



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL1181-2023

Radicación n.º 80829

Acta 16

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

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **FERNANDO DUQUE SANTA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 2 de marzo de 2018, en el proceso que él instauró contra **BUSSCAR DE COLOMBIA S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

Fernando Duque Santa llamó a juicio a la empresa Busscar de Colombia S.A.S. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a partir del 1 de octubre de 2004. Se declare la invalidez de la justa causa invocada por la empresa para terminar la relación, porque la causal se originó y fue conocida por la empleadora con más de tres años de anterioridad a la fecha en que fue invocada para

tramitar el permiso ante el inspector de trabajo, por tanto, la causal carecía de inmediatez y causalidad.

Igualmente, el actor solicitó se declare ineficaz el permiso concedido a la pasiva por el inspector de trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, por haberse obtenido con violación al debido proceso y porque se basó en una justa causa que carecía de validez conforme a lo anotado anteriormente.

Consecuencialmente, solicitó el reintegro al cargo que ocupaba, o a uno de igual o mejor salario; el pago de los salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social, por el tiempo que duró la terminación del contrato; junto con la indemnización de los 180 días prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997. Por otra parte, solicitó la indemnización plena de perjuicios por culpa del empleador en el accidente de trabajo que sufrió.

En lo que interesa al recurso extraordinario, las peticiones fueron sustentadas en que comenzó a laborar para la pasiva desde el 1 de octubre de 2004. Desde el 1 de enero de 2012, le fue reconocida la pensión de vejez por cuenta de Colpensiones, fue incluido en nómina y comenzó a recibir la pensión. A pesar de lo anterior, la empresa decidió continuar indefinidamente la ejecución del contrato de trabajo, cuando, para esa fecha, ya el reconocimiento de la pensión constituía justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

Posteriormente, el 4 de enero de 2013, en ejecución de sus labores, el actor sufrió un accidente de trabajo, cuando se cayó al piso por tropezar con un riel que sobresalía del suelo. El accidente de trabajo le produjo una luxación en el hombro, con el síndrome de abducción dolorosa y síndrome del manguito rotatorio. Desde entonces, ha estado en incapacidad y en continuo tratamiento médico. Por las afecciones de salud mencionadas, el accionante sufre depresión recurrente y se encuentra en tratamiento para ello.

Conforme a lo anterior, el actor alegó que es una persona en *estado de debilidad manifiesta* y, por tanto, beneficiaria de la protección constitucional y legal de estabilidad laboral reforzada contenida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

También alegó que, desde la ocurrencia del accidente, no ha recibido de la empresa ningún tipo de asistencia social y psicológica que le permitiera llevar su situación en forma digna y sobreponerse a su estado de salud para un regreso laboral normal.

Igualmente, afirmó que, desde mediados de 2014, la empresa estuvo empeñada en terminarle el contrato de trabajo, y, como se negó a renunciar, el empleador solicitó al Ministerio de Trabajo permiso para terminar el contrato de trabajo con fundamento en la justa causa del reconocimiento de la pensión de vejez, pero la verdadera razón del despido fue su estado de salud.

Relató que el Ministerio de Trabajo inicialmente negó el permiso al empleador, mediante la R. 00054 de 16 de febrero de 2015, pero, mediante la R. 00116 de 19 de marzo de 2015, lo autorizó y no concedió el término para que él pudiese agotar los recursos de ley. De manera abrupta, el 14 de abril de 2015, recibió la comunicación de parte del inspector de trabajo, donde se le dijo que el trámite sería archivado y que no era susceptible de recurso alguno.

Frente a lo anterior, manifestó que intentó por vía de tutela que le fuera otorgada la posibilidad de interponer los recursos de ley contra el permiso para despedir, pero le fue negada tal protección. Por otro lado, la empresa le dio por terminado el contrato de trabajo mediante la comunicación de 17 de abril de 2015, con terminación efectiva desde el 3 de mayo siguiente, fs. 4 al 25.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aclaró que el accionante laboró para ella desde octubre de 2004; informó que, estando vigente el contrato de trabajo del demandante, le fue reconocida la pensión de vejez, lo cual, de conformidad con el art. 64 del CST, literal a) nl. 14 del CST, es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, causal que se puede alegar en cualquier tiempo sin que opere el fenómeno de la prescripción. Aceptó el accidente de trabajo sufrido por el actor, por el que, según su decir, el trabajador recibió toda la atención de la ARL, además de que ha padecido de otras enfermedades de origen común, las cuales fueron atendidas por la EPS a la que se encontraba

afiliado. Refirió que, pese a que no era necesario, solicitó el permiso para despedir y lo obtuvo del Ministerio de Trabajo.

Por todo lo antes expuesto, la enjuiciada alegó que no eran procedentes las pretensiones y propuso las excepciones de cobro de lo no debido, culpa exclusiva de la víctima, mala fe del demandante, buena fe y prescripción (fs. 201 al 213).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 20 de abril de 2017, declaró que la terminación del contrato de trabajo obedeció al estado de salud del demandante. Consecuencialmente, condenó al reintegro del actor en los términos del art. 26 de la Ley 361 de 1997, a partir del 5 de mayo de 2015, sin solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando o uno similar que pueda desarrollar de acuerdo con sus condiciones físicas, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones causados a la fecha en que se produzca el reintegro (fls. 446 al 448). Por otro lado, negó la indemnización plena de perjuicios, por no encontrar probada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo. Ambas partes presentaron recurso de apelación.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Decisión n. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante fallo de 2 de marzo de

2018, le dio la razón a la parte demandada y revocó la decisión de primera instancia, para, en su lugar, absolver a la pasiva de todas las pretensiones incoadas en su contra, f. 18. Por otra parte, el recurso de la parte actora con el que persiguió la condena por la indemnización plena de perjuicios no prosperó.

En lo que interesa estrictamente al recurso de casación, se tiene que el juez de la alzada, al resolver la apelación de la demandada, se pronunció sobre tres temas: 1) el reconocimiento de la pensión como justa causa de despido y su oportunidad para invocarla; 2) *«la estabilidad laboral reforzada a trabajadores en situación de debilidad manifiesta por perturbación a la salud»* y 3) la terminación del contrato de trabajo de personas en *estado de incapacidad* con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez.

1. Sobre el primer tema, el juez colegiado hizo referencia al párrafo 3 del art. 9 de la Ley 797 de 2003 que prevé el reconocimiento de la pensión como justa causa de terminación del contrato de trabajo o la relación laboral, tanto en el sector privado como en el sector público. De esta causal, resaltó que es una potestad del empleador y este la puede invocar en cualquier tiempo, pues así lo extrajo del contenido mismo del precepto legal en el que legislador acudió al verbo *podrá*, lo que, para el juzgador, denota que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entra en la facultad discrecional e inextinguible del empleador.

Para apoyar su postura, el Tribunal citó la sentencia CSJ SL de 18 de mayo de 1993, no. 5683, referente a la justa causa de despido previsto en el numeral 14 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, parte a) de los arts. 62 y 63 del CST, consistente en el reconocimiento de la pensión de jubilación. Relató que la Corte indicó en esa sentencia que el transcurso del tiempo no extingue el derecho del empleador para despedir, lo cual estimó explicable, puesto que, como el reconocimiento de la pensión es de carácter vitalicio, la causal sigue existiendo sin perder actualidad.

De la misma sentencia no. 5683 precitada, el colegiado tomó la consideración de la Corte en cuanto a que, si por voluntad del empleador se produce la desvinculación del asalariado algún tiempo después de habersele reconocido la pensión, no puede decirse que se le vulnera algún derecho al trabajador, pues, por el contrario, se le preservó la estabilidad en el empleo y, además, si la empresa le permitió la continuidad del contrato de trabajo durante varios años con posterioridad a la configuración de la justa causa de despido, ello redundó en beneficio del trabajador, ya que le permitió seguir devengando su salario de forma normal, así como las prestaciones sociales a que tenía derecho, pese a no estar legalmente obligado a ello.

Por otro lado, el juez de la alzada mencionó la sentencia CC C-1037-2003, la cual analizó la inconstitucionalidad del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 del 2003. Extrajo que la Corte Constitucional concluyó, entre otras cosas, que la regulación prevista en esa norma era una expresión de la

libertad de configuración legislativa que tiene el Congreso de la República; e igualmente que es objetivo y razonable que se prevea la terminación de la vinculación laboral del trabajador particular o de un servidor público que cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión, primero, porque el trabajador no quedará desamparado, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión; y segundo, porque crea la opción de un relevo en el trabajo que requieren todos los ciudadanos. Por último, el sentenciador de segundo grado anotó que la exequibilidad fue condicionada a que el retiro solo podrá hacerse efectivo cuando se le garantice al trabajador el pago de su mesada pensional con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

2. Sobre el segundo tema que denominó «*estabilidad laboral reforzada a trabajadores en situación de debilidad manifiesta por perturbación a la salud*» para referirse a la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el sentenciador realizó varias consideraciones.

Comenzó por señalar que este precepto establece la prohibición de considerar la «*limitación o discapacidad*» de una persona para efectos de prohibir su despido o para dar por terminado su contrato de trabajo, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, dando lugar a la posibilidad de reclamar una indemnización, cuando ese despido o la terminación del contrato de trabajo se produzca sin reunir el mencionado requisito de la autorización.

Agregó que, en virtud de ese mismo artículo, existe una presunción a favor del trabajador en «*estado de debilidad manifiesta*» que supone que el despido se efectúa por causa de su limitación física y que obliga al empleador a desvirtuarla frente al Ministerio de Trabajo.

También sostuvo que, en múltiples pronunciamientos de esa sala de decisión, se ha señalado que dicho precepto debe entenderse como una acción afirmativa del Estado a favor de las personas con discapacidad o con «*limitación*» de su capacidad física, definitiva o transitoria, a través de la cual se garantiza un orden social justo de esa parte de la población, y que es una prerrogativa que permite materializar sus derechos de manera más eficiente y compatible con su dificultad.

Mencionó que, mediante el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, el Gobierno nacional quiso introducir una especie de nota aclaratoria al precitado art. 26, en el sentido de que no se requería de autorización por parte del Ministerio de Trabajo cuando el trabajador con discapacidad incurre en alguna de las causales establecidas en la ley como justa causa para dar por terminado el contrato. Sin embargo, recordó, esta modificación fue declarada inexecutable mediante la sentencia CC C- 744- 2012, donde se explicó que corresponde al Congreso y no al Presidente de la República el adoptar esa determinación.

Luego, sobre la exigencia o no de la venia de la autoridad respectiva para que se pueda despedir o terminar

el contrato de una persona con discapacidad, cuando se discute la concurrencia de una justa causa, el sentenciador anotó que, a pesar de haberse declarado inexecutable el enunciado normativo antes mencionado, el permiso no era necesario, pues la consecuencia de la presunción de la que se habló algunas líneas atrás se trataba de un aspecto eminentemente probatorio y esa presunción, como cualquier otra, es susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Tras lo anterior, el juez de la alzada concluyó que la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad constituye un derecho constitucional que comporta la garantía de acceder a un empleo, a permanecer en él y gozar de estabilidad, mientras no exista una causa justificativa del despido.

3. En cuanto al tercer tema sobre la terminación del contrato de trabajo de personas en estado de incapacidad con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez, el juzgador estimó que debía analizar el caso concreto del accionante.

Así, determinó que el actor siguió vinculado después del reconocimiento de la pensión y que sufrió un accidente de trabajo un año después, a partir del cual no pudo reintegrarse a sus labores y por el cual su capacidad laboral se vio disminuida en un 20.02%, según el dictamen de 11 de septiembre de 2014.

Igualmente, el juez colegiado refirió que obraba en el expediente que, inicialmente, Colpensiones le reconoció al accionante una mesada pensional de un salario mínimo a través de la Resolución número 3108 de 1 de enero de 2012 y que, por sentencia judicial, la mesada le fue incrementada a la suma de \$3.749.200, mediante R. 248961 de 8 de julio de 2014, e ingresó a nómina a partir del mes de agosto de ese mismo año, fs. 214 y ss. También que, el 11 de diciembre de 2014, como se veía a f. 30, el empleador solicitó al Ministerio de Trabajo autorización para dar por terminado el contrato de trabajo por el reconocimiento de la pensión y que, mediante R. 00116 de 19 de marzo de 2015, fue concedida la citada autorización. Por último, el sentenciador aludió a la certificación salarial del accionante visible a f. 26.

Por otra parte, el juez de la alzada tuvo en cuenta que la pasiva manifestó que aplazó la terminación del contrato de trabajo por el reconocimiento de la pensión hasta el momento en que el actor lograra el reajuste de la mesada. Al respecto, refirió que el representante legal y presidente de la empresa, Roberto Galvis Montealegre, en diligencia de interrogatorio de parte, había dicho que adquirió el interés de terminar el contrato de trabajo desde el momento en que al actor le reconocieron la pensión, pero no tomó la decisión de terminarlo allí, porque el mismo trabajador había solicitado la oportunidad de continuar vinculado hasta que se surtiera el recurso judicial contra el monto de pensión y, una vez fueron informados de que el monto ya lo habían elevado, se tomó la decisión de finalizar el contrato; que, además, el absolvente había enfatizado que el estado de salud del

demandante no había influido en la decisión de terminar el contrato de trabajo, pues el demandante, además de ser su amigo, desde la época de estudiante de bachillerato, era un excelente trabajador.

El juez colegiado también se apoyó en el testimonio del señor Adrián Octavio Escobar Tovar, jefe de recursos humanos de la empresa. De tal versión, señaló que este había indicado que, inconforme con el monto de su pensión, el demandante le pidió el favor al doctor Roberto, presidente de la compañía, que le permitiera continuar trabajando hasta tanto se surtiera el trámite judicial de la reliquidación del monto de la mesada pensional, porque él no podía comer con esa plata; que la empresa, en algunos casos, había decidido continuar el contrato con trabajadores pensionados y había mencionado dos casos, el del jefe de seguridad y el de la encargada de nómina, quienes, a pesar de estar pensionados, habían continuado en la empresa por su excelente desempeño, y dijo que, así como ellos, el ingeniero Fernando Duque también había sido un buen trabajador.

El Tribunal observó que, ante tal afirmación, la parte actora le pidió al declarante que le explicara por qué, en el caso del señor Duque, sí tomaron la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo si era un excelente trabajador, y el juzgador citó literalmente la respuesta que dio el testigo, así:

...nosotros tenemos internamente una planta de sucesión, para los cargos críticos siempre entrenamos a alguien en el caso de que esa persona se ausente por x o y razón; cuando uno contrata

un trabajador, uno obtiene a cambio una prestación personal de un servicio, la gerencia de postventa es un cargo crítico, no es como cuando yo tengo 10 operarios y la labor de ellos la puedo hacer con 9; yo no tengo tres gerentes de postventa, solamente tengo uno, y el ingeniero de postventa, el ingeniero Fernando, estaba en un proceso, en un tiempo de incapacidad, y la empresa también tiene que suplir la necesidad, la necesidad estaba latente, entonces ahí ya se hicieron unos cambios, ya que se requería alguien ahí independiente, si el ingeniero no estaba en la empresa por la razón que sea, alguien tenía que aceptar la función.

En el análisis del citado testimonio, el Tribunal asentó que las afirmaciones del señor Escobar Tovar diferían totalmente de las razones aducidas por el representante legal de la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo, como bien se había colegido en primera instancia, pues hacía evidente que la empresa tenía la urgencia de nombrar definitivamente en el cargo de postventa a un nuevo gerente, puesto que el demandante llevaba más de dos años en incapacidad.

Seguidamente, el juez colegiado anotó que no podía desconocer que, para tomar esa decisión, la empresa tuvo la paciencia de esperar hasta que el pensionado obtuviera una mejor mesada pensional. Con todo, en este caso, estimó evidente la comprobación de dos circunstancias que, en principio, se transponen: por un lado, definitivamente el trabajador fue despedido *«estando en incapacidad por enfermedad»*, lo que, de inmediato, activó la presunción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que el despido se dio con ocasión de la enfermedad del actor; por otro lado, el demandante tenía el estatus de pensionado a la hora del despido, lo que constituye una justa causa para despedirlo.

Para desatar tal confrontación entre la estabilidad laboral reforzada y la facultad del empleador de despedir al trabajador con estatus de pensionado, el sentenciador consideró que debía definir, en cada caso concreto, cuál de las dos razones debe prevalecer a la hora de imponer las consecuencias jurídicas en los hechos debidamente comprobados, como quiera que, en este asunto, el Ministerio de Trabajo había autorizado el despido del actor y ello activó en el empleador la facultad de despido con justa causa, de conformidad con el mismo artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así, consideró que, con el reconocimiento de la pensión de vejez no hubo afectación sobre el mínimo vital del trabajador, de modo que no se requiere una especial protección justificada en la acción afirmativa prevista en la referida norma que obviamente busca proteger a las personas «*con deterioro de su salud*» de las consecuencias económicas del desempleo, condición que estimó no predicable cuando se habla de un pensionado.

El precitado razonamiento efectuado por el juzgador lo condujo a revocar la orden de reubicación del demandante y del pago de la indemnización de 180 días de salario, para, en su lugar, absolver a la empresa de esas pretensiones.

Sobre la culpa patronal en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador que había alegado el accionante en la apelación, el juez colegiado concluyó que el empleador tomó las medidas pertinentes para prevenir el accidente y fue

la imprudencia del trabajador la que produjo el siniestro. Así, el resultado del recurso de apelación de la parte actora le fue desfavorable.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto revocó la sentencia de primera instancia que condenó al reintegro del demandante en las condiciones allí señaladas y a la indemnización de 180 días; para que, en sede de instancia, confirme dicha decisión en todas sus partes y se fijen las costas conforme a la ley.

Con tal propósito, formuló dos cargos, por la causal primera de casación y por la vía directa, los cuales fueron replicados por la demandada y serán estudiados por la Corte conjuntamente por cuestión de método.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de haber incurrido en la interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; como consecuencia de la aplicación indebida del 62 del CST, numeral 14, literal a) del artículo 7 de Decreto 2351 de 1965; 2, 13, 47 y 54 de la Constitución.

El recurrente dejó en claro que, para los efectos del cargo, no controvertía los siguientes hechos:

1. El 1 de enero de 2012, obtuvo el derecho a una pensión de vejez, (Resolución NO.3108 de 1º de enero de 2012), pero continuó vinculado a la empresa.
2. El sufrió un accidente de trabajo el 4 de enero de 2013, con ocasión del cual su capacidad laboral se disminuyó en un 20.02% (dictamen de 11 de septiembre de 2014).
3. El 11 de diciembre de 2014 (f.30), la empresa elevó solicitud de autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, con base en el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue concedida, según Resolución No. 000116 de 19 de marzo de 2015.
4. La empresa hizo efectivo el permiso a partir del 3 mayo de 2015, fecha en la cual finalizó su contrato de trabajo.
5. El último salario que devengó fue de \$3.853.387.00.

La censura señaló que su reparo estaba dirigido a la conclusión del Tribunal que lo llevó a revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto a la reubicación y pago de la indemnización de 180 días de salario, la cual transcribió textualmente así:

Pues bien, como quiera que en este asunto el Ministerio del Trabajo autorizó el despido del actor, ello activó en el empleador la facultad de despedirlo, de conformidad al mismo artículo 26 de la Ley 361 de 1997, amén de que con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez no hay afectación sobre el mínimo vital, de modo que no se requiere una especial protección justificada en la acción afirmativa prevista en la mencionada norma, *lo cual obviamente busca proteger a las personas con deterioro de su salud de las consecuencias económicas de desempleo, condición que no es predicable cuando se habla de un pensionado.* (La inclinación es del recurrente).

El recurrente refirió que el art. 26 de la Ley 361 de 1997 dispone que *«ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo».*

En su criterio, el Tribunal incurrió en la interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al reflexionar que el fin de este artículo era proteger a las personas con deterioro de su salud de las consecuencias económicas de desempleo, y que esta finalidad no es predicable cuando se habla de un pensionado.

Acusó la interpretación del sentenciador de segundo grado de ser errónea por discriminar al pensionado activo, pues esta persona no está excluida de la garantía legal y constitucional de no ser irrespetada en su dignidad humana, ya que es sujeto de un trato solidario e igual a los demás trabajadores. Se trata de una garantía Constitucional dirigida a los derechos fundamentales de la persona, independientemente de si se es pensionado o no.

En su criterio, así se desprende de la recta interpretación del artículo 26 mencionado, en los casos en que el empleador consiente la permanencia del trabajador jubilado y opta por la continuidad del contrato de trabajo. (Exequibilidad condicionada que hiciera la Corte Constitucional en la Sentencia C-531 de 5 de mayo 2000).

Para la censura, sin lugar a duda, fue la discapacidad demostrada y que no era incompatible e insuperable frente al cargo que venía desempeñando el actor, la que motivó su despido, quien fue discriminado por su estado de discapacidad. Circunstancia que se ha debido poner en conocimiento de ese Ministerio, con el propósito de valorar si dicha limitación era incompatible o insuperable en el desempeño del cargo.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de haber incurrido en la aplicación indebida de los artículos 26 de la Ley 361 de 1997; 62 del CST, numeral 14, literal a) del artículo 7 de Decreto 2351 de 1965; 2, 13, 47 y 54 de la Constitución.

Los argumentos presentados en este cargo son similares a los del anterior, a los que sumó que la aplicación indebida de los textos legales se presentó cuando le restringió el alcance al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, toda vez que la finalidad de la norma es la no discriminación en el empleo a persona en situación de discapacidad.

Refirió que la norma prevé que *«ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo»*. Manifestó que, desde el 1 de enero de 2012, cuando ingresó a la nómina de pensionados, la demandada pudo hacer uso de la causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, como lo había deducido el *ad quem*, la empresa mantuvo su continuidad en el empleo. Circunstancia que indicaba que el despido estuvo motivado por la discapacidad que padecía como resultado del accidente de trabajo que le sobrevino posteriormente, el 4 de enero de 2013.

El recurrente manifestó que la misma disposición que regula el asunto controvertido y que fue aplicada indebidamente por el Tribunal señala que *«... no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo»*.

De allí, la censura colige que la solicitud elevada por el empleador al Ministerio del Trabajo no guardaba relación con el motivo determinante de su desvinculación, ya que, si no se hubiera accidentado con consecuencias en su *discapacidad física*, el empleador no tendría por qué acudir a la autoridad del trabajo con motivo de una causal autónoma, para solicitar autorización para una terminación del contrato de trabajo con base en una causal contemplada en la legislación laboral como justa causa para el despido.

Con base en lo anterior, el recurrente reiteró que el empleador debió motivar la solicitud del permiso para despedir en su discapacidad, con la finalidad constitucional de que no fuera discriminado por su estado de discapacidad tal como aconteció en el presente asunto.

VIII. RÉPLICA

La contraparte se opuso a la prosperidad del recurso. Señaló que los cargos presentan deficiencias de técnica, dado que fueron formulados por la vía directa, pero, en la demostración, conduce a la Sala a que examine las probanzas del expediente, entre ellas la solicitud de permiso elevada a la autoridad del trabajo. Por tanto, lo que correspondía era formular un cargo por eventuales errores fácticos.

Sobre el fondo del asunto, la demandada alegó que el sentenciador de la alzada no se equivocó en la interpretación del art. 26 de la Ley 361 de 1997, pues el legislador lo que persiguió no fue otra cosa que proteger a las personas con deterioro en su salud de las consecuencias económicas del desempleo al quedar cesantes y no disponer de otro medio para su subsistencia primaria. Frente al segundo cargo, anotó que el recurrente confundió la aplicación indebida con la interpretación errónea, como se puede ver en los argumentos presentados en la demostración. Afirmó que esta norma junto con el art. 9 de la Ley 797 de 2003 que utilizó el Tribunal son las normas aplicables al caso.

IX. CONSIDERACIONES

Las deficiencias de técnica anotadas por la parte opositora no impiden estudiar de fondo la acusación, puesto que los argumentos presentados claramente apuntaron a demostrar que la sentencia incurrió en la interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y, en cargo separado, en la aplicación indebida del mismo art. 26 de la Ley 361 de 1997 y del 62 del CST, numeral 14, literal a) del artículo 7 de Decreto 2351 de 1965; 2, 13, 47 y 54 de la Constitución Política.

En vista de que ambos cargos fueron formulados por la vía directa, como lo dejó en claro la censura, no se discuten en sede de casación los siguientes supuestos fácticos asentados por el juez colegiado:

- a) Desde el 1 de enero de 2012, el actor obtuvo el estatus de pensionado por vejez (Resolución No.3108 de 1 de enero de 2012 de Colpensiones), y continuó laborando para la empresa.
- b) Al demandante le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral en un 20.02% (dictamen de 11 de septiembre de 2014).
- c) El empleador obtuvo la autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, con base en el reconocimiento de la pensión de vejez, mediante la Resolución No. 000116 de 19 de marzo de 2015.

- d) La empresa terminó el contrato de trabajo a partir del 3 mayo de 2015.
- e) Según el Tribunal, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo por razón de la «*debilidad manifiesta por salud*» que padecía el trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

Precisado lo anterior, desde la perspectiva estrictamente jurídica, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas; 1) si el Tribunal se equivocó en la interpretación del art. 26 de la Ley 361 de 1997, al considerar que el fin de este precepto era proteger a las personas con deterioro de salud de las consecuencias económicas del desempleo, lo que no se daba en el caso del pensionado, y que, según la censura, esta interpretación era discriminatoria para el pensionado activo; y 2) si el Tribunal incurrió en la aplicación indebida de la justa causa de despido contenida en el nl. 14 del literal a) del art. 7 del D. 2351 de 1965, por no tener en cuenta el principio de la inmediatez, lo cual dio lugar a la negativa de la estabilidad laboral reforzada del accionante, no obstante que, según la censura, la causa real del despido fue su estado de discapacidad.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala hará referencia, en primer lugar, a los criterios de la jurisprudencia laboral fijados en torno a la definición de discapacidad y a la protección de la estabilidad laboral establecida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; en segundo lugar, sobre el 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. En tercer lugar, examinará si, en el caso de autos, se dio la interpretación errónea del art. 26 de la Ley 361 de 1997. En cuarto lugar, estudiará si la justa causa de despido por reconocimiento de la pensión de vejez se puede invocar por el empleador en cualquier tiempo y si es aplicable en los casos de personas con discapacidad.

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, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017, SL4609-2020, SL3733-2020, SL058-2021 y SL497-2021).

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la *condición o situación* de discapacidad es *relevante* o de un *grado significativo*, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.

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

En efecto, el concepto de discapacidad no ha sido estático, pues ha evolucionado como consecuencia de diferentes factores de acuerdo con las realidades sociales. Desde la década de los años 60 se propuso un concepto de modelo social de discapacidad, tal como puede notarse de la

aprobación del Programa de Acción Mundial para la Discapacidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que buscaba el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas en situación de discapacidad, enfocado no solo en medidas de rehabilitación, sino de prevención y equiparación de oportunidades.

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

Posteriormente, con la expedición de la *«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»* y su *«Protocolo Facultativo»* de 2006, se enfatizó en un modelo con enfoque social y de derechos humanos, y se reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la

participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

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

Dicha convención *«configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad»* (CC C-066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL 711-2021 y SL 572-2021 reiteraron el criterio de la Sala referido con anterioridad y, en esta última decisión se amplió y señaló que, si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una *«calificación técnica descriptiva»*, en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse *«del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico*

especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación».

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada Convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades con las demás personas.

Pues bien, según el inciso 2.º del artículo 1.º de la convención, *«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».*

Así mismo, señala:

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades

fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (Inc. 4, art. 2).

Este concepto también concuerda con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, que incluso lo amplió a las deficiencias de mediano plazo, en tanto establece:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Destaca la Sala.

Además, la Ley 1618 de 2013 también definió que las *«acciones afirmativas son políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan»*.

A juicio de la Sala, sin duda estas disposiciones tienen un impacto en el ámbito laboral y se orientan a precaver despidos discriminatorios fundados en una situación de discapacidad que pueda surgir cuando un trabajador con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo, al interactuar con el entorno laboral vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás.

Realizado el estudio del ordenamiento jurídico vigente, la Corte debe concluir que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año.

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»*.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «*una carga desproporcionada o indebida*» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «*adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo*».

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la

convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «*los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. 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.

En este punto la Corte destaca que en el 2001 la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS, que tiene por objetivo ser una herramienta descriptiva en la medición de la salud y la discapacidad en el contexto de la atención e investigación médica y en políticas públicas sanitarias compatible con el modelo social de la discapacidad.

Con todo, este último documento no puede utilizarse por sí solo para determinar la estabilidad laboral reforzada para las personas con discapacidad, sino que debe leerse en armonía con otros instrumentos normativos de aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico que han abordado el concepto de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al

momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) la contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una

relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud *per se* no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

3. En el caso concreto sí se presentó la interpretación errónea del art. 26 de la Ley 361 de 1997.

No solo con el criterio anterior de la Sala, sino también de acuerdo con el nuevo que aquí se acoge sobre la interpretación del art. 26 en cuestión, resulta equivocado el sentido dado por el Tribunal de que la *discapacidad* que protege el art. 26 de la Ley 361 de 1997 consiste en una «*debilidad manifiesta por salud*» y que la estabilidad laboral contenida en dicha norma tiene como fin proteger las

consecuencias económicas del desempleo a las personas con discapacidad.

De acuerdo con lo que se dijo atrás, la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, procede a favor de los trabajadores que presentan estas dos condiciones:

1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
2. La existencia de barreras que le impiden el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.

De tal suerte que, a juicio de la Sala, la protección de la 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; y

c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido.

Por otra parte, el sentenciador se equivocó al no tener en cuenta que la finalidad de la protección del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es la de garantizar la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad respecto de las demás personas.

Por tanto, contrario a lo determinado por el juez colegiado, la condición de «*debilidad manifiesta por motivos de salud*» no equivale a la condición de discapacidad que da lugar a los efectos del art. 26 de la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, el cargo por interpretación errónea del art. 26 de la Ley 361 de 1997 resulta fundado.

4. La justa causa de despido por reconocimiento de la pensión de vejez se puede invocar por el empleador en cualquier tiempo y es aplicable en los casos de personas con discapacidad.

La censura sustenta la acusación en que el Tribunal le restringió el alcance al art. 26 de la Ley 361 de 1997 que dice que «*ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo*», pues, en su criterio,

se equivocó en la aplicación de la norma que establece el reconocimiento de la pensión de vejez como justa causa de despido, por cuanto no tuvo en cuenta el requisito de la inmediatez para el uso de la causal y que el empleador solo la vino a invocar cuando el trabajador tenía una pérdida de capacidad laboral del 20%, por lo que, con la decisión del Tribunal, se está discriminando al pensionado activo.

En primer lugar, corresponde decir que ya esta Sala se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la pensión de vejez como causal autónoma para la terminación del contrato de trabajo por justa causa para los trabajadores en general y que frente a esta causal no aplica la inmediatez. En la sentencia CSJ SL 3108-2019 se asentó:

Dentro de las justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo que requieren de un preaviso no menor a 15 días, se encuentra la relativa al «reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa».

En complemento a lo anterior, el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 que reformó el parágrafo 3.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece como causal autónoma de extinción del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria, el reconocimiento de la pensión de vejez:

PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el

empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Respecto a las características de esta causal, esta Corporación en sentencia CSJ SL2509-2017, identificó las siguientes: (i) aplica a los trabajadores particulares y servidores públicos; (ii) se viabiliza su empleo cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, esto último de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia CC C-1037-2003, en aras de garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de la desvinculación y la percepción de la prestación.

En la misma providencia, esta Corporación señaló (iii) que el enunciado «*podrá*» contenida en los incisos 1.º y 3.º de la norma, expresa que «*el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad*».

Lo anterior permite dar cuenta que el despido por reconocimiento de la pensión de vejez es una causal autónoma de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria; su procedencia se encuentra enmarcada en la garantía de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deje de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia; además, una vez se han cumplido sus condiciones, otorga al empleador la posibilidad de usarla «*cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad*», es decir, en cualquier momento.

Igualmente, en tal sentencia se dijo respecto a la mencionada causal (iv) que el empleador puede solicitar la pensión en nombre del trabajador, cuando este no la tramite en el término que la norma establece, y (v) se aplica indistintamente para los pensionados del régimen de prima media en el marco del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y los beneficiarios del régimen de transición.

Como se dijo en esa misma sentencia, la regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo. De no hacerlo en un tiempo razonable, se entiende que

dispensó o perdonó la falta cometida por el trabajador. Por consiguiente, si luego de transcurrido este tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho, el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo con base en aquel, es dable entender que su determinación obedeció a otro motivo y no a la comisión de la falta propiamente dicha. Es decir, la regla de la contemporaneidad evita que, bajo el pretexto de sancionar o castigar una falta pretérita, el empleador despida al trabajador por causas distintas.

En tal dirección, el mencionado principio se aplica frente a conductas que suponen un juicio de valor de la conducta contractual del trabajador o un reproche, por ejemplo, respecto al incumplimiento de sus obligaciones laborales, observancia del régimen disciplinario, deber de actuar de buena fe y con lealtad, acatar las medidas de seguridad en el empleo, evitar perjuicios a su empleador, entre otras.

En consecuencia, esta Sala tiene asentado:

...desde este punto de vista, no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser *perdonado, dispensado o condonado*. CSJ SL3108-2019.

Así las cosas, en este punto, no le asiste razón al recurrente, como quiera que la causal de despido por reconocimiento de la pensión de vejez no demanda el cumplimiento del requisito de la inmediatez.

En segundo lugar, conforme a lo inicialmente indicado en esta sentencia, no se presenta el despido discriminatorio por motivos de discapacidad cuando se origina el despido en una causal objetiva o justa causa, de tal suerte que en tales casos no procede la protección de la estabilidad laboral reforzada del art. 26 de la Ley 361 de 1997.

El retiro del servicio por el reconocimiento de la pensión de vejez se da, entre otras razones, para que el trabajador disfrute de su derecho al descanso después de un largo tiempo de trabajo en la edad para hacerlo, derecho que también se le ha de garantizar en igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.

Desde otra perspectiva, dadas las condiciones de desempleo que refleja la realidad del país, las cuales no llegan al nivel deseable por la sociedad, esta Sala considera que es objetivo y razonable que, después de haberse laborado el tiempo necesario para acceder a la pensión, se prevea la terminación de su relación laboral. Pues, como lo dijo la Corte Constitucional, esa justa causa de despido crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectivo el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, inclusive a trabajadores con discapacidad, aunado a que esa persona no

quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de las cotizaciones efectuadas durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente (Sentencias CC C-563-1997 y C-1037-2002).

De tal suerte que el Tribunal no se equivocó al aplicar el reconocimiento de la pensión de vejez como una justa causa de despido sin tener en cuenta el requisito de la inmediatez que no aplica respecto de esta causal para todos los trabajadores en general. En consecuencia, no prospera esta acusación.

Ahora bien, no obstante que resulta fundado el primer cargo, no se casará la sentencia, porque en instancia se arriba a la misma conclusión a la que llegó el juez colegiado, aunque por otras razones. Estas son que el actor no se encontraba en condición de discapacidad al momento del despido, ya que no existían las barreras que le impidieran a él, dada la deficiencia física presentada, ejercer la labor para la cual fue contratado. Aunado a que está demostrada la justa causa debidamente invocada por la empresa.

En el presente caso, si bien quedó comprobado que el accionante presentaba una pérdida de capacidad laboral del 20.02%, cuando le fueron calificadas las secuelas de la movilidad del hombro derecho con causa en el accidente de trabajo ocurrido el 4 de enero de 2013, según la calificación que le fue practicada por la Junta de calificación de invalidez

de Risaralda, el 9 de diciembre de 2014, la cual fue allegada por ambas partes (fs. 55 y 376), esta condición no es suficiente para considerar al actor en condición de discapacidad y, como tal, ser sujeto de protección de la estabilidad regulada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, conforme al nuevo criterio de la Sala que aquí se adopta sustentado en las consideraciones expuestas al inicio de la presente decisión.

De acuerdo con el referido dictamen, el actor presenta una deficiencia física consistente en «*Restricción de movimiento articulación hombro derecho*» y en él se dejó constancia de que no requería ayuda de terceros. Igualmente, quedó registrado que el cargo desempeñado para esa época era el de Gerente Nacional de Post-Venta y que no laboraba desde el 4 de enero de 2013, esto es, llevaba aproximadamente 24 meses sin prestar el servicio al momento del despido.

Lo antes establecido conduce a colegir que, al momento del despido, la no prestación del servicio no tenía como causa la interacción entre la deficiencia física del trabajador y la existencia de barreras en el entorno laboral, de tal manera que la Sala no puede concluir que él se encontraba en condición de discapacidad, de acuerdo con el art. 1 inc. 2 de la Convención de la ONU y el art. 2.1 de la LE 1618 de 2013. Menos aún se puede establecer que era posible su reintegro al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los demás, previa realización de algún o algunos ajustes razonables por el empleador, o que en el caso del accionante

se presentó una denegación de los ajustes razonables.

Por tanto, el accionante no se encontraba en condición de discapacidad para ser beneficiario de los efectos del art. 26 de la Ley 361 de 1997. En consecuencia, resulta improcedente la protección a la estabilidad laboral reforzada pretendida.

Sumado a las consideraciones anteriores, la justa causa invocada por el empleador referente a la condición de pensionado del actor, por vejez, al momento del despido excluye la posibilidad que se trató de un despido discriminatorio por motivos de discapacidad.

Conforme a las razones aquí expuestas, no se casará la sentencia del Tribunal.

Sin costas en el recurso extraordinario dado que uno de los cargos resultó fundado.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 2 de marzo de 2018, en el proceso que instauró **FERNANDO DUQUE SANTA** contra **BUSSCAR DE COLOMBIA S.A.S.**

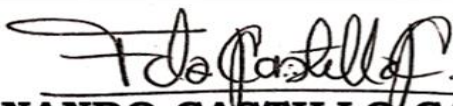
Costas, como se dijo en la parte motiva.

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



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala




FERNANDO CASTILLO CADENA

Aclaro voto




LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Aclaro voto



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR



MARJORIE ZUÑIGA ROMERO