El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 2 de noviembre de 2018

Radicación No.: 66170-31-05-001-2016-00097-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Carmen Liliana Córdoba Mosquera

Demandado: Cencosud Colombia S.A.

Juzgado de origen: Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / DESPIDO / PERMISO DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO / NO APLICA EN CASO DE EXISTIR JUSTA CAUSA COMPROBADA PARA EL DESPIDO.**

… la Corte Constitucional ha definido que en aquellos eventos en que el trabajador sufra una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido o su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que dieron origen a la relación laboral y siempre que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

En armonía con los más recientes pronunciamientos de Corte Constitucional, al respecto esta Corporación ha señalado que la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solo se aplica a trabajadores con limitaciones profundas y severas, sino a quienes padezcan limitaciones en general, ya sean permanente o temporales, independientemente de que haya calificación del grado de invalidez. (…)

Esta Sala ha concluido, a la luz de jurisprudencia nacional, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prevé una presunción de desvinculación laboral discriminatoria cuando el despido, así en apariencia obedezca a una justa causa (o causa objetiva), se hace sin previa autorización del inspector del trabajo. Ello en razón a que se hace necesario presumir que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del empleado…

… esta Sala, con ponencia de la suscrita, ha explicado que aun habiéndose declarado inexequible el enunciado normativo antes mencionado (artículo 137 del Decreto 19 de 2012), lo cierto es que si se trata de terminar el contrato de trabajo por una razón diferente a la limitación de la persona discapacitada, como es el caso de existir justa causa para ello, no es necesario obtener la autorización del Ministerio del Trabajo, ya que la consecuencia de dicha omisión es eminentemente probatoria, en la medida que le abre paso a la presunción de la que se habló algunas líneas atrás; y esta, como cualquier otra presunción, es susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Aun cuando coincido con la decisión de confirmar la sentencia de primer grado quiero aclarar algunas de las razones jurídicas que me llevan a ello y que en algunos aspectos difieren de las expuestas en la sentencia. (…)

Ha sido pacifica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en señalar que la estabilidad laboral reforzada es un derecho de carácter especial dentro de la legislación laboral, el cual se encuentra definido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que procede **exclusivamente** en los términos establecidos en esa normatividad, el cual impone la obligación de contar con autorización del Ministerio de Trabajo para despedir a un trabajador que presenta **una limitación igual o superior a la moderada**, definida ésta en el Decreto 2463 de 2001 como la pérdida de capacidad laboral que oscila entre el 15% y 25%, sin que sea posible aplicar la estabilidad laboral reforzada en aquellos trabajadores que presenten cualquier tipo de limitación, como quienes están en incapacidad temporal por afecciones de salud; situación que reiteró en la sentencia SL13657 de 7 de octubre de 2015 radicación Nº 56.315…

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:30 a.m. de hoy, viernes dos (2) de noviembre de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Carmen Liliana Córdoba Mosquera**, en contra de **Cencosud Colombia S.A.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la demandante, en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas el pasado dos (2) de febrero de 2018, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo al esquema del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar en este asunto si el despido de la demandante se produjo por razón de sus limitaciones de salud; o si por el contrario, tal y como lo estableció el juez de primera instancia, quedó plenamente acreditada la configuración de una justa causa para el empleador dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, en los términos del literal a) del artículo 62 del C.S.T.

1. **La demanda y su contestación**

En el libelo introductor de la demanda, la señora **CARMEN LILIANA CORDOBA MOSQUERA** asegura que laboró al servicio de **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** entre el 12 de abril de 2012 y el 6 de abril de 2013, devengando un salario mensual de $589.500, para el último año de servicios. Indica, además, que inicialmente fue vinculada a través de un contrato a término fijo, el cual luego fue modificado a un contrato a término indefinido.

Añade que desempeñaba el cargo de Auxiliar de Seguridad y Control de Pérdidas en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada denominado “METRO DOSQUEBRADAS”, cumpliendo turnos rotativos de 8 horas. Señala que el 17 de marzo de 2013, se ausentó de su lugar de trabajo para redimir unos bonos denominados “Gana-Gana” en la compra de un televisor, hecho que motivó su despido puesto que la empleadora calificó tal conducta como una falta grave.

Indica igualmente, que el procedimiento de cargos y descargos en el cual se sustentó su despido estuvo plagado de violaciones al debido proceso, pues la convención colectiva de trabajo en sus literales a) y b) dice que se deberá citar al empleado dentro de los 7 días siguientes a la ocurrencia de la falta o del momento en que el área de Gestión Humana conozca el hecho, caso en el cual la diligencia de descargos se debe adelantar en un término no menor a 3 días. Sin embargo, en su caso fue llamada a descargos el 4 de abril de 2013, es decir, 21 días después de haberse cometido la presunta falta. Agrega además que quien le realizó el interrogatorio fue el señor Juan David Palacio, Director General de Seguridad, quien al mismo tiempo sirvió como testigo dentro del proceso disciplinario, haciendo el papel de juez y parte. Asimismo, refiere que la violación a su derecho al debido proceso fue tal que en la respuesta al recurso de apelación que interpuso contra la terminación unilateral del contrato, le manifiestan que al sorprenderla en flagrancia, la compañía no tiene la obligación de aplicar el procedimiento disciplinario, y por ende se abstenían de responder el recurso.

De otra parte, alega que al momento del despido, la demandada no tuvo en cuenta que se encontraba en tratamiento médico, pues padecía de cáncer, problemas cardiovasculares y miomas, lo que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la ponía en una situación de debilidad manifiesta, hecho por el cual, según lo señalado en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, su empleador debía acudir ante el inspector del trabajo previo a su despido para que este lo autorizara. Finalmente, manifiesta que, el 24 de mayo de 2013, presentó acción de tutela solicitando su reintegro, la cual le correspondió en primera instancia al Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, y en segunda al Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, siéndole negado el amparo en ambas instancias.

En vista de lo anterior, solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Cencosud Colombia S.A. entre el 12 de abril de 2012 y el 6 de abril de 2013; y al considerar que fue despedida encontrándose en situación de debilidad manifiesta y sin que mediara el respectivo permiso del Ministerio de la Protección Social, pretende igualmente que se declare la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo y la consecuente reinstalación en su labor, más el pago de los salarios dejados de percibir, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por el no pago de las cesantías, aportes a seguridad social desde la fecha del despido, esto es 6 de abril de 2013, hasta el día del reintegro, condenas que solicita sean indexadas conforme al IPC. Igualmente requiere como indemnización por perjuicios morales la suma de **$34.467.700**. De manera subsidiaria, solicita que se declare que el despido fue injusto y en consecuencia se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización por despido injusto.

 En **respuesta a la demanda**, la demandada **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto a la que versa sobre la existencia del contrato, aduciendo que producto del respectivo proceso disciplinario, se invocó una justa causa para el despido de la demandante, y que en dicho proceso se respetaron todas las garantías constitucionales y convencionales de la trabajadora. Agrega asimismo que no existe en el proceso prueba alguna de que la demandante fuera una trabajadora discapacitada y por tal condición gozara de la pretendida estabilidad laboral reforzada.

 En cuanto a los hechos, aceptó que la señora Carmen Liliana Córdoba inició labores el 12 de abril de 2012, mediante contrato a término fijo, que luego fue modificado por uno a término indefinido y que esta interpuso acción de tutela en busca de su reintegro, pero la misma fue resuelta de manera desfavorable en ambas instancias.

 Frente a las condiciones del contrato de trabajo, aclaró que la demandante fue contratada para el cargo de Auxiliar y que devengaba para el último año, esto es 2013, la suma de $649.600. Respecto al deterioro de salud de la actora, aclaró que lo desconocía pues nunca la fue notificada la situación en los términos del artículo 33 del Reglamento Interno de Trabajo. Seguidamente propuso en su defensa las excepciones de mérito denominadas *“inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago”*.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró que entre Carmen Liliana Córdoba Mosquera y Cencosud Colombia S.A.S. existió un contrato de trabajo, sin embargo, decidió absolver a la sociedad de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas procesales a la demandante en un 100%.

Para llegar a tal determinación, la *a-quo* consideró, en síntesis, que la empleadora logró desvirtuar la presunción consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues demostró que la terminación del contrato obedecía a una razón distinta al estado de salud de la demandante, pues la ruptura de la relación laboral estuvo sustentada en la conducta desplegada por la trabajadora el 17 de marzo de 2013, en donde acumuló los descuentos de unos bonos Gana-Gana para realizar la compra de un televisor, hecho que era contrario a lo estipulado en el reglamento de la promoción, ya que solo se podía redimir un bono en cada compra. Esta conducta, que fue aceptada por la demandante, fue calificada como una falta grave por parte de la empleadora, pues le generó un detrimento económico, en razón de lo cual concluyó que al desvirtuarse la referida presunción del artículo 26, no había lugar a la pretensión principal de la demanda.

Respecto a la vulneración al debido proceso y el despido injusto, señaló que no encuentra que hayan sido vulnerados, pues al haber cometido la actora una falta grave que concuerda con la causal de terminación del contrato descrita en el numeral 5º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, su caso no era susceptible de ser sometido a un proceso disciplinario conforme a lo establecido en el artículo 6º de la Convención Colectiva de Trabajo, pues dicho proceso se daba para quienes cometían una falta leve; pese a lo cual, a la trabajadora se le dio la oportunidad legal de explicar los motivos de su actuar en la diligencia de descargos a la que fue citada el 4 de abril de 2013.

1. **Recurso de apelación**

Contra la anterior decisión presenta recurso de apelación la parte demandada, indicando que en este asunto el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debió interpretarse a la luz del principio de favorabilidad conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Igualmente, agrega que a pesar de existir una causal de despido en el caso de la señora Carmen, Cencosud debió solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para realizar el despido, tal como lo demanda el referido artículo 26, puesto que la señora Carmen para ese momento se encontraba en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud, situación que era ampliamente conocida por el empleador.

1. **Consideraciones**

**4.1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA EL EMPLEADO DISCAPACITADO**

 Dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que *“(…) en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”*. Y a reglón seguido dispone que *“no obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.*

Es bien sabido que de acuerdo a la interpretación constitucional de dicho precepto legal, la Corte Constitucional ha definido que en aquellos eventos en que el trabajador sufra una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido o su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que dieron origen a la relación laboral y siempre que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

En armonía con los más recientes pronunciamientos de Corte Constitucional, al respecto esta Corporación ha señalado que la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solo se aplica a trabajadores con limitaciones profundas y severas, sino a quienes padezcan limitaciones en general, ya sean permanente o temporales, independientemente de que haya calificación del grado de invalidez.

Y en decisiones con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, se ha precisado que una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro de su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando quiera que su caso presente las siguientes características: *(i)* se encuentre demostrado que padece graves y serios quebrantos de salud; *(ii)* no haya una causal objetiva de desvinculación; *(iii)* subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y *(iv)* cuando el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.

**4.2. DESPIDO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL INSPECTOR DE TRABAJO**

Esta Sala ha concluido, a la luz de jurisprudencia nacional, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prevé una presunción de desvinculación laboral discriminatoria cuando el despido, así en apariencia obedezca a una justa causa (o causa objetiva), se hace sin previa autorización del inspector del trabajo. Ello en razón a que se hace necesario presumir que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del empleado, en la medida que la demostración de un acto discriminatorio es una carga desproporcionada para quien se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Valga subrayar que dicha posición ha sido adoptada de manera unánime por la totalidad de quienes integramos esta Corporación[[1]](#footnote-1), y secundando la más reciente línea jurisprudencial de Sala Laboral de la Corte Suprema, se ha expresado, con ponencia de la Magistrada Olga Lucia Hoyos Sepúlveda: *i) que está permitido el despido de un trabajador que se encuentre en situación de discapacidad, siempre y cuando se acredite una causa objetiva para terminar el vínculo laboral, presencia que descarta de contera la exigencia de solicitar un permiso para despedirlo ante el inspector del trabajo, a menos que tal extinción tenga como antecedente un elemento discriminatorio.* Dicho en palabras de la Corte *“la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador (…) no siendo obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva[[2]](#footnote-2)”.*

Ahora bien, no se puede desconocer que la sentencia C-531 del 2000[[3]](#footnote-3), en la que se declaró la exequibilidad condicionada del citado precepto legal, ha dado lugar a hondas discusiones en torno al alcance y los efectos jurídicos de la exigencia legal del permiso ministerial para despedir al trabajador en situación de discapacidad, pues leídos aisladamente algunos de sus apartes, cualquiera podría concluir que la ausencia de dicho permiso deviene de manera irreductible en la ineficacia de la terminación del contrato, así aparezca demostrada una justa causa para el despido. Sin embargo, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, al igual que la Corte Constitucional, han coincidido en señalar que la ausencia de dicho trámite administrativo tiene ante todo un alcance probatorio, en la medida que *“subsiste la presunción de discriminación laboral inserta en la Ley 361 de 1997, por lo que basta que el trabajador acredite su estado de discapacidad, para trasladar el empleador la carga de demostrar con suficiencia la causa objetiva para finalizar el vínculo laboral, de lo contrario sigue operando la presunción aludida a favor del trabajador y correlativamente, deberá ordenarse el reintegro del mismo, el pago de salarios, prestaciones dejadas de percibir y la sanción de 180 días contemplada en la Ley 361 de 1997”* (así lo expresó esta Sala Laboral en la última de las sentencias reseñas).

No sobra anotar finalmente, que por medio del artículo 137 del Decreto 19 de 2012, el Gobierno Nacional quiso introducir una especie de nota aclaratoria al sentido original del precepto legal en comento (art. 26 de la Ley 361 de 1997), en orden a puntualizar que no se requería de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador discapacitado incurriera en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato; no obstante es de aclarar que dicho artículo fue declarado inexequible mediante la sentencia C-744/2012, en la que se explicó que correspondía al Congreso y no al Presidente de la República, determinar con atención a las posiciones de los diferentes interesados, la exigencia o no de la venia de la autoridad respectiva, para que se pueda despedir o terminar el contrato de una persona discapacitada, cuando se discuta si concurre o no una justa causa para ello.

A propósito de lo anterior, esta Sala, con ponencia de la suscrita, ha explicado que aun habiéndose declarado inexequible el enunciado normativo antes mencionado, lo cierto es que si se trata de terminar el contrato de trabajo por una razón diferente a la limitación de la persona discapacitada, como es el caso de existir justa causa para ello, no es necesario obtener la autorización del Ministerio del Trabajo, ya que la consecuencia de dicha omisión es eminentemente probatoria, en la medida que le abre paso a la presunción de la que se habló algunas líneas atrás; y esta, como cualquier otra presunción, es susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

**4.2. CASO CONCRETO**

Las anteriores referencias jurisprudenciales son suficientes para descartar la viabilidad del recurso impetrado por la parte actora, habida cuenta que la ausencia del permiso de la Oficina del Trabajo para despedir la trabajadora en situación de discapacidad, no supone necesariamente la ineficacia de la ruptura contractual, como quiera que el empleador invocó una justa causa para ello, y logró acreditarla en sede de primer grado.

A propósito de esto último, es del caso subrayar que en el discurso de apelación no se pone en cuestión la justa causa invocada para la terminación del contrato, por el contrario, el apelante únicamente se duele de la ausencia del permiso gubernamental para el despido, afirmando que a pesar de existir una causal de despido en el caso de la señora Carmen, Cencosud debió solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para despedirla, puesto que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud, situación que era ampliamente conocida por su empleadora, tal como lo demanda el referido artículo 26.

Con todo, a riesgo de desbordar el ámbito del recurso impetrado por la parte actora, para la Sala se encuentra comprobada la justa causa alegada por la empleadora a la hora de terminar unilateralmente el contrato de trabajo con la demandante, por las siguientes razones:

Hay que remembrar que la causa que la sociedad demandada aduce en el escrito de terminación del contrato (fl. 35), es la señalada en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que la trabajadora incurrió en una falta catalogada como grave en el Reglamento Interno de trabajo.

Valga anotar que los hechos que motivaron al despido de la señora Carmen Liliana Córdoba, tuvieron ocasión el 17 de marzo de 2013, día en el cual ella procedió a comprar un televisor Sony Led de 40 pulgadas, haciendo uso indebido de unos bonos promocionales denominados “Gana y Gana” puesto que utilizó (o acumuló) 3 de estos en una misma transacción, aun sabiendo que en el reglamento para dicha promoción se había estipulado que solo era procedente utilizar un bono por compra. Frente a estos hechos, la actora fue citada a descargos (fl. 171), en donde aceptó haber incurrido en dicha conducta.

Si bien no se discute la doble condición de la señora Carmen Liliana como trabajadora y clienta de la tienda Metro, se hace evidente que tomó ventaja de su condición de trabajadora, para hacerse a 3 bonos promocionales Gana-Gana y hacer un mal uso de ellos, pues redimió los tres bonos en una sola compra, lo cual era improcedente, ya que en el reglamento de la promoción (fl. 254 a 256) había sido establecido que solo podría redimirse un bono por compra y que los descuentos no eran acumulables entre sí. Este actuar no solo le generó un detrimento económico a la entidad por un valor de $594.828, sino que además la demandante incurrió en una de las prohibiciones del Reglamento Interno de Trabajo, como quiera que se ausento por más de 15 minutos para realizar la compra, actuar que es contrario a lo estipulado en el numeral 31 del artículo 47 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual indica que los trabajadores no pueden ausentarse de su puesto en horas laborales; y aún más, luego de hacer efectivos los 3 bonos, se demoró alrededor de 15 minutos para entregar en efectivo el saldo restante de la compra a la cajera que atendió la transacción, lo cual también vulnera los protocolos de una compra, como bien debía conocerlo la demandante en su calidad de auxiliar de gestión de pérdidas del almacén.

 Así, la demandante violó tanto las prohibiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo, como lo establecido en numeral 4º del código de conducta y ética, que exige a sus trabajadores proteger el patrimonio y los recursos de la empresa, lo cual efectivamente encaja con la justa causa de despido por parte del empleador estipulada en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T, dado que la señora Córdoba Mosquera incurrió en una falta catalogada como grave por el Reglamento Interno de Trabajo.

En estas condiciones, la demandada Cencosud Colombia S.A.S logró desvirtuar la conexidad entre el despido y la limitación de la trabajadora, quedando acreditado que la terminación del vínculo laboral tuvo como causa razones distintas a la discriminación de la empleada en razón de su debilidad manifiesta.

Por otra parte no aparece acreditado en el proceso que la demandante tuviera alguna restricción laboral fundada en su estado de salud, ni que las patologías registradas en su historia clínica hayan sido conocidas por su empleador, pues el episodio de desmayo que derivó en la supuesta hospitalización, cuya ocurrencia tampoco aparece acreditada en el proceso, ocurrió el 3 de septiembre de 2012 (siete meses antes del despido), tras lo cual no volvió a presentar ningún episodio clínico que ameritara el otorgamiento de incapacidades por parte de su médico tratante. Finalmente valga anotar que tampoco hay prueba de que la demandante estuviera diagnosticada con cáncer al momento del despido, ni con posterioridad; y el episodio clínico antes señalado, obedeció a un problema de origen cardiovascular que no había sido aclarado clínicamente a la fecha de su despido. Este desconocimiento del estado de salud de la demandante relevaba a la empleadora a solicitar la respectiva autorización ante el Ministerio de Trabajo, situación que por demás fue advertida en sede de tutela en la cual negaron el reintegro de la trabajadora.

 Por lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia y se impondrá el pago de las costas procesales de segunda instancia a la parte actora.

 En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia de la referencia

**SEGUNDO.**: **CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte actora.

 Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

 Aclaración de voto

Radicación Nro. : 66001-31-05-001-2016-00097-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Carmen Liliana Cordoba Mosquera

Demandado: Cencosud Colombia S.A.

Asunto: ACLARACIÓN DE VOTO

Tema: Sentido de la protección de la ley 361 de 1997

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Pereira, dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Aun cuando coincido con la decisión de confirmar la sentencia de primer grado quiero aclarar algunas de las razones jurídicas que me llevan a ello y que en algunos aspectos difieren de las expuestas en la sentencia.

En efecto, he venido sosteniendo en situaciones similares mi posición sobre el tema se refleja en lo siguiente:

**1. VALOR NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

La Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, al abordar el tema de doctrina probable manifestó que a la Corte Suprema de Justicia como juez de casación se le ha encomendado el deber de unificar la jurisprudencia nacional en la jurisdiccional ordinaria, situación que lleva a la propia Corte y a los jueces de esa jurisdicción a no apartarse por su sola voluntad de la jurisprudencia que sobre un mismo tema ha construido el alto tribunal, pues precisamente la razón de su existencia es diseñar el orden que garantice la igualdad. Para apartarse de la doctrina probable los jueces están obligados a tener unas magníficas razones jurídicas que pongan en evidencia la equivocación del razonamiento que viene aplicando la respectiva Sala de Casación.

*“… la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”.*

De otro lado y como quiera que en ocasiones se pretende en los procesos ordinarios laborales que se aplique con carácter obligatorio las decisiones proferidas en la jurisdicción constitucional, en la sentencia SL13657 de 7 de octubre de 2015 radicación Nº 56.315, trayendo a colación lo dicho en la sentencia CSJ SL, 13 de mayo de 2005 radicación Nº 24310, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó:

*“En este punto es de acotar que lo considerado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot en el fallo de tutela del 10 de febrero de 1998, confirmado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 27 del mismo mes y año, no ata ni obliga a la justicia ordinaria laboral, en primer lugar por tratarse de una decisión tomada como mecanismo transitorio y en segundo término porque sólo son de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte Constitucional como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad conforme lo consagra el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, en tanto que la tutela únicamente surte efectos interpartes de acuerdo con el art. 36 del Decreto 2591 de 1991”.*

De hecho, en más reciente providencia, la SL17021 de 16 de noviembre de 2016 Radicación n.° 48671, Magistrada ponente, CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la Sala de Casación Laboral expresó sobre el tema que:

*“En las condiciones ilustradas, los fallos de la Corte Suprema de Justicia no son inconstitucionales, como lo asegura el recurrente, sino que, por el contrario, tienen un arraigado y fuerte sustento en la misma Constitución. Por ello, no hay razón suficiente para cambiar la jurisprudencia ni para en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicar un precepto que evidentemente desarrolla e interactúa con la Carta Magna. Hacerlo, sí constituiría una afrenta al orden jurídico. Por estas razones, la Corte no acogió la línea jurisprudencial vertida en las sentencias de tutela citadas por el recurrente, pues, en definitiva, existían superiores argumentos para no seguirla y continuar con el precedente propio. De otra parte, no sobra recordar que esos fallos de tutela, en los términos del numeral 2 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996 «tienen carácter obligatorio únicamente para las partes» y «su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces».”*

**2. LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**

Ha sido pacifica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en señalar que la estabilidad laboral reforzada es un derecho de carácter especial dentro de la legislación laboral, el cual se encuentra definido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que procede **exclusivamente** en los términos establecidos en esa normatividad, el cual impone la obligación de contar con autorización del Ministerio de Trabajo para despedir a un trabajador que presenta **una limitación igual o superior a la moderada**, definida ésta en el Decreto 2463 de 2001 como la pérdida de capacidad laboral que oscila entre el 15% y 25%, sin que sea posible aplicar la estabilidad laboral reforzada en aquellos trabajadores que presenten cualquier tipo de limitación, como quienes están en incapacidad temporal por afecciones de salud; situación que reiteró en la sentencia SL13657 de 7 de octubre de 2015 radicación Nº 56.315, en los siguientes términos:

*“Contrario a lo alegado por la censura en los cargos, esta Corporación, de vieja data, ha sostenido que la protección a la estabilidad laboral consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, toda vez que procede exclusivamente en los términos previstos en esta normatividad, es decir, para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada ley.”.*

**3. EL NUEVO CRITERIO DE FUERO DE SALUD PLASMADO EN LA SENTENCIA SL1360-2018 RADICACIÓN 53394.**

A más de lo contemplado en los acápites anteriores, en esta providencia de 11 de abril de 2018 la Corte explicita que no es cierto que haya que pedir autorización previa del Ministerio del Trabajo en aquellos eventos en que, estando el trabajador en estado de discapacidad, la terminación del contrato se lleve a efecto con base en una justa causa o una razón objetiva. Dice en lo pertinente la sentencia:

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

*Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”*

Esta es mi percepción del asunto.

Queda así aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Sentencia del 2 de marzo de 2018, rad. 2015-00642, M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 11-04-2018. SL1360-2018, radicado 53394. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-2)
3. indicó que la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad, constituye un derecho constitucional, que comporta la garantía de acceder a un empleo, permanecer en él y gozar de estabilidad, *“mientras no exista una causal justificativa del despido”*. [↑](#footnote-ref-3)