



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoria Sala de Casación Laboral

RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN LABORAL

M. PONENTE	: MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO
NÚMERO DE PROCESO	: 92829
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SL1259-2023
CLASE DE ACTUACIÓN	: RECURSO DE CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 10/05/2023
FUENTE FORMAL	: Ley 361 de 1997 art. 26 / Decreto 2351 de 1965 art. 7 lit. a núm. 14 / •Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) art. 1 / Decreto 2463 de 2001 art. 7 / Ley 1346 de 2009 / Ley Estatutaria 1618 de 2013 / Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social art. 51 y 54 / Ley 1996 de 2019 art. 57

ASUNTO:

El actor solicitó que se declarara que estuvo vinculado con la sociedad demandada mediante un contrato de trabajo, entre el 2 de mayo de 2013 y el 5 de septiembre de 2014, momento en el que fue desvinculado de la empresa pese a que se encontraba en incapacitado y gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Además, solicitó que se declarara que la «*bonificación de asistencia*» y los auxilios convencionales pagados por la demandada tenían carácter salarial, así como que el «*incentivo adicional convención colectiva*» correspondían a la remuneración por horas extras, rubros que habían sido excluidos como factor para la liquidación de varios beneficios. Por lo tanto que se condenara a la demandada a reliquidar sus salarios, primas, cesantías e intereses sobre las mismas, aportes a la Seguridad Social y vacaciones disfrutadas y compensadas; también, que se declarara que la Refinería de Cartagena era solidariamente responsable del pago de todas sus acreencias.

PROBLEMA JURÍDICO I:

Determinar si incurrió en algún error de naturaleza fáctica o jurídica al

revocar la decisión de primer grado, que había declarado el carácter salarial de la «bonificación de asistencia» y había dispuesto la consecuente reliquidación de prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO II:

Determinar si el Tribunal incurrió en algún error de tipo fáctico o jurídico, al concluir que el demandante no estaba amparado por el derecho a la estabilidad laboral reforzada que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

TEMA: CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

- En los casos de personas en situación de discapacidad se conserva la facultad del empleador 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, dicho trámite administrativo se requiere cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no sea posible implementar ajustes por ser desproporcionados o irrazonables

Tesis:

«[...] 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».

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » EFECTOS - Si la decisión de terminación del vínculo laboral del trabajador que se encuentre en situación de discapacidad no se funda en una causa objetiva, 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

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » PROCEDENCIA - La protección de la estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos: i) Existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo; ii) 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; y iii) Conocimiento de los anteriores elementos por parte del empleador al momento del despido

Tesis:

«2. 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 contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad”.

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

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

[...]

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 estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”;

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.

[...]

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales».

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » PROCEDENCIA - La determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no depende de un factor numérico, pues verlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones -el baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales-

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD - Concepto de barreras según el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD - Clases de barreras, según el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD - El empleador debe realizar los ajustes imprescindibles y razonables para que las personas en situación de discapacidad puedan eliminar o mitigar las barreras que impidan el ejercicio de sus derechos y la plena participación en el trabajo -la razonabilidad de los ajustes se determina por criterios objetivos y por no ser una carga desproporcionada o indebida para el empleador; en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador-

Tesis:

«[...] 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».

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » PROCEDENCIA » ANÁLISIS DE PRUEBAS - Ausencia de error de hecho del ad quem al considerar que el demandante no estuviera en condiciones de discapacidad para el momento del despido, pues si bien, acreditó que tenía una deficiencia física, producto de un diagnóstico de lumbago, que podía extenderse cierto tiempo, no acreditó que dicha dolencia se prolongara más allá de sus incapacidades; además, el empleador desconocía el estado de salud del actor para el momento en el que se resolvió la no prórroga del contrato de trabajo, y por ello, no estaba de por medio algún acto de discriminación que tuviera que cuestionarse y castigarse, en beneficio de la estabilidad del actor

Tesis:

«3. Caso concreto.

Las anteriores reglas jurídicas, que constituyen la posición actual de la Corte, permiten ver claramente que el Tribunal no incurrió en algún error de tipo jurídico, pues el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ampara a las personas con discapacidad, entendido este concepto según los lineamientos

trazados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 1346 de 2009, y en la Ley 1618 de 2013.

Como ya se dijo, y como bien lo resaltó el Tribunal, de esta condición se excluyen las dolencias o padecimientos temporales, de manera que no es aceptable para la Sala el argumento de la censura en virtud del cual la protección alcanza a todos los trabajadores con cualquier estado de debilidad manifiesta o con cualquier enfermedad, que, entre otras cosas, se corresponde con una contingencia inherente o posible para todo ser humano y no para un grupo especial de trabajadores que merezca una especial tutela a la estabilidad.

Ahora bien, en perspectiva de los planteamientos del cuarto cargo y de la definición de la situación concreta, es preciso recordar que el ad quem coligió que al trabajador le había sido diagnosticado un lumbago no especificado; que, pese a ello, no había prueba de que “[...] la patología constituye un verdadero obstáculo en la prestación de los servicios [...]”; que el empleador no conocía la condición médica del actor para el momento en el que resolvió no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo; y que debía descartarse el hecho de que la terminación del vínculo hubiera estado revestida de tintes discriminatorios.

Por su parte, al revisar las pruebas calificadas que denuncia como indebidamente valoradas la censura, la Corte encuentra que de los documentos obrantes a folios 43 a 58 se puede extraer exactamente la misma información de que dio cuenta el Tribunal. Esto es, que el trabajador acudió a consulta médica por un dolor en la región lumbar, en fechas 15 de julio, 18 de julio, 29 de julio y 3 y 15 de septiembre, y que allí le fue diagnosticado un lumbago no especificado, sin lesiones y con recomendaciones de higiene postural, no levantar objetos pesados y no realizar actividad física. Asimismo, se puede evidenciar que le dieron incapacidades en tres ocasiones, por 3 días, 2 días y 2 días.

Tras lo anterior, para la Sala no estaba probado que el demandante estuviera en condiciones de discapacidad para el momento del despido, con todas las condiciones y subreglas anteriormente desarrolladas, pues si bien acreditó que tenía una deficiencia física, producto de un diagnóstico de lumbago, que podía extenderse cierto tiempo, no acreditó que dicha dolencia se prolongara más allá de sus incapacidades, que tuviera una duración significativa o que no existiera una perspectiva clara de recuperación en el corto plazo.

Tampoco demostró, siquiera de manera somera, que su alteración de salud le representara limitaciones en su entorno laboral y que le impidieran su

participación plena y efectiva, en igualdad de condiciones que la de los demás trabajadores.

Nótese, al respecto, que en el expediente no existen suficientes elementos de juicio para caracterizar el cargo desempeñado por el actor; sus funciones rutinarias; los requerimientos y exigencias físicas, en relación con su afectación lumbar; y, en términos generales, el entorno laboral en el que se desenvolvía. Lo anterior impide a la Corte visualizar barreras actitudinales o físicas que hubieran permitido identificar la situación de discapacidad, luego del relacionamiento o interacción entre su condición de salud y el contexto concreto.

A lo largo del proceso la parte demandante se limitó a demostrar la existencia de unas incapacidades laborales transitorias, otorgadas en momentos posteriores al aviso de terminación del vínculo, que, como ya se dijo, no bastan para demostrar la condición de discapacidad.

Por otra parte, a folio 263 obra un documento dirigido al actor, de fecha 7 de mayo de 2014, en el que se le avisa que su contrato de trabajo a término fijo no será prorrogado y, por lo tanto, finalizará el 5 de septiembre de 2014, con firma del trabajador, en señal de recibo y aceptación. Esta misma información es ratificada en el documento de folio 32, en la que se constata la terminación del vínculo, “por ajustes administrativos y de organización”.

De allí que también le hubiera asistido toda la razón al Tribunal al advertir que el actor acudió a consultas médicas desde el 15 de julio de 2014, cuando ya la terminación de su vínculo le había sido avisada más de dos meses antes, el 7 de mayo de 2014, de manera que era plenamente posible suponer que la dolencia médica del trabajador no había sido la razón de la terminación del vínculo laboral y, por ello mismo, no era posible advertir el ánimo discriminatorio del empleador.

Tampoco advierte la Corte alguna otra prueba que permita determinar que el empleador conocía plenamente el estado de salud del trabajador, con todas sus implicaciones, y que, por lo mismo, hubiera estado en la obligación de realizar algún ajuste razonable, adaptar el puesto de trabajo o adoptar algún otro remedio para lograr la permanencia del trabajador, antes de decidir no prorrogarlo.

No existe constancia, en ese sentido, de algún reporte de accidente de trabajo, de que se hubiera activado algún medio de prevención o tratamiento de riesgos laborales, a través de la respectiva ARL, o que se hubieran trasladado al empleador diagnósticos con recomendaciones de reubicación o de cambios en el puesto de trabajo, que permitieran determinar no solo la

discapacidad, sino la necesidad de hacer ajustes razonables y la posible discriminación en el momento de la desvinculación.

Es decir que, para la Sala, el Tribunal no incurrió en algún error de hecho en el examen de las pruebas calificadas que se denuncian, pues en el curso del proceso no fue demostrado el hecho de que el actor estuviera en condiciones de discapacidad para el momento del despido, con la dimensión y alcance de tal concepto a la luz de los lineamientos trazados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 1346 de 2009, y la Ley 1618 de 2013.

Los mismos elementos de juicio permitían suponer que el empleador en realidad desconocía el estado de salud del actor para el momento en el que se resolvió la no prórroga del contrato de trabajo, y que, por ello, no estaba de por medio algún acto de discriminación que tuviera que cuestionarse y castigarse, en beneficio de la estabilidad del actor.

Resta decir que si, en gracia de discusión y pese a su naturaleza, la Corte analizara el dictamen de pérdida de la capacidad laboral de folios 493 a 493 (PDF n.º 2), tampoco encontraría probado algún error de hecho, pues a pesar de que al actor le fue dictaminada una pérdida de la capacidad laboral del 11.10%, no podía determinarse que el empleador conociera esta condición y que fuera en función de la misma que se hubiera operado la terminación del vínculo, de manera discriminatoria, pues la fecha de estructuración fue el 15 de septiembre de 2014, cuando el contrato de trabajo ya había finalizado.

Por todo lo anterior, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos y fácticos denunciados por la censura».

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD - 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 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013 prevén 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

Tesis:

«[...] 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».

PROCEDIMIENTO LABORAL » PRUEBAS » PRUEBA DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD - Para acreditar la discapacidad no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para así asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella

Tesis:

«[...] 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.

[...]

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».

PROCEDIMIENTO LABORAL » PRUEBAS » PRUEBAS DE OFICIO - El juez en atención al principio de la necesidad de la prueba puede ordenar de oficio la práctica de los medios de convicción que estime pertinentes para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y la implementación de los ajustes razonables -búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal-

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE

DISCAPACIDAD » NORMAS APLICABLES - La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 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 -parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la CN, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas-

Tesis:

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

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

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

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

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

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

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL711-2021 y CSJ SL572-2021 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

[...]

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».

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD - Concepto de discapacidad según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 -es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo o mediano plazo y, las barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado-

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » NORMAS APLICABLES - La Ley 1618 de 2013 y el inciso 2 del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 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, de mediano o largo plazo, al interactuar con el entorno laboral, vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás

Tesis:

«[...] según el inciso 2. ° del artículo 1. ° 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 (sic) de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año».

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » PROCEDENCIA - La identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7 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, -10 de junio de 2011- para deficiencias de largo plazo, y el -27 de febrero de 2013-, para aquellas de mediano y largo plazo respecto a la ley estatutaria 1618 de ese año

CONTRATO DE TRABAJO » TERMINACIÓN DEL CONTRATO » ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD » PROCEDENCIA - Concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada -reseña jurisprudencial-

Tesis:

«1. 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».

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » SALARIOS » CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER SALARIAL DE UN PAGO - Todo pago que reciba el trabajador como contraprestación por sus servicios, sin importar el nombre dado por el empleador, constituye salario, salvo que corresponda a pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador

Tesis:

«[...] lo primero que debe advertir la Corte es que, al analizar detenidamente los componentes argumentativos de la decisión de Segunda Instancia, es posible evidenciar enseguida que gran parte de los esfuerzos discursivos de la censura carecen de efecto práctico, pues el Tribunal nunca desconoció que la denominada “bonificación de asistencia” tuviera carácter salarial y, contrario a ello, coligió expresamente que era un pago con esa naturaleza, luego de resaltar que era retributivo del servicio, por requerir el despliegue

de la fuerza del trabajador, así como que era cancelado de manera habitual, mes a mes.

Es decir, si la Sala examinara las pruebas cuyo examen exige la censura en el primer cargo, tales como el contrato de trabajo, en su cláusula cuarta; la liquidación del contrato de trabajo; la contestación de la demanda; y los certificados de aportes al Sistema de Seguridad Social, encontraría acreditados los mismos supuestos fácticos que tuvo en cuenta el Tribunal y que curiosamente reivindica la censura, esto es, que las partes habían pactado el pago de una bonificación mensual, determinada por factores como el rendimiento y la asistencia del trabajador, y que, dado que retribuía el servicio y era de carácter periódico, debía reputarse como parte del salario.

Así las cosas, hasta este punto, no existe alguna disparidad fáctica entre las conclusiones del Juez de segundo grado y las premisas que defiende la censura, que pudiera ser sujeto de decisión por esta Corporación.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, lo que entendió el ad quem fue que, a pesar de la naturaleza salarial de la bonificación, las partes bien podían establecer que no fuera tenida en cuenta para liquidar ciertas acreencias laborales, como el trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo y las vacaciones, pues esa era una de las intelecciones válidas del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tal ejercicio hermenéutico fue el que condujo al Tribunal a concluir que la bonificación de asistencia sí tenía connotación salarial, pero podía dejar de ser tenida en cuenta para liquidar otras acreencias laborales menores, como el trabajo suplementario y las vacaciones, por así haberlo establecido las partes, a partir de un pacto plenamente válido, según los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para la Corte tal intelección resulta equivocada, como lo denuncia la censura en el segundo cargo y como pasa a verse.

En efecto, a partir de la interpretación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo esta Corporación ha confeccionado una serie de reglas, condensadas en la sentencia CSJ SL5146-2020, de la siguiente manera:

"1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto.

[...]

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario “las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador”, así como “lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones”. Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

(...) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, “tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no

es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899-2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de “desalarización” solo pueden recaer sobre “aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario”, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. [...]

6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018)".

Al respecto también pueden verse las sentencias CSJ SL4866-2020, CSJ SL4342-2020, CSJ SL692-2021 y CSJ SL3574-2022, entre muchas otras.

Ahora bien, pese a que el Tribunal en sus reflexiones partió esencialmente de las mismas reglas, al final concluyó que el pacto previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo les permitía a las partes excluir de la base para la liquidación de ciertos pagos una determinada acreencia, sin que con ello se desconociera su naturaleza salarial.

En otros términos, para el ad quem una cosa era el salario, con todas sus dimensiones, y otra diferente los factores salariales. Y tal distinción le permitió sostener que un determinado elemento, siendo salario, podía no obstante dejar de tener la connotación de factor salarial, en virtud de un pacto confeccionado por las partes, en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dicha intelección es errónea, como ya se anotó, y desconoce el espíritu de las reglas encaminadas a clarificar el propósito de los pactos de exclusión salarial y evitar que en ejercicio de los mismos se desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

En efecto, en la citada sentencia CSJ SL5146-2020 se concluyó al respecto que:

"[...] las consideraciones jurídicas del Tribunal no fueron claras, pues, a la vez que determinó que las sumas que retribuyen directamente el servicio del trabajador constituyen salario y no dejan de serlo por el acuerdo individual o colectivo de las partes, estimó que, al tenor de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, las 'sumas habituales y que retribuyen directamente la prestación del servicio se pueden excluir de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, es decir que, a pesar de ser salario dichas sumas, estas pueden no constituir factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales'.

Lo anterior es un evidente error jurídico derivado de la interpretación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, como se explicó, los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio constituyen salario y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, además de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. (Se destaca en esta oportunidad)".

Es decir que, en el entendimiento que le ha dado la Sala a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo no cabe la diferenciación que elaboró el Juez de segundo grado, ni es posible justificar que, a través de un acuerdo entre las partes, se determine un salario apenas formal y nominalmente, pero se le niegue esa condición de manera real y material, al impedir que sirva de base o parámetro para la liquidación de las demás acreencias laborales que tienen como referente ese concepto.

En tal sentido, si una determinada suma es salario, lo debe ser para todos sus efectos y no es posible que, como lo ha dicho la Corte, sea y no sea al mismo tiempo».

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » SALARIOS » CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER SALARIAL DE UN PAGO - Los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio constituyen salario y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes

PROCEDIMIENTO LABORAL » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA » APLICACIÓN - El empleador tiene la carga de probar que la destinación del pago realizado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y por tanto carácter no remunerativo

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » SALARIOS » SALARIO BÁSICO U ORDINARIO - Diferencia entre el salario ordinario o básico, que se identifica con la retribución ordinaria, directa y habitual, y el salario expresado en su connotación natural, que comprende, todos los factores y elementos que contempla el artículo 127 del CST

Tesis:

«[...] la Sala entiende que técnicamente sí existe una diferencia entre el salario ordinario o básico, que se identifica con la retribución ordinaria, directa y habitual, y el salario expresado en su connotación natural, que comprende, este último, todos los factores y elementos que contempla el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Igualmente, también es verdad que cuando las partes crean algún beneficio extralegal tienen la potestad de determinar su estructura, causación, periodo y forma de pago, dentro de lo cual pueden determinar que se liquide con el salario ordinario y no con el salario global o promedio, pues con ello no se desconoce algún derecho mínimo e irrenunciable del trabajador.

Sin embargo, para la Corte no es posible que, en ejercicio de esta diferenciación conceptual, y teniendo como fundamento la interpretación del Tribunal, las partes disgreguen la remuneración ordinaria del trabajador, de manera artificial, para que el salario básico termine disminuido y que, tras ello, algunas acreencias legales mínimas, que deben servirse de ese referente terminen también menguadas, en perjuicio de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Es decir, los pactos de exclusión salarial no pueden instrumentalizarse para desagregar el salario básico y, por esa vía, reducirlo, eliminando de esa condición ciertos pagos que, por su naturaleza la tienen.

Para la Corte, en últimas, esto fue lo que ocurrió en este caso, pues en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, que la censura denuncia como indebidamente valorada en el primer cargo, las partes pactaron la bonificación de asistencia de una forma tal que representaba en realidad una forma de salario variable, pero regular, y que, por ello, debía formar parte del salario ordinario y del salario completo, con todas sus connotaciones y efectos en la liquidación de las demás acreencias.

En efecto, la mencionada cláusula cuarta establece en lo pertinente:

"4. REMUNERACIÓN

El empleado tendrá como remuneración una asignación fija o salario básico en la cuantía señalada en la sección B) en pesos colombianos y pagaderos por periodos mensuales vencidos. Dentro de este sueldo mensual se entiende incluido el valor de la remuneración por los días de descanso obligatorio por el correspondiente mes de servicios.

Si y solo si cumple con los términos y requisitos para acceder a ella, el Empleador tendrá derecho a una bonificación mensual cuya causación estará determinada por los siguientes indicadores: (i) el aporte del Empleado

en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y (ii) el desempeño del Empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de Higiene, Salud y Medio Ambiente (HSE).
[...]

Esta bonificación, de llegar a causarse, será calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, y no hace parte de la remuneración ordinaria. En consecuencia, esta bonificación no integrará la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo; mientras que será tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales - cesantías, intereses y primas de servicios - aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero. (Destaca la Sala)".

La anterior estructura, sumada al pago regular de la acreencia, permitían advertir, como ya se dijo, que la bonificación era una parte esencial de la remuneración ordinaria, como lo reclama la censura, en la medida en que se pagaba mes a mes y dependía fundamentalmente de la prestación del servicio. Y, con todo y que el monto podía ser variable, por el cumplimiento de ciertas obligaciones del trabajador, lo cierto es que no dejaba por ello de tener ese componente salarial que define el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es decir que, para la Sala, incluso teniendo en mente esa diferenciación conceptual entre salario ordinario y salario global, las partes no podían restarle la naturaleza de salario ordinario a algo que por esencia lo era.

Permitir lo contrario, sin duda, justificaría el recurso a maniobras a partir de las cuales se podría desagregar el salario ordinario, en perjuicio de los derechos mínimos e irrenunciable del trabajador, como la remuneración completa del trabajo suplementario y de su tiempo de descanso durante las vacaciones, que tienen legalmente definido un tiempo y forma de determinación de la remuneración.

En este punto, el Tribunal erró de manera evidente al concebir que el pacto de las partes no desconocía derechos mínimos del trabajador, como lo reclama la censura, pues, se repite, esa cláusula impactaba el pago completo de los recargos por trabajo suplementario y de la retribución durante las vacaciones disfrutadas, establecidos legalmente.

También erró dicha corporación al categorizar las acreencias laborales y definir que la retribución de las vacaciones y el trabajo suplementario era un asunto menor, pues la forma de cálculo y pago de dichos beneficios es

un tema establecido legalmente, como derecho mínimo, que no puede distorsionarse por vía del acuerdo de las partes y que se erige como regla de orden público imperativo, de igual jerarquía a las demás retribuciones laborales.

En virtud de lo anterior, los cargos son fundados y dan lugar a la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto revocó la decisión del juzgador de primer grado de considerar la bonificación de asistencia como salario y disponer, como consecuencia, el pago de diferencias salariales y diferencias prestacionales.

No resulta procedente realizar algún pronunciamiento en casación en torno a la eventual mala fe de la sociedad demandada, que menciona la censura en el segundo cargo, pues ese punto solo es posible abordarlo en instancia».

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » SALARIOS » CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER SALARIAL DE UN PAGO - Los pactos de exclusión salarial no pueden instrumentalizarse para desagregar el salario básico y, por esa vía, reducirlo, eliminando de esa condición ciertos pagos que, por su naturaleza la tienen

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » SALARIOS » FACTORES SALARIALES » ANÁLISIS DE PRUEBAS - Error de hecho del ad quem al estimar que la bonificación de asistencia sí tenía connotación salarial, pero podía dejar de ser tenida en cuenta para liquidar otras acreencias laborales menores, como el trabajo suplementario y las vacaciones, por acuerdo establecido entre las partes, a partir de un pacto plenamente válido, sin percatarse, que se desconocía derechos mínimos del trabajador, pues, esa cláusula impactaba el pago completo de los recargos por trabajo suplementario y de la retribución durante las vacaciones disfrutadas

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » SALARIOS » PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIO » ANÁLISIS DE PRUEBAS - Se encuentra acreditado que la bonificación de asistencia sí tiene connotación salarial, y debe ser tenida en cuenta para liquidar los recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo

Tesis:

«XII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, en correspondencia con lo resuelto frente a los cargos primero y segundo, y para responder al recurso de apelación de la demandada, bastan las consideraciones expuestas en sede de casación en

torno a la naturaleza esencialmente salarial de la bonificación de asistencia y, como lo determinó el juzgador de primer grado, la ineficacia del pacto entre las partes tendiente a restarle ese carácter específicamente para la liquidación de los recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo.

No hay violación alguna del principio de congruencia, como lo reclama la apelante, pues en la demanda la parte actora reclamó el reconocimiento de la naturaleza salarial de la bonificación de asistencia, con todas sus consecuencias, y ese fue precisamente el objeto del litigio fijado en las respectivas audiencias y al que se refirió el juzgador de primer grado.

Como no existe apelación en torno a la específica forma de la liquidación de las diferencias y montos deducidos por el juzgador de primer grado, la Sala no realizará pronunciamiento al respecto y se dispondrá la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

En lo que tiene que ver con la indemnización por mora, que reclama la parte demandante en su recurso de apelación, para la Corte la sociedad demandada tuvo razones atendibles y ceñidas a la buena fe para dejar de pagar las diferencias que encontró acreditadas el juzgador de primer grado.

En efecto, a pesar de que esta Sala de la Corte ha negado la buena fe de empresas que acuden a los pactos previstos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo con el ánimo de desdibujar el carácter salarial de pagos que por esencia lo tienen, en este caso no se advierte un ánimo defraudatorio de la demandada, sino tan solo el seguimiento de una política salarial que tenía como base algunos parámetros definidos por la Refinería de Cartagena S. A., y que la Sala encontró errónea, de cara a las reglas trazadas en la jurisprudencia frente al alcance de los componentes del salario.

Nótese que la intención no fue ocultar o negar de manera rotunda y total el carácter salarial de la bonificación de asistencia, sino solo de manera parcial y en torno a unas precisas acreencias laborales, que para la Sala provino de una confusión conceptual que, en todo caso, no entraña mala fe ni, se repite, algún ánimo defraudatorio.

Así, las cosas, también se confirmará la decisión apelada en este punto».

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES » INDEMNIZACIONES » INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES » PROCEDENCIA » ANÁLISIS DE PRUEBAS
- Se encuentra acreditado la improcedencia a la sanción moratoria debido a que, la sociedad demandada tuvo razones atendibles y ceñidas a la buena fe

para dejar de pagar las diferencias salariales, pues su intención no fue ocultar o negar de manera rotunda y total el carácter salarial de la bonificación de asistencia, sino solo de manera parcial y en torno a unas precisas acreencias laborales

PROCEDIMIENTO LABORAL » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE CONGRUENCIA » ANÁLISIS DE PRUEBAS - El principio de congruencia no se afecta pues en la demanda la parte actora reclamó el reconocimiento de la naturaleza salarial de la bonificación de asistencia, con todas sus consecuencias, y ese fue precisamente el objeto del litigio fijado en las respectivas audiencias y al que se refirió el juzgador de primer grado

RECURSO DE CASACIÓN » SENTENCIA DE INSTANCIA - La Corte en sede de instancia no puede pronunciarse sobre temas que no fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación

RECURSO DE CASACIÓN » REQUISITOS DE LA DEMANDA » ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN - Interpretación del querer del recurrente en el recurso de casación -flexibilización-

Tesis:

«Pese a que los cargos incurren en varias imprecisiones de tipo técnico, como denunciar una interpretación errónea por vía indirecta, para la Corte es posible extraer los alcances y propósitos que se plantean».

NOTA DE RELATORÍA: Esta Sentencia es relevante en la interpretación y aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función unificadora de la jurisprudencia, reexamina la teoría que hasta ahora sostuvo, para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el citado artículo 26, según la cual, no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades, sino que debía acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, es decir, que implique una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15 % en los términos del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001; para en cambio, ajustarse a un evolucionado y nuevo concepto de discapacidad más acorde con las realidades sociales y desde un enfoque de los derechos humanos, atendiendo así la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006, aprobado por Colombia a través de la Ley 1346 de 2009, que entró en vigencia el 10 de junio de 2011, como su implementación mediante la Ley Estatutaria 1618 de 2013.

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:

ACLARACIÓN DE VOTO: FERNANDO CASTILLO CADENA
ACLARACIÓN DE VOTO: IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ