundamento jurídico que utilizó el Tribunal se encuentra esencialmente en las citas de sentencias de la Corte, acerca de los efectos de los artículos 5º y 26 de la Ley 361 de 1997, lo que conduce a concluir que el modo de violación que el recurrente ha debido denunciar debió ser la interpretación errónea.

Indica, que el Tribunal fue acertado y que es evidente que la demandada solamente pudo enterarse del efecto limitante de la enfermedad de la actora, luego de terminado el contrato de trabajo, dado que así lo determinó el dictamen correspondiente, cuando señaló como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, una posterior al fenecimiento del vínculo laboral; que el cargo incluye unas argumentaciones fundadas en Convenios de la OIT, en recomendaciones de la misma organización y en declaraciones emanadas de la ONU, pero además que no encajan adecuadamente dentro de lo debatido en la proposición jurídica los convenios se citan globalmente sin precisión sobre los artículos supuestamente violados y en relación con estas disposiciones no se indica concepto de violación alguno, lo que significa que su estudio, por más amplitud que se quiera tener, resulta absolutamente imposible (f. ° 43 a 59 del cuaderno de la Corte).

X. CONSIDERACIONES

La Sala advierte inicialmente que no le asiste razón a la demandada en los reparos realizados a la censura, en lo referente al concepto de aplicación indebida, toda vez que, precisamente, en la fundamentación del cargo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el quebranto de la norma se dio, cuando el Tribunal a pesar de entender bien el alcance de la norma, lo aplica a un caso que no contempla. Así, manifestó: *«a la presunción legal que le corresponde desvirtuar a la demandada y, haciendo*

distinciones que la norma no trae en su texto original, como está probado en el proceso, la accionante no alcanzó a efectuar el procedimiento de la valoración de la pérdida de capacidad laboral, pero su empleadora conocía de la misma».

Superado lo anterior, el Tribunal fundamentó su decisión, en que al producirse el despido, la ex trabajadora no se encontraba calificada, y el empleador solo tuvo conocimiento de la pérdida de la capacidad laboral de la

demandante durante el trámite y curso del proceso, por lo tanto, la parte demandante no cumplió con su deber de acreditar que antes de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral sin justa causa, la empleadora tuviera conocimiento de la discapacidad alegada por ella, con lo cual se desvirtuó la presunción discriminatoria de la trabajadora disminuida físicamente.

La censura radica su inconformidad, en que, al momento de la terminación de la relación de trabajo, se encontraba discapacitada y gozaba de estabilidad reforzada, razón por la cual debió la demandada, para producir el despido, solicitar previo permiso a la Oficina del Trabajo; que su desahucio se produjo sin sujeción a los requerimientos legales establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, contrario a lo manifestado por el Tribunal, de las pruebas obrantes en el proceso se puede establecer que la empleadora tenía un conocimiento previo de la situación de discapacidad de la demandante.

A su vez estima que los yerros de no dar por demostrado, estándolo, que la demandante había adquirido una discapacidad y que la misma era de conocimiento del empleador, se originaron en la indebida valoración y la inobservancia de los medios de pruebas vertidos en el proceso, las cuales clasifica en tres segmentos: *i)* las apreciadas erróneamente: 1) la orden de Juez respecto a la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de la demandante; 2) aclaración de fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral del 2 de mayo de 2005, 3) certificaciones médicas e historia clínica de la actora; 4) incapacidades médicas (documentales que reposan a f.º 842 a 846; 910 a 912; 729 a 761 y 41 a 53 del cuaderno principal). *ii)* las no apreciadas: 1) misiva de la ARL COLPATRIA remitida a la demandada sobre el origen de la patología de la demandante; 2) valoración emitida por el fisiatra sobre la enfermedad de la actora. 3) informe de salud ocupacional de JHONSON & JHONSON, sobre el reintegro de la demandante; 4) resumen de la valoración y recomendaciones y conclusiones de salud ocupacional. (documentales adosados a f.º 123, 116-117, 118-119 y 110 a 119 *ibídem*). *iii)* pruebas no calificadas dejadas de observar: declaraciones de las señoras Sandra Milena Domínguez Ángel, Ana Milena Juri, Martha Cecilia Vivas Mercado y Martha Navarrete (testimonios que se encuentran vertidas en los folios 567 a 572, 582 a 586, 604 a 608 y 609 a 611, respectivamente, *ibídem*).

Por lo expresado, el eje central de la controversia gira en torno a establecer si el *ad quem* se equivocó al considerar que la demandada, a la terminación del contrato de trabajo, desconocía el estado de discapacidad de la actora, teniendo en cuenta que la valoración de pérdida de capacidad laboral y de la fecha de estructuración de la misma se realizó mucho tiempo después de terminada la relación de trabajo.

Sobre el particular, no hay discusión acerca de lo siguiente: *i)* los extremos temporales de la relación laboral que van del 23 de enero de 1995 al 3 de julio de 2005; *ii)* la modalidad del contrato de trabajo a término indefinido; *iii)* la terminación unilateral sin justa causa del nexo contractual; *iv)* que al momento del despido la ex trabajadora no se encontraba calificada acerca de su pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la misma; *v)* que la calificación de pérdida de capacidad laboral del 53.77 %, se produjo durante el trámite del proceso, con fecha de estructuración 2 de mayo de 2005, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.

Es de resaltar, que de manera pacífica se tiene adoctrinado por la Sala, que para que se active la estabilidad laboral reforzada es necesario que se cumplan tres presupuestos a saber: *i)* una pérdida de capacidad laboral superior al 15 %; *ii)* que el empleador conozca de la discapacidad y *iii)* que la relación laboral termine con ocasión de esta. Al respecto, vale recordar lo esbozado por la Corte entre otras en la sentencia CSJ SL, 25 mar. 2009,

rad. 35606, reiterada por las sentencias CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207 y CSJ SL10538-2016, en cuanto al alcance de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a saber:

De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

Se ha precisado por la Sala que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5º de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845, se dijo al respecto que,

[...] para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine qua non que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor era un hecho notorio.

En la sentencia CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, la Corte también definió que,

[...] el carné al que refiere el artículo 5º de la ley 361 ha de entenderse como un medio más de prueba del estado y grado de discapacidad de su titular, para efectos de que pueda gozar de los mecanismos de integración social reconocidos en la Ley 361, pues se basa en un “...diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente”; de ninguna manera puede dársele carácter constitutivo de dicho estado, pues la discapacidad corresponde a una condición real de la persona que se acredita, si es del caso, mediante dictamen pericial, de la cual puede tener conocimiento el empleador de cualquier forma, según la situación particular del trabajador discapacitado.

De igual forma, se ha sostenido que para ser sujeto de especial protección no es necesario que exista una calificación de la junta de invalidez, dado que existe libertad probatoria pues, de acuerdo con lo adocinado por esta Sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el Juez del trabajo tiene libertad probatoria. En la sentencia CSJ SL10538-2016, la Sala señaló al respecto:

En lo que atañe al dictamen emanado de las Juntas de Calificación de Invalidez como una prueba ad substantiam actus o también denominada ad solemnitatem o solemne, la Corporación en sentencia CSJ SL del 18 de mar. 2009, rad. 31062, recordó:

Sala ha tenido la oportunidad de estudiarlo y definirlo, y por mayoría ha adocinado desde la sentencia del 29 de junio de 2005 radicado 24392, reiterada en casación del 30 de agosto de igual año radicación 25505, que esta clase de pericia no tienen esa connotación, y en la última de las decisiones mencionadas se puntualizó:

[...] Al respecto, en sentencia reciente del 29 de junio de 2005 radicado 24392, esta Sala de la Corte definió por mayoría que el dictamen emanado de la Junta de Calificación de Invalidez no es

una prueba solemne y en esa oportunidad dijo: <El ataque esta edificado fundamentalmente en la aseveración según la cual el juzgador de segundo grado incurrió en un error de derecho consistente en dar por probado que no hubo accidente de trabajo, pese a que la prueba solemne acerca de la calificación de origen del accidente lo acredita fehacientemente, es decir el dictamen emanado de la junta de calificación. Planteamiento que resulta inexacto pues la referida prueba no es más que un experticio (sic) que la ley estableció debía ser practicado por unos determinados entes, lo cual difiere claramente de lo que es una prueba solemne>.

Lo anterior es así por cuanto la prueba solemne o ad solemnitatem, es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, que en otras palabras es aquella que las partes o los interesados deben necesariamente ajustarse en rigor para la existencia jurídica de un acto, contrato o convenio, entre los cuales no encaja el dictamen pericial que es una de las pruebas que dispone la Ley, es ad probationem y obviamente no es de esencia contractual, sino que tiende a acreditar o demostrar un presupuesto o supuesto fáctico (para el caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral) que sirva como sustento o soporte para obtener un derecho perseguido, como por ejemplo el reconocimiento de un auxilio, incapacidad, prestación económica, indemnización, pensión, etc.

De suerte que, no es del caso calificar como prueba solemne el dictamen pericial con el que se busca establecer la pérdida de capacidad laboral, así provenga de la Junta de Calificación de Invalidez. [...].

En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobretodo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras.

De los criterios anteriores se extrae: i) tanto el carné de que trata el artículo 5 de la Ley 361, como el dictamen pericial de las JCI, son algunos de los medios de prueba, no solemnes, con los cuales se puede acreditar el grado de la limitación física, psíquica y sensorial; ii) habrá casos, según la patología, en los que el Juez sólo podrá verificar tal supuesto de hecho con los dictámenes de las JCI y iii) en otros eventos, el Juzgador tiene libertad probatoria.

Así las cosas, no le asiste razón al Tribunal al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía estar previamente calificado con *diversidad funcional*, pues tal documento no tenía un carácter constitutivo de esa condición.

El segundo punto censurado, se circunscribe a determinar si el *ad quem* erró al concluir que pese a que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral es posterior a la fecha de la terminación laboral, dentro de los elementos probatorios vertidos en el proceso no se encontraba demostrado el conocimiento del empleador en relación a los padecimientos de salud sufridos por la demandante.

Tal como quedó establecido, para demostrar que se padece una diversidad funcional, el ordenamiento jurídico no impone una prueba solemne, por el contrario, en atención a lo previsto en el artículo 61 del CPTSS se le permite al operador jurídico apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso.

Ahora, al analizar las pruebas denunciadas en el cargo como indebidamente valoradas y las no observadas, para entrar a determinar si el *ad quem* erró al concluir que no se daban los presupuestos para concluir que el empleador

conocía del grado de discapacidad de la demandante al momento del despido, se tiene:

Del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca (f.º 842 a 846 del cuaderno principal), se extrae el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral de la demandante y la fecha de estructuración, lo cual es, complementado con el Acta Especial n.º 14C-2012 del 16 de mayo de 2012 (910 a 912 *ibídem*), aspectos aceptados sobre los cuales no existe controversia.

En relación con el documento señalado como no valorado, que reposa de los folios 107 a 110 del cuaderno principal, que se encuentra suscrito por la coordinadora de salud ocupacional de JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., notificada a la demandante el 16 de noviembre de 2004, se encuentra que no fueron estudiados por el *ad quem* y son pruebas calificadas por considerarse documento auténtico, toda vez que emanan de la accionada y si bien de su análisis no se puede concluir que la empleadora tuviese conocimiento del porcentaje de pérdida de capacidad laboral al momento del despido, se infiere que conocía de las restricciones laborales debido a su discapacidad y que la misma estaba sometida a un proceso de calificación para determinar su porcentaje de pérdida de la misma, tal como se expresó en el mencionado documento, así:

1. *Se realiza la evaluación médica de la empleada para asegurar que su condición de salud no se vea agravada por las actividades propias de su trabajo.*
2. *Se dan recomendaciones para el manejo multidisciplinario de su condición médica, la cual debe tratarse de manera integral, con el apoyo de reumatólogo, psiquiatra y con el respectivo seguimiento del caso por parte de Salud Ocupacional de la compañía.*
3. *Se realizan recomendaciones para el mejoramiento de su puesto de trabajo teniendo en cuenta los requerimientos motrices de las tareas, implementando condiciones para lograr una óptima adaptación y desempeño funcional.*
4. *Pendiente la valoración por parte de junta de Calificación del porcentaje de pérdida de capacidad Laboral. Esta valoración se hará en cuanto la trabajadora nos entregue la fotocopia de su Historia Clínica Completa, la cual es un requisito indispensable para que se realice a cabo la misma.*

A su vez, se observa en el documento la nota impuesta por la demandante en relación a la entrega de su historia clínica para que se procede a realizar su calificación ante la junta de calificación de invalidez.

De lo expuesto, se colige que el *ad quem* no valoró la prueba denunciada que muestra claramente el conocimiento que tenía la demandada del estado de salud y las restricciones médicas a las que estaba sometida la actora y de la orden de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

En línea con lo anterior, como se demostró yerro del Tribunal al abstenerse de apreciar un documento proveniente de la demandada, es procedente el estudio de los testimonios, de los cuales se destaca lo expresado por la señora Martha Cecilia Vivas Mercado, en su calidad de

médica ocupacional del ente demandado, quien manifestó que la accionante había sido intervenida quirúrgicamente en varias ocasiones y ante tantas incapacidades en la empresa se habló de la posibilidad de enviarla a la Junta de Calificación, para lo cual se solicitaron los documentos, entre ellos, la historia clínica, para que recursos humanos enviara los documentos y que la gestión de enviar los documentos a la junta radicaba en la empresa.

Del testimonio de Ana Milena Juri (f.º 582 a 586 del cuaderno principal), quien fue jefa directa de la demandante, en esencia manifestó que a la actora le fue adecuado su puesto de trabajo y se le compró una silla especial, todo acatando las recomendaciones médicas.

La fórmula médica, histórica clínica (f.º 729 a 761 *ibidem*) e incapacidades (f.º 43 a 51 *ibidem*), pese a no ser pruebas calificadas en casación por provenir de terceros y como quiera que son declarativos, cuyo trato en sede de casación es como el testimonio, igualmente se entra a su análisis al haberse demostrado un error de hecho con una prueba calificada, de las que se corrobora lo manifestado en las declaraciones, que la demandante tuvo múltiples incapacidades, entre los años 2001 y 2004.

Todo el acervo probatorio muestra, de manera inequívoca, las afectaciones en la salud que padecía la demandante durante la vigencia del contrato de trabajo, además de encontrarse en un proceso de calificación de la

pérdida de la capacidad laboral, le permiten a la Corte acoger el argumento de la censura, relacionado con que el empleador conocía las especiales condiciones de salud de la trabajadora en el momento del despido, pese a no existir discusión en lo atinente a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, sin previa autorización del inspector de trabajo, pues así lo admitió la entidad demandada, además de que, como se dijo en la sentencia CSJ SL6850-2016, en tales casos opera la protección especial a la estabilidad laboral, así no se motive explícitamente el despido en la condición de discapacidad.

Sobre la importancia y necesidad de la autorización previa del inspector del trabajo para la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, esta Corporación, en sentencia CSJ SL6850-2016, expuso:

Esta Sala de la Corte ha sostenido en repetidas oportunidades que garantías como la que aquí se analizan constituyen un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Por ello, siendo un límite a dicha libertad, no puede entenderse cómo, en todo caso, el empleador pueda despedir sin justa causa al trabajador discapacitado, sin restricción adicional al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese caso, bastaría que el empleador despidiera al servidor discapacitado sin justa causa, como lo puede hacer, en condiciones normales, con todos los demás trabajadores, con la sola condición del pago de una indemnización, sin dar razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la aplicación de la norma quedara plenamente descartada. Tampoco es funcional a los fines constitucionales perseguidos por la norma. Ello es así porque la intención del legislador, entre otras cosas, fue la de que una autoridad independiente, diferente del empleador, juzgara de manera objetiva si la discapacidad del trabajador resultaba claramente «...incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar...» y es precisamente en el marco de los despidos unilaterales y sin justa causa que se puede ejercer esa atribución en toda su magnitud. Si no fuera de esa manera, se repite, al

empleador le bastaría acudir a la figura del despido unilateral y sin justa causa, sin revelar las razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la norma quedara totalmente anulada en sus efectos, de manera que nunca se lograría cumplir con la finalidad constitucional de promover un trato especial para las personas puestas en condiciones de discapacidad. En ese sentido, la postura de la censura también es contraria a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000, en la que, al examinar la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló que el despido unilateral e injusto del trabajador discapacitado, sin autorización de las autoridades de trabajo y con el simple pago de una indemnización, no atiende las finalidades constitucionales de la disposición, de lograr un trato especial para aquellas personas puestas en condiciones de debilidad manifiesta, por su condición física, sensorial o mental. En este caso, por ejemplo, aún si (sic) el despido se dio en el marco de una reestructuración y una escisión, como lo alega la censura, antes de materializarse la decisión, para resguardar los propósitos constitucionales de la norma, la compatibilidad de la condición especial del trabajador con el ejercicio de determinado cargo, en perspectiva de los «...estándares empresariales...», debió ser revisada por una autoridad independiente e imparcial y no quedar sometida al mero arbitrio del empleador. Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte. Por esto la interpretación de la norma más razonable y acoplada al principio de igualdad, es la que prohibió el Tribunal, en virtud de la cual, a pesar de que el despido injusto indemnizado resulta legítimo en condiciones normales, «...en casos como el que se estudia, en el que la empresa conocía por sus propios directivos y el personal en general de la causa que daba origen a la disminución laboral del trabajador, la diligencia mínima que se esperaba en ejercicio de la buena fe contractual, era la de cumplir con los requisitos que exige la ley para proceder a la decisión de despido del demandante.» Esto es, que el trabajador en condiciones de discapacidad no puede recibir el mismo trato que los demás, de manera que el empleador no puede acudir directamente a los despidos unilaterales y sin justa causa, sino que, previo a ello, tiene que cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así pues, visto que la mencionada sentencia CSJ SL1360-2018, postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a

menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada, así:

(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

(c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte puede concluir que el Tribunal incurrió en los yerros endilgados al determinar que la demandada desconocía las condiciones de discapacidad en las que se encontraba la demandante al momento del despido, que la hacían merecedora de la especial protección a la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, plenamente operante ante el despido unilateral y sin justa causa, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo.

En efecto, el Juzgador de segunda instancia erró al no tener por demostrado que la terminación del contrato de trabajo a la accionante, de manera unilateral y sin justa

causa, se produjo a consecuencia de su estado de discapacidad, que se presume discriminatorio; más aún, cuando se produce la ruptura del contrato sin previa autorización del inspector del trabajo.

En consecuencia, los cargos prosperan.

Sin costas en el recurso extraordinario, dado que la acusación tuvo éxito.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

La demandada, en su escrito de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio de primer grado, se duele de la falta de análisis del acervo probatorio y considera que al momento de la terminación de la relación laboral, la actora no era discapacitada y no estaba incapacitada y que la fecha de estructuración es posterior al despido y aun se ordena el reintegro.

Para desatar el recurso, además de las consideraciones vertidas en la esfera casacional, cabe precisar lo siguiente:

En el *sub examine*, la demandante, a pesar de encontrarse en situación de discapacidad, fue despedida sin justa causa, motivo por el cual la accionada procedió a entregarle la indemnización tarifada legalmente, sin contar

previamente con la autorización del inspector del trabajo, no obstante tener conocimiento de la limitación física de su trabajadora, pues como se desprende de las documentales obrantes a folios 107 a 110 del cuaderno principal, existen recomendaciones médicas y una solicitud de calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la demandante.

Se sigue de lo anterior que, al no existir una causa justa de desvinculación y no haberse solicitado el permiso previo del inspector del trabajo para proceder a la desvinculación de la demandante, se presume que el mismo fue discriminatorio y que el empleador no respetó las garantías constitucionales y legales vigentes.

Es de anotar, que el hecho de que la calificación que efectuó la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, es superior al 50 % de pérdida de capacidad laboral, si ello tiene algún efecto pensional, es un tema sobre el que no se pronunciará la Sala, en la medida que no fue objeto del debate. Al respecto la Corporación en sentencia CSJ SL5168-2017 acotó lo siguiente:

En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. Situación en la que se encuentra el demandante, pues según la calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez sufrió una pérdida de capacidad laboral de 53.64%, es decir, superior al 50% del extremo mínimo de la limitación profunda, que es el grado mayor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de

asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1.

De lo que viene de decirse, surge evidente que el Tribunal se equivocó al estimar, con fundamento en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que aunque el despido del accionante era ineficaz, por cuanto no medió autorización del Ministerio de la Protección Social, no era procedente el reintegro por la razón única y exclusiva de que, según la calificación de la junta Nacional de Calificación de Invalidez, el accionante tiene un 53.64% de pérdida de capacidad laboral, pues como quedó dicho a mayor situación de discapacidad mayor debe ser la protección que se debe prodigar en todos los campos, entre ellos el laboral. Por manera, que en modo alguno la calificación de la discapacidad en el grado de «profunda», puede convertirse en un obstáculo, para que la empresa sufra las consecuencias que determina la ley, por haber dado por terminado el contrato de trabajo del demandante, a consecuencia de su discapacidad y sin autorización del Ministerio de la Protección Social.

Ahora, el hecho de que la calificación que efectuó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez superior al 50% de discapacidad laboral, tenga algún efecto pensional, es un tema sobre el que no se pronunciará la Sala, en la medida que no fue objeto del debate.

En este orden, fuerza concluir que el tribunal incurrió en los yerros jurídicos que le endilga la acusación. El cargo por ende se exhibe fundado, lo que impone casar la sentencia gravada, en los términos solicitados en el alcance de la impugnación.

Ahora bien, observa la Sala que habiéndose probado la ineficacia de la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo por parte del empleador, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, mediante fallo del 30 de octubre de 2013.

Costas en las instancias a cargo de la parte demandada JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A., que deberán incluirse en la liquidación que realice el Juez

de primer grado, de conformidad, con el artículo 366 del Código General del Proceso.

XII. 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, **CASA** la sentencia dictada el treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **BLANCA LUCY HERNÁNDEZ RAMÍREZ** contra **JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S. A.** en que se integró como litisconsortes a la **ARP COLPATRIA S. A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S. A.** hoy **PROTECCIÓN S. A.**

En sede instancia, se **CONFIRMA** la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Cali.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO