



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL1503-2023

Radicación n.º 89162

Acta 16

Bogotá, D. C., 10 de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **BIMBO DE COLOMBIA S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de julio de 2019, en el proceso que promovió en su contra **OLGA CATALINA MORENO SOLÓRZANO**.

I. ANTECEDENTES

Olga Catalina Moreno Solórzano llamó a juicio a la sociedad Bimbo de Colombia S.A., con el fin de que se declarara que su contrato de trabajo fue terminado en razón a su estado de salud y, como consecuencia, se le reintegrara a un cargo de igual o superior categoría acorde a sus condiciones particulares. Por lo anterior, solicitó que se condenara a la demandada al pago de salarios y prestaciones sociales desde el 5 de enero de 2017 y hasta su reintegro efectivo, los aportes al sistema de seguridad social, la

indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los demás emolumentos que le correspondan ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho y la indexación.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que: suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 4 de abril de 2011 para desempeñar el cargo de supervisora de vehículos, a la fecha de terminación del vínculo ocupaba el de controladora de equipo con una asignación de \$3.749.777; su jefe inmediato fue el señor Carlos Alberto Hernández y posteriormente, Edgar Gámez; su horario de trabajo era de 6 a.m. a 2 p.m., pero que en realidad laboraba en jornadas de 18 horas, 3 o 4 días a la semana como personal de confianza y un domingo al mes acompañaba el inventario en cualquier parte del país.

Agregó que el 5 de enero de 2017, su jefe inmediato le entregó un documento sin membrete ni rótulo de la compañía, mediante el cual se le comunicó la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa y el pago de la indemnización; al día siguiente envió correo electrónico al gerente general, poniéndole en conocimiento situaciones de acoso laboral, pero el 13 de ese mismo mes se le ratificó su despido, y dos días después se le pagaron las prestaciones sociales y la indemnización correspondiente.

Expuso que durante la vinculación sufrió graves problemas de salud, lo que fue de pleno conocimiento de sus jefes inmediatos, compañeros de trabajo y gerente general; menciona que en el mes de octubre de 2012 comenzó a desmayarse súbitamente lo que llevó al diagnóstico de lupus

por lo que inició medicación, sin que se hubiera afectado la prestación del servicio; en el año 2013, su condición empeoró y se le estableció fibromialgia detonante del estrés con un dolor agudo en cualquier parte del cuerpo y aumentaron los vahídos por lo que fue necesario aumentar la dosis de medicamentos. En diciembre de 2015 manifestó su deseo de renunciar, pero en una reunión con su jefe inmediato Carlos Hernández, se acordó realizar unos ajustes a sus labores y una mejora salarial. En el año 2016 persistieron los desvanecimientos, por lo que fue atendida en varias ocasiones por la médica de la compañía, lo que conllevó a una hospitalización de una semana en el mes de septiembre de ese mismo año; que a la fecha de interposición de la demanda persistía la atención profesional de la fibromialgia y recibía tratamiento farmacéutico.

Adujo que en el examen médico de ingreso se determinó que era apta para desempeñar las labores dentro de la compañía; fue despedida el 5 de enero de 2017, y el 16 de ese mismo mes y año se le realizó evaluación de egreso en la que se dejó constancia de la enfermedad que padece. Durante su vinculación no recibió llamados de atención, la terminación del contrato no estaba respaldada en una causal objetiva, sino que se derivaba de su situación de discapacidad o limitación de salud que se originó durante la relación laboral, por lo que se encontraba amparada por la garantía de estabilidad laboral reforzada y, finalmente, que la empleadora no solicitó autorización para desvincularla conforme lo ordena el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Bimbo de Colombia S.A., al dar respuesta al escrito generatriz de la contienda, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que para la fecha del despido la trabajadora no se encontraba incapacitada ni en trámite de calificación, ni había recomendaciones, o restricciones médicas; admitió la vinculación laboral, el despido sin justa causa y el pago de la indemnización correspondiente; de los demás hechos dijo que no eran ciertos o que no le constan.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 27 de junio de 2019, declaró ineficaz el despido y condenó al reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía compatible con sus condiciones de salud, el pago de los salarios y prestaciones sociales desde el 6 de enero de 2017 y hasta que se haga efectivo el reintegro, los aportes al sistema de seguridad social, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e impuso costas a la demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 18 de julio de 2019, al

resolver la apelación interpuesta por la parte demandada, confirmó la decisión recurrida e impuso costas a la pasiva.

El Colegiado comenzó por analizar el valor probatorio del dictamen pericial practicado en primera instancia y de los documentos electrónicos que las partes introdujeron al proceso; relevó valor probatorio al primero y con respecto a los segundos, concluyó que *«la forma o formato de presentación no permiten entrever la fidelidad e integridad con los parámetros de una página web, así como su rastreabilidad y recuperabilidad, bajo los apremios del artículo 11 de la Ley 527 de 1999»*, por lo que tampoco les otorgó poder de convicción.

Con respecto a la estabilidad laboral reforzada, luego de acudir a la jurisprudencia constitucional y ordinaria que consideró aplicable a la materia, se remitió a la copia de la historia clínica de la actora con respecto a la cual adujo que no fue tachada de falsa y añadió:

Asociado a lo anterior, habrá de referirse que aquella alusión de la pasiva atinente a la orfandad de valor probatorio de la historia clínica, en la medida que no contaban con tales legajos en la compañía, en manera alguna encuentra camino de prosperidad, no solo porque tales indicaciones no fueron referidas en el momento procesal oportuno, como ya se relató, sino, en especial, porque el contenido de las mismas buscan concretar la condición patológica de Olga Catalina Moreno Solórzano y establecer fehacientemente si lo relatado es médicamente palpable, sin que su narración por esta Sala de Decisión y, hasta este estadio de los considerandos, se enmarque en el conocimiento de la compañía de las enfermedades que la quejaban.

Acto seguido agregó:

«[...] descendiendo al tópico jurisprudencial que constriñe a comprobar que la pasiva, dentro del curso del nexa contractual,

obtuvo discernimiento de las patologías de lupus erimatoso sistémico y fibromialgia y, si las mismas ostentan la entidad suficiente para impedir su desvinculación, procederá a analizar este Juez Colegiado los elementos de convicción incorporados a las diligencias [...].

Luego del análisis de las declaraciones de parte y de los terceros traídos al juicio, concluyó que se acreditó que, a la fecha del fenecimiento del vínculo, la actora presentaba una situación de salud que ameritaba permiso por el Ministerio de Trabajo, lo cual también se corroboró con el documento clínico, sin que la posibilidad de realizar las labores enervara la estabilidad laboral reclamada, por cuanto:

[...] aun cuando en sendas enfermedades pueden comportar su clara materialización y la imposibilidad de laborar, no puede trasladarse a la patología que sufre la demandante, pues no es de aquellas que, en su cotidianidad, puedan impedirle su realización como persona social, máxime cuando, del informe de enfermedades reumáticas No. 816 de la Organización Mundial de la Salud se categoriza el LUPUS ERIMATOSO SISTÉMICO (patología no discutida por la pasiva) como una “enfermedad crónica, progresiva, multisistémica [...] se caracteriza por el desarrollo de una autoinmunidad genéricamente determinada [...] no es una enfermedad común”, circunstancias de gravedad que no escapan a la fibromialgia.

[...]

De suerte que, en análisis del anterior material de convicción y en ejercicio de la sana crítica, para esta Corporación resulta palpable la demostración de una circunstancia médica importante que da lugar a concederle la protección por estabilidad laboral reforzada, de que trata la Ley 361 de 1997, misma que según deriva del examen ocupacional de control adiado 30 de noviembre de 2016, lo reseñado por la representante legal, así como las indicaciones del deponente GAMES GUTIERREZ, fluye innegable el conocimiento de la pasiva de los padecimientos que aquejaban a MORENO SOLORZANO, sin que para ello deba efectuarse una notificación formal o con ciertos pedimentos, como lo reclama la pasiva, pues lo(sic) existe norma que prevea aquella postura, por el contrario las partes se encuentran en la libertad probatoria para demostrar el hecho discutido, como lo corrobora esta Colegiatura.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la decisión fustigada, para que, en sede de instancia, se revoque íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, que fueron objeto de réplica, y que por cuestión de método se resolverán conjuntamente pues, aunque se dirigen por diferente vía, ambos denuncian similar elenco normativo y buscan el mismo objetivo.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia:

[...] de ser violatoria de la ley sustancial, por la VÍA INDIRECTA en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 26 de la Ley 361 de 1997, artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, artículo 127 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, artículos 140, 186, 249 y 306 del CST, artículo 34 de la Ley 23 de 1981, literal a) del artículo 1 de la Resolución 1995 de 1999 y de los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política, en relación con los artículos 164, 165, 270, 271 y 272 del Código General del Proceso y 145 del CPTSS, estas últimas como violación medio.

Expone que la violación se dio como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, la demandante se encontraba amparada por un fuero de salud que impedía su desvinculación.
2. Dar por demostrado, contra la evidencia, que, para proceder a la terminación del contrato de trabajo de la actora, la empresa debía solicitar permiso al Ministerio de Trabajo.
3. No dar por demostrado, estándolo, que para la fecha en que se terminó el contrato de trabajo – 5 de enero de 2017 – la demandante no se encontraba incapacitada ni le habían sido expedidas incapacidades médicas recientes.
4. No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que para la fecha en que se terminó el contrato de trabajo, a la actora no le habían sido expedido recomendaciones o restricciones médico laborales que supusieran una merma en el ejercicio de sus funciones.
5. No dar por demostrado, estándolo, que para la fecha en que se terminó el contrato de trabajo la demandante no tenía pérdida de capacidad laboral calificada.
6. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la demandante le informó a mi representada sobre su presunto estado de salud.
7. Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa tenía conocimiento de la historia clínica de la demandante.
8. No dar por demostrado, estándolo, que la historia clínica tiene un carácter reservado y en ningún momento fue puesta en conocimiento de mi representada.
9. No dar por demostrado, estándolo, que la historia clínica ocupacional tiene carácter reservado y en ningún momento en vigencia del contrato de trabajo fue puesta en conocimiento de mi representada.
10. No dar por demostrado, estándolo, que los exámenes médicos ocupacionales practicados a la actora son de uso exclusivo del titular.
11. No dar por demostrado, estándolo, que en el certificado médico de control periódico de fecha 30 de noviembre de 2016 se concluyó que al demandante “no está en tratamiento ni en estudio, pero no le genera actualmente restricciones para el desempeño de las tareas de ocupación”.
12. No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la demandante no tenía una limitación que le impidiera el desarrollo normal de las funciones a su cargo.

13. Dar por demostrado, sin estarlo, que la situación de salud que presentaba la actora ameritaba una protección especial en los términos del art. 26 de la Ley 261(sic) de 1997.

14. No dar por demostrado, estándolo, que en el sistema interno de la Compañía – CRONOS – no se registró ninguna incapacidad médica de la actora relacionada con la supuesta patología que aduce.

15. No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la terminación del contrato de trabajo de la demandante se dio en cumplimiento de la ley y produjo plenos efectos.

16. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la terminación del contrato de trabajo de la actora estuvo motivada en su estado de salud.

17. No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que una vez le fue notificada la terminación del contrato de trabajo, la actora no realizó manifestación alguna sobre el presunto estado de salud que alega.

18. Dar por demostrado, sin estarlo, que mi representada conocía la historia clínica de la demandante, en razón que los documentos que hacen parte de ella no fueron tachados de falsos, desconociendo que este mecanismo procesal solo es procedente cuando se pretende catalogar como falso un documento suscrito o manuscrito por la parte que alega la falsedad.

19. Dar por demostrado, sin estarlo, que mi representada suscribió o elaboró la historia clínica de la demandante.

20. No dar por demostrado, estándolo, que, desde la contestación de la demanda, Bimbo de Colombia desconoció la historia clínica aportada por la actora al proceso, en atención a que este documento goza de estricta reserva legal.

Acota que tales yerros ocurrieron por la errónea apreciación de las siguientes pruebas:

DOCUMENTOS

1. Historia clínica (Folios 41 y siguientes)
2. Historia clínica ocupacional del 30 de noviembre de 2016 en la cual se indica “Copia de uso exclusivo del titular de la historia” (Folio 62, 63)
3. Contestación de la demanda (Folio 274 y siguientes) puntualmente la contestación a la pretensión condenatoria primera y el quinto hecho y razón de defensa, mediante los cuales se desconoció la historia clínica allegada por la actora.

CONFESIÓN DE LA DEMANDANTE, vertida en el interrogatorio de parte en la diligencia del 20 de febrero del año 2019, así:

ALAN ROTHSTEIN MORRIS (00:54:40) Apoderado Parte Demandada: Diga cómo es cierto sí no que usted no presentó dictamen de pérdida de capacidad laboral durante la vigencia de la relación laboral, ni su terminación sobre una posible discapacidad.

OLGA CATALINA MORENO SOLORZANO (00:54:54)

No es cierto pues nunca tuve esa evaluación, o sea, nunca me la expidió la compañía.

INTERROGATORIO DE PARTE rendido por la representante legal de Bimbo de Colombia, vertido en diligencia del 20 de febrero de 2019.

[...]

TESTIMONIOS

1. Testimonio rendido por Sandra Magaly Torres
2. Testimonio rendido por Diana Marleny Parra Camargo
3. Testimonio rendido por Edgar Gámez Gutiérrez
4. Testimonio rendido por Alexander Vélez Montoya
5. Testimonio rendido por José Manuel Cubillos.

[...]

PRUEBAS DEJADAS DE APRECIAR

DOCUMENTOS

1. Comunicación dirigida por la demandante al Gerente General de Bimbo de Colombia el 7 de enero de 2017 (Folio 31 y 32)
2. Respuesta otorgada por mi representada ante la comunicación remitida por la actora de fecha 7 de enero de 2017 (Folio 33 y 115)
3. Certificado médico de control periódico expedido por Colmedica de fecha 30 de noviembre de 2016 (Folio 154 y 155)
4. Carta de terminación del contrato de trabajo (Folio 114)
5. Liquidación del contrato de trabajo (folio 116)

Considera que el *ad quem* se equivocó al fundar su decisión en el contenido de la historia clínica porque la demandada no tachó de falso el documento, mecanismo que no era idóneo en los términos del artículo 269 del CGP porque la empresa no suscribió ni emitió tales documentos; lo procedente era su desconocimiento, lo cual hizo al contestar la demanda. Con todo, de dicho instrumento no se deriva una situación de discapacidad, pero, en todo caso,

tampoco lo conoció en vigencia de la relación laboral que solamente se le puso de presente al incorporarlo al proceso. Aduce que la demandante no allegó incapacidad formal emitida por la EPS que hubiera entregado a su empleador, ni tampoco recomendaciones médicas o restricciones de las que se pudiera derivar la pretendida estabilidad laboral alegada; añade que tampoco fue puesta en su conocimiento esa situación a la terminación del contrato, momento en el que únicamente se alegó una situación de acoso laboral sin mención alguna a su estado de salud, aunado a que durante la vinculación la trabajadora siempre desempeñó sus labores con normalidad sin ninguna limitación.

En cuanto a la necesidad de que el empleador conozca el estado de salud se remite a las decisiones CSJ SL1770-2020 que reitera las CSJ SL3772-2018 y CSJ SL11411-2017 de esta Corporación, y la T-148-2012 de la Corte Constitucional.

Afirma que el Tribunal erró en la valoración de la historia clínica ocupacional, pues, a más de que no podía conocerla dado su carácter reservado, de allí tampoco se deriva una situación de discapacidad; además, esta circunstancia fue confesada por la demandante al afirmar que en vigencia de la relación laboral no solicitó ningún dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Sostiene que esta Corporación ha sostenido que, los destinatarios de la protección laboral reforzada no son trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino los que tengan una discapacidad relevante en las

escalas o grados dispuestas en el Decreto 2463 de 2001, esto es, en el grado de moderada, severa o profunda, o a partir del 15%; para el efecto, se remite a las decisiones CSJ SL2660-2018 y CSJ SL711-2021 y las proferidas en los radicados 35606 y 53083 de 2009 y 2015; respectivamente.

Con relación a la prueba testimonial, a la que hizo expresa mención el sentenciador de segundo grado, añade que quedó en evidencia que a ninguno de ellos les consta la existencia de incapacidades o recomendaciones médicas a la actora, si presenciaron algunos desmayos de ella, sin que de ello se pueda derivar un estado de discapacidad; por todo lo cual, considera que el colegiado incurrió en manifiesto yerro de valoración probatoria lo que da lugar a la prosperidad del cargo.

VII. SEGUNDO CARGO

Ataca la sentencia al ser violatoria de la norma sustantiva, *«por VÍA DIRECTA en la modalidad de interpretación errónea [d]el artículo 26 de la Ley 361 de 1996(sic)»*.

Sostiene que, a pesar de que el sentenciador no controvierte que la demandante no presentó incapacidades médicas o restricciones o recomendaciones médico laborales a la demandada, ni que se hubiera proferido un dictamen de pérdida de capacidad laboral, consideró que el caso ameritaba la protección laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el solo hecho de padecer de una enfermedad que se refleja en la historia clínica, lo cual califica como un error de interpretación al aplicar el fuero de

salud de manera automática, a pesar de que la trabajadora podía desarrollar con normalidad sus labores. Invoca las sentencias CSJ SL2660-2018, CSJ SL10538-2016, CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, CSJ SL51140-2018, CSJ SL1057-2021, CSJ SL572-2021, y las proferidas en los radicados 35606 y 39207 del 2009 y 2012 respectivamente, las cuales considera que el Juez Plural omitió, por lo que solicita la casación total de la sentencia impugnada.

VIII. RÉPLICA

Atinente al primer cargo indica que se acusa la equivocada apreciación de la prueba testimonial pese a que ésta no es hábil en casación; sostiene que la estimación del sentenciador no merece reparo pues se apoyó en el análisis integral de los medios de prueba y lo que se pretende por la recurrente es utilizar estratégicamente apartes de las declaraciones y los interrogatorios para derruir la convicción del juzgador, pues considera que del conjunto se puede establecer que la actora sufría un padecimiento con diagnóstico incapacitante que fue plenamente conocido por el empleador.

Con relación a la historia clínica sostiene que ésta no es el único medio probatorio a través del cual se puede enterar el empleador de las condiciones de salud de sus trabajadores. En el caso, la empresa conocía la historia clínica que reposaba en el operador de servicios médicos EMI contratado por la misma sociedad para el seguimiento de salud de sus empleados. Además, se probó que la actora sufrió graves quebrantos de salud durante la relación laboral que fueron

conocidos por los jefes inmediatos, sus compañeros y el gerente general, al sufrir desmayos en varias ocasiones que la dejaban fuera de su esfera laboral por lo que permaneció en múltiples ocasiones hospitalizada en periodos prolongados.

De igual manera se le practicó un examen médico periódico el 30 de noviembre de 2016, un mes antes de su despido, en el que se determinó que la trabajadora padecía de fibromialgia en manejo y seguimiento por reumatología y se recomendó adaptar el puesto de trabajo para mitigar un deterioro adicional propiciando el desempeño seguro de la ocupación. Similar diagnóstico se emitió en el examen médico de egreso del 16 de enero de 2017.

Por otra parte, afirma que el reparo de la falta de valoración de las comunicaciones del 7 de enero de 2016 emitidas por las partes, la carta de terminación del contrato y la liquidación definitiva no se desprende causa distinta a la ya verificada por los falladores de instancia, que establecieron el fuero de salud, sin que exista una prueba específica de comunicación de su estado de salud al empleador.

Por último, se remite a cada una de las disposiciones denunciadas como violadas, respecto a las cuales considera que no se presenta transgresión alguna y que se formulan algunos argumentos que no fueron planteados en el proceso.

Referente al segundo cargo, resalta que la discapacidad se hace manifiesta en las limitaciones que encuentra una

persona al desempeñar sus labores cotidianas, de modo que esta puede provenir de discapacidades leves, moderadas o graves, las cuales pueden estar o no reflejadas en un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. Al respecto se remite a la sentencia CC SU049-2017, luego de lo cual indica que la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la que son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, con independencia de si tienen o no una calificación, por lo que solicita que el caso sea abordado desde un modelo social que permita la realización de las garantías en el marco de un Estado Social de Derecho y atendiendo los instrumentos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, por lo que solicita desestimar los cargos.

IX. CONSIDERACIONES

Como se recuerda, el Tribunal fundó su decisión en el análisis de los medios de convicción incorporados al proceso, concretamente los documentos que conforman la historia clínica y la historia clínica ocupacional, con los cuales podía establecerse la enfermedad que padecía la actora al momento del despido, sin que se hubiera alegado oportunamente su desconocimiento. De igual manera, encontró, en ejercicio de la sana crítica, que la dolencia padecida por la accionante permite dar viabilidad a la protección por estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, como se deriva del examen del 30 de noviembre de 2016, así como, la declaración de la representante legal y la del testigo Gámez Gutiérrez de las que fluye el conocimiento de la pasiva de los

padecimientos de la mencionada, sin que sea exigible una notificación formal pero que, en todo caso, al respecto existe libertad probatoria.

En consideración de la recurrente, el colegiado erró al otorgar la protección especial prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues desconoció que dicho amparo no se desprende una aplicación automática del *fuero de salud* por el hecho de que un trabajador padezca una dolencia, pese a que esta no le impide desarrollar sus funciones con normalidad, no cuente con una calificación de pérdida de capacidad laboral ni recomendaciones o restricciones médicas. Además, cuestiona que el sentenciador no tuvo en cuenta que desde la contestación de la demanda adujo que no conocía la historia clínica aportada al proceso porque legalmente tales documentos tienen reserva y no pueden ser conocidos por el empleador, lo que aunado a que al reclamar por su despido la trabajadora únicamente se refirió a asuntos de acoso laboral y nada con respecto a sus condiciones de salud, lo que a su juicio, impide que se otorgue la protección reclamada ya que la jurisprudencia ha enseñado que se requiere el conocimiento del empleador para que ésta proceda.

Pese a que uno de los cargos se dirige por la vía indirecta, no fue objeto de discusión en el proceso que Olga Catalina Moreno Solórzano trabajó al servicio de Bimbo de Colombia S.A. desde el 4 de abril de 2011 hasta el 5 de enero de 2017, con un último cargo de controladora de equipo con un salario de \$3.749.777, vínculo que terminó por decisión unilateral de la empleadora sin justa causa con el pago de la

correspondiente indemnización. De igual manera, se encuentra demostrado que la actora padece de *fibromialgia* como da cuenta la historia clínica aportada, entre otras enfermedades, por las que ha recibido la correspondiente atención médica.

Expuesto lo anterior, debe la Sala definir si en el caso concreto opera la garantía a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo en cuenta que la demandante padece *fibromialgia*; de ser así, determinar si, según las pruebas incorporadas al proceso, se demostró la empleadora se enteró de dicha condición.

1º) Consideraciones previas

a. 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 ago. 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 C-066-2013) 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.

b. 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:

1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
2. 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 construidos 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 decrete 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. Se considera que 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 prestaciones.

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.

2º) Caso concreto

Conforme a lo anotado le asiste razón a la recurrente en cuanto a que resulta determinante establecer si la enfermedad genera en la trabajadora una limitación para realizar la actividad laboral contratada, y ello es precisamente lo que se echa de menos en el caso concreto. Lo anterior, por cuanto siguiendo los compromisos internacionales del Estado, lo que se busca es identificar con precisión la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo que dificulte la prestación del servicio o impida el desempeño normal del trabajador, generándole por este hecho un riesgo de discriminación para que proceda la protección del empleo.

En efecto, el tribunal derivó su conclusión de la revisión de la historia clínica con base en la cual determinó que la actora tenía desmayos cada 10 días, así como, de la declaración de Edgar Gámez Gutiérrez y el examen ocupacional de control del 30 de noviembre de 2016, de los que infirió el conocimiento del empleador de dicha condición de salud.

Al revisar la historia clínica no es posible colegir la sucesión de episodios médicos (síncope y convulsiones) que el sentenciador observó (cada 10 días), pues, aunque allí consta la atención realizada a la actora en febrero y mayo de 2015, mayo y septiembre de 2016, entre otras, solamente la de mayo de 2016 da cuenta de una incapacidad por dos días, lo que data de más de seis meses antes de la terminación del contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior, razón le asiste a la recurrente en cuanto a que el examen médico ocupacional realizado el 30 de noviembre de 2016 (fls. 61 a 63), permite deducir la situación de salud por la que la actora ha sido atendida en varias oportunidades, mismo documento en el que consta en las observaciones finales lo siguiente:

CONSIDERACIONES OCUPACIONALES ESPECIALES POR ENFERMEDAD NO TRATADA QUE NO LE GENERA RESTRICCIONES OCUPACIONALES: Presenta una enfermedad y sintomatología muscular vs reumática en estudio y sintomatología neurológica que no está en tratamiento ni en estudio, pero que no le genera actualmente restricciones para el desempeño de tareas de la ocupación. Se requiere que sea evaluada manejada en su entidad de salud para establecer su plan de tratamiento y seguimiento, se deben tener en cuenta recomendaciones que emita médico especialista de su entidad de salud.

Llegados a este punto del sendero menester resulta destacar una circunstancia insoslayable, cuál es, que de los elementos de persuasión no brota el conocimiento del empleador, a la terminación del vínculo contractual, de la *existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o enfermedad de mediano o largo plazo -factor humano-* ni mucho menos la existencia de una barrera para la promotora del proceso de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le hubiese impedido ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás colaboradores; por el contrario, el examen realizado en noviembre de 2016 evidencia que el padecimiento no le impedía desarrollar su labor de manera adecuada, como tampoco la regularidad de episodios que advirtió la sala sentenciadora.

No está de más señalar que, la accionante al momento de la desvinculación lo que alegó fue un acoso laboral sin que refiera que era su condición de discapacidad la causante de su desvinculación y es que, desde el punto de vista médico en esta instancia alegado, se itera, su salud no le generaba una condición incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que imponga la necesidad de protegerla de conductas discriminatorias que es lo que ampara la legislación internacional y su desarrollo a nivel interno, como quedó explicado.

Puestas en esa dimensión las cosas, se hallan acreditados los dislates de estirpe jurídico y fáctico que la

recurrente le enrostra al juzgador de segundo grado, por lo que habrá de quebrarse el acto jurisdiccional controvertido.

Sin costas, dada la prosperidad del recurso extraordinario.

En sede de instancia, basten las anteriores consideraciones para revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y, como consecuencia, absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

Costas a la parte vencida.

X. 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 dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **OLGA CATALINA MORENO SOLÓRZANO** contra **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** y, como consecuencia, se dispone:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de junio de 2019 y, como consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **OLGA CATALINA MORENO SOLÓRZANO**, por las razones expuestas en

precedencia.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de la parte vencida.

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

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

Aclara voto

FERNANDO CASTILLO CADENA

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Aclara voto

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Aclara voto

MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO