Radicación: 66001-31-05-003-2020-00185-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Carlos Andrés Romero

Demandado: Max Enterprise Business Solutions S.A.S.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, diez [10] de octubre de dos mil veintidós [2022].

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar de que no tuvo incidencia en la decisión final hay un concepto en la argumentación de la sentencia con el cual no estoy de acuerdo y por ello debo aclarar mi voto en ese específico aspecto.

El punto es que, con base en la sentencia SL 572 de 2021 la ponencia asume que nuevamente la Sala de Casación Laboral varía su posición respecto a considerar que la estabilidad laboral reforzada prevista en la ley 361 de 1997 no necesariamente requiere de una calificación de pérdida de la capacidad laboral de por lo menos el 15%, bastando para el efecto la determinación de “un estado de salud grave o una lesión severa que sea evidente, notoria y perceptible”, apreciación con la cual no coincido por las siguientes razones:

**CUÁL ES EL CONCEPTO ACTUAL DE DISCAPACIDAD.**

En sentencia SL 2586 de 7 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dejó entrever que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1618 de 2013, la existencia de discapacidad se debe determinar con base en la concepción que de ella trae la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, refiere la sentencia:

“Antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, frente a litigios fundamentados en hechos anteriores a su entrada en vigor, que el resguardo frente al despido discriminatorio consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba en favor de las personas en situación de discapacidad moderada, severa y profunda, en los términos y porcentajes definidos en el artículo 7.º del Decreto 2436 de 2001 (CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532, SL 25 mar. 2009, rad. 35606, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017).

En este caso, obra a folios 424 a 428, dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, decretado en el trámite de la primera instancia, con el que se acredita que Lucero Vargas Ortiz tiene una PCL del 35.10%, estructurada el 27 de octubre de 2006. Luego al 30 de agosto de 2007, fecha de terminación del contrato de trabajo, la demandante era una trabajadora con discapacidad.

Vale insistir que desde el punto de vista de lo que se entiende por discapacidad, no es dable juzgarlo a la luz de los nuevos abordajes y conceptos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Ley 1618 de 2013, porque los hechos examinados ocurrieron antes de su entrada en vigencia. De allí que para efectos de establecer si la demandante posee una discapacidad, la Corte acuda al criterio construido sobre los grados y porcentajes del artículo 7.º del Decreto 2436 de 2001.”

Se debe acotar que la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, fue aprobada por Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, de acuerdo con el artículo 45 de ese instrumento. La Ley Estatutaria 1618 de 2013, se sancionó el 27 de febrero de 2013.

Ahora bien, el artículo 1° de la última ley mencionada determina que:

“**Artículo 2°.** 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.”

Avanzando en la consolidación de esa línea jurisprudencial, el referido órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en sentencia SL3723 de 2 de septiembre de 2020, recordó que la protección dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no lo es respecto a cualquier tipo de limitación o discapacidad, sino ante aquella que se estima relevante al reducir sustancialmente las posibilidades del trabajador de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en él; razón por la que decidió aclarar que en este tipo de casos se debe usar el término **discapacidad relevante**, con el objeto de identificar a la persona cobijada legalmente por la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, el concepto genérico de “discapacidad relevante” deja un margen muy amplio de subjetividad para su aplicación, sin embargo, la Sala de Casación Laboral en sentencia   SL711-2021 radicado 64605, precisó su uso y entendimiento de la siguiente manera:

“En ese orden, 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 su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito “garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce “que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente.

Claro, los literales a y b del art. 4 de la Convención le exigen a los Estados partes, adoptar medidas legislativas tendientes a modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; igualmente, el art. 27 a efectos de promover el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de condiciones, exige que se prohíba la discriminación en la diferentes etapas –selección, contratación y empleo- y promover su continuidad; además de que puedan ejercer los derechos laborales y sindicales, pero nada de ello se contraviene, por el hecho de que se identifique en forma particular y objetiva unos rangos de protección, para hallar con certeza a personas con discapacidad, y no simplemente cualquier limitación a afectación a la salud que no pueda encajar allí.

A este punto debe adicionalmente recordarse que, aunque el Decreto 2463 de 2001, estuvo vigente hasta el año 2013, el instrumento establecido para la calificación de la discapacidad, previsto en el Decreto 917 de 1999, mantuvo su vigencia hasta la expedición del nuevo Manual de Calificación de Invalidez, expedido mediante el Decreto 1507 de 2014, el cual derogó expresamente el anterior, conforme lo previó el artículo 6 de esta última normativa reglamentaria. Así las cosas, es meridianamente claro que, a partir de dicha norma, la valoración de la discapacidad debe realizarse, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 2 del último de los citados decretos.

Además, hacia esa identificación ha ido la legislación, a partir de la integración al orden jurídico interno de la citada Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues basta con solo verificar el art. 2° del D. 1507 de 2014, la Circular 009 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, la Resolución 583 de 2018, modificada por la Resolución 246 de 2016 del Ministerio de Salud, y últimamente, la Resolución 113 de 2020, para hacerse una idea, que para verificar la discapacidad de una persona existen unas reglas y unas categorías o denominadas discapacidades avaladas por el ordenamiento jurídico: discapacidad física, discapacidad auditiva, discapacidad visual, sordoceguera, discapacidad intelectual, discapacidad psicosocial y discapacidad múltiple, con sus respectivos grados, según lo desarrollan las Resoluciones del Ministerio de Salud.

La mención de tales regulaciones, sólo para indicar que las personas con discapacidad, a partir de la renovación normativa por cuenta de los compromisos internacionales del Estado, buscan identificar con precisión alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, que es la definición concreta de la Convención y las normas que lo incorporaron al orden jurídico interno - que en realidad dificulte la prestación del servicio, es decir, una afectación relevante al estado de salud que impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, y de esa manera ser objeto de protección en el empleo.

Así las cosas, desde el punto de vista jurídico, aunque no es cierto lo que adujo la censura, sobre la omisión del Tribunal en referirse a los grados de limitación previstos en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, dado que el sentenciador sí mencionó ese aspecto al hacer alusión a la sentencia de la CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532, en la que la Sala explicó las clases de limitación que se deben acreditar en el beneficiario de la protección, acorde con dicha norma, se equivocó al indicar que esa clasificación no es impedimento para aplicar la protección a especiales situaciones de salud que no estén allí, pero que también imposibilitaban el desarrollo normal de las labores, **pues como se explicó, para la jurisprudencia de la Sala, no es cualquier clase de limitación, sino aquella que sea significativa, la cual ha sido fijada por el legislador, a partir del 15%, concebida como moderada y, por tanto, como un factor objetivo de verificación por parte del operador judicial**.”

De manera tal que, no cabe duda que lo que lo que la Corte quiso prevenir fue la subjetividad a que dan lugar los simples conceptos de “enfermedad grave” o “lesión severa”. En efecto, lo que para una persona puede resultar grave o severo, para otra puede no serlo o, al contrario, lo que para una persona es leve o intrascendente, para otra puede ser gravísimo. Y es precisamente ese elemento subjetivo y por tanto arbitrario el que quiso precaver la Corte al sostener que, en cualquier caso, se considera que la limitación laboral es relevante cuando existe una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%.

En este sentido queda aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado