



**DEL FUERO POR SALUD EN COLOMBIA, UN ANÁLISIS
DE LOS CRITERIOS DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA DE LAS PRINCIPALES
POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y CRITERIOS DE LAS ALTAS CORTES. UNA
MIRADA DESDE LA ARISTA DEL PRECEDENTE COMO FUENTE JURÍDICA
FORMAL DEL DERECHO.**

Autor

KARIME MOLINO BARRERA

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO

PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

MEDELLÍN

2022



**DEL FUERO POR SALUD EN COLOMBIA, UN ANÁLISIS
DE LOS CRITERIOS DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA DE LAS PRINCIPALES
POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y CRITERIOS DE LAS ALTAS CORTES. UNA
MIRADA DESDE LA ARISTA DEL PRECEDENTE COMO FUENTE JURÍDICA
FORMAL DEL DERECHO.**

Autor

KARIME MOLINO BARRERA

Director

DR. CARLOS ALBERTO HURTADO PELÁEZ

Magister en derecho

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR
AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO**

MAESTRÍA EN DERECHO

PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

MEDELLÍN

2022

Medellín, 21 de junio de 2023

KARIME DEL PILAR MOLINO BARRERA

Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 92 Régimen Discente de Formación Avanzada.

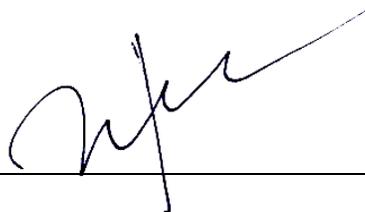


TABLA DE CONTENIDO

GLOSARIO.....	5
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I.....	10
CAPITULO II.....	21
CONCLUSIONES.....	43
REFERENCIAS.....	47

GLOSARIO

ESTABILIDAD LABORAL FORZADA: es la figura jurídica que protege al trabajador de ser despedido sin una causa objetiva cuando se encuentra en debilidad manifiesta por circunstancias que a ley señala.

DISCAPACIDAD LABORAL: cuando el trabajador, debido a una enfermedad o accidente, está imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

FUERO DE SALUD: es la protección especial que tienen las personas que tienen alguna afección de salud.

PRECEDENTE: es una fuente formal de creación del Derecho.

DEL FUERO POR SALUD EN COLOMBIA, UN ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA DE LAS PRINCIPALES POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y CRITERIOS DE LAS ALTAS CORTES. UNA MIRADA DESDE LA ARISTA DEL PRECEDENTE COMO FUENTE JURÍDICA FORMAL DEL DERECHO.

RESUMEN

Este artículo no aborda el tema de la estabilidad laboral en Colombia, limitándose a describir la institución desde un punto de vista del estado objetivo del arte actual, sino desde una mirada dinámica que oscila entre la Constitución y la Ley.

En esta oportunidad, más que un ejercicio meramente descriptivo de las fuentes del derecho que sustentan la institución, se pretende erigir el tema a partir de la importancia del precedente jurisprudencial, dada la trascendencia e impacto que en Colombia presenta, tema que a luces claras siempre lleva a un tema de igualdad material que es una permanente esencia del estado social de derecho.

Para abordar el asunto tal cual se presenta, es preciso que no se adopten posiciones absolutas frente al tema del fuero de salud y que, se coloquen en posición de intelección del avance de la jurisprudencia en el país.

Como nos lo induce el mismo principio y derecho constitucional de la igualdad, a veces debe discriminarse para igualarse a un nivel de vida digno, pero lo que no se puede perder, o se debe adquirir, es la ecuanimidad para resolver cada caso, porque todos tienen sus propias particularidades.

Palabras clave: Discapacidad, fuero de salud, precedente, estabilidad e igualdad.

INTRODUCCIÓN

El Estado social de derecho que representa Colombia dispone constitucionalmente de una amplia cantidad de derechos, los cuales imponen un ejercicio razonable y acogido a la esfera de la legalidad, en procura de que su ejercicio no resulte abusivo ni contradictorio. En el espectro constitucional, cuando se advierte colisión de derechos superiores, es preciso que se implemente un proceso de armonización en aras de que la salvaguarda de un derecho no signifique el sacrificio de otro.

El presente trabajo parte de la necesidad de contar con un insumo práctico que permita orientar la hermenéutica jurídica en punto a la estabilidad laboral reforzada. Más que asumir posturas en pro de la parte débil de la relación laboral o del empresario empleador, de lo que se trata es de vislumbrar, a la luz de la jurisprudencia nacional la orientación que adopta dicha figura, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, ha mantenido durante la historia una posición progresiva en materia de derechos fundamentales, acoplándose a la sociedad cambiante, y la Corte Suprema de Justicia, si bien bajo un proceso más pausado, también ha desarrollado las instituciones jurídicas que gravitan en torno a la protección de los sectores débiles de la sociedad, se hace imperioso buscar los puntos de encuentro que permitan al interprete jurídico contar con bases que apunten a la seguridad jurídica.

A nivel legal, y circunscritos al ámbito de las relaciones patronales, es bien sabido que tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional se encuentran constantemente realizando una hermenéutica jurídica sobre distintas instituciones del trabajo, actividad que ha imbuido el quehacer jurisdiccional en todos los niveles, por la importancia del precedente. De un lado, se tiene las normas jurídicas de carácter sustancial que rigen las formas, causales y facultades para la desvinculación laboral, y,

de otro, existe la presunción legal establecida por la jurisprudencia¹ en el sentido de asumir que todo despido en condición de enfermedad, es discriminatorio, y que obedeció al estado de salud, en el marco de la estabilidad laboral reforzada.

El tema de la estabilidad laboral reforzada por salud en las relaciones obrero patronales ha sido ampliamente desarrollado por las altas corporaciones, cada una desde su postura y bajo la frecuencia de los conflictos que diariamente se presentan entre empleadores y trabajadores, donde los primeros apoyados en un ánimo de lucro y fundamentados en niveles de productividad aspiran a contar con un recurso humano disponible, que si bien puede experimentar situaciones irregulares de salud no necesariamente los deje imposibilitados y al margen de poder invocar las justas causas de desvinculación laboral cuando concurren las circunstancias fácticas que configuran esas causales, y los segundos movidos por una necesidad de protección constitucional, enfrentados en ocasiones a trato discriminatorio derivado de su eventual estado irregular de salud deben contar con un marco legal y jurisprudencial que los ampare ante el desconocimiento de su derecho a la estabilidad laboral, sin que se configure abuso en el derecho.

De esta manera, conocer la postura jurídica más aceptada en el marco de la interpretación judicial y de la relevancia del precedente en el país, sin perder de vista que son los contornos particulares de cada caso los que determinan la consecuencia jurídica que debe darse, el presente trabajo nos debe llevar a dimensionar la figura de la discapacidad relevante y la incapacidad funcional del trabajador de cara a su protección en las relaciones laborales contractuales, a la cual pueden apelar quienes se encuentren en condiciones iguales o parecidas en una condición especial de protección.

No obstante, como ocurre con muchos otros temas han existido posturas alejadas y distantes entre la corte suprema y la corte constitucional respecto a los supuestos

¹ Cuando se habla de jurisprudencia, se menciona como concepto global que comprende las posturas sistemáticas, en lo posible, de las tesis sobre la estabilidad laboral reforzada que sostienen la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

facticos, que configurarían la estabilidad laboral reforzada y el fuero de salud. A partir del recorrido jurisprudencial se identificará el viraje que las posturas jurídicas han tomado recientemente y hasta qué punto podría hablarse de una tesis pacífica.

No será ajeno el trabajo, a destacar la incidencia de las posturas neoconstitucionalistas que han generado un activismo judicial y han colocado a todos los operadores de justicia en el plano de ser jueces constitucionales, compelidos al deber de aplicar el precedente contentivo de las sub reglas jurisprudenciales delimitadas por la actividad del tribunal constitucional, en un sistema de control difuso que impone la necesidad de acudir a cargas adicionales de argumentación jurídica cuando hay alejamiento del precedente constitucional, en procura de no violentar el principio de igualdad.

CAPITULO I

LA IMPORTANCIA DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA EN LA INSTITUCIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Reseñar la importancia del precedente en Colombia constituye un análisis previo de imperiosa necesidad, ya que coloca al interprete jurídico en posición de comprender la jerarquía de las fuentes jurídicas del derecho. Puede decirse, en términos generales que, dada esa trascendencia, cualquier materia jurídica exige esa revisión.

El tema de la discapacidad en el trabajo y la estabilidad laboral reforzada del trabajador no es la excepción, máxime cuando, al tratarse de un tema de amplia modulación jurisprudencial por las altas corporaciones de cierre, requiere que se dimensione la incidencia de las posturas jurídicas judiciales en el entendimiento de esta institución.

De cara a enarbolar estos fundamentos, es preciso de una manera sintética e ilustrativa hacer referencia a los principales contornos que a través de la historia han adquirido el precedente jurisprudencial en el país.

En Colombia, a partir de la Ley 169 de 1896, es posible identificar un primer asomo de la relevancia de la jurisprudencia en la tarea de resolución de casos por parte de los jueces. Fiel a la finalidad de la casación, como un mecanismo de unificación jurisprudencial, se estableció en el artículo 4^o de dicha normativa que:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores (Ley 169, 1896, Art. 4).

Históricamente, se ha hablado de dos modelos jurídicos occidentales, uno constituido por la tradición de la Europa continental, de corte romano germánico, que

daba prevalencia al derecho legislado y prefería hablar de jurisprudencia más que de precedente y, otra corriente anglosajona, que privilegiaba el precedente judicial como fuente del derecho.

Si bien, el artículo 230 se encuentra inmerso en la carta política actual, que es un estatuto superior que ha adoptado los avances del neo constitucionalismo en el mundo (Lorca, 2014), es innegable que dicha disposición tiene arraigo en las tesis del siglo XIX que destacaron e identificaron en el legislador al protector natural de los derechos de las personas y, por ende, en principio, se identifica como un sistema de fuentes cerrado. No obstante, dicho arraigo histórico no puede privar al interprete jurídico de dimensionar la profundidad y extensión de las fuentes del derecho, superar el tenor literal de la citada disposición, ya que, sin desconocer la importancia de la ley como fuente, se hace imperioso no pasar por alto otros componentes como el bloque de constitucionalidad, los tratados públicos sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, la excepción de inconstitucionalidad, los valores y principios constitucionales, el control de convencionalidad, la supremacía constitucional y la primacía de los derechos inalienables de la persona, entre otros, instituciones que dotan de flexibilidad el sistema de fuentes y colocan al juez en una postura de garantía de los derechos de las personas (Estrada, 2011).

Siendo consecuente con estas posturas, en punto a destacar la actual dinámica e incidencia de los pronunciamientos judiciales en la esfera de la protección de los derechos, surge más adecuado el término precedente, que el de jurisprudencia. Ello por cuanto, esta última sí puede ser asumida como un criterio orientador de la actividad judicial, pero el precedente va más allá, ya que irriga la realización del derecho y enarbola la igualdad de trato, merced a recoger sub reglas de derecho de decisiones anteriores que hace imperioso que se les aplique a todas las personas que se encuentren bajo esos mismos contornos fácticos (Zárate, 2019).

Así, el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, que establece como fuente primaria a la ley, y secundarias a la equidad, la jurisprudencia, los principios

generales del derecho y la doctrina, amerita un nuevo entendimiento que no desnaturalice su teleología, ya que, a partir de las reglas de interpretación constitucional que enseñan la sistematicidad y armonización de las distintas disposiciones y que la Constitución Política debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico, en buena hora resulta pertinente reevaluar el papel del precedente como fuente secundaria del derecho en Colombia.

Es preciso ser consecuente con el entendimiento que la Corte Constitucional ha dado a la expresión ley contenida en el artículo 230 de la carta política, la cual ha de concebirse como referencia al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, 2000). Pues bien, partiendo de esta inteligencia, es preciso que se comprenda que la actividad jurisdiccional de las altas cortes hace parte del ordenamiento jurídico. Muestra de ello lo constituye la expresión de la Corte Constitucional en la sentencia C-539, cuando manifestó que el imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 de la Constitución Política, incluye la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-539, 2011).

En la actualidad es preciso que se haga una lectura flexible y abierta del artículo 230 de la Constitución Política, derivada del papel que ha adquirido el precedente en la escala de fuentes del derecho. Esta preponderancia se justifica en valores como la igualdad, la seguridad jurídica y la función que legalmente se les ha atribuido a las altas corporaciones judiciales de unificar la jurisprudencia.

En estatutos normativos más actuales y consecuentes con este criterio flexible y abierto, el legislador ha venido siendo consecuente con la pertenencia del precedente al ordenamiento jurídico. Verbigracia, el artículo 7º de la Ley 1564 que, sin desconocer la adscripción al imperio de la ley en la actividad jurisdiccional, ha colocado al precedente, ya no como una fuente secundaria sino paralela a la ley, preceptuando que además de esta, el juez debe tener en cuenta la equidad, la costumbre la jurisprudencia y la doctrina, llegando incluso a establecer que, cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará

obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión y que, debe aplicar el precedente horizontal, siendo consecuente con el mismo criterio que haya aplicado a casos análogos antecedentes (Congreso de la República, Ley 1564, 2012). Estas concepciones son desarrollo de lo decantado por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001.

La anterior disposición, contenida en el Código General del proceso, que viene a erigirse en el estatuto que regula toda la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, pero que también es la base procedimental de todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad, como por ejemplo la laboral y de la seguridad social que tiene en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social su norma remisoría a el procedimiento general, constituye una herramienta legal que permite dimensionar el lugar de relevancia que el precedente ocupa en el sistema de fuentes en punto a la actividad jurisdiccional (C.P.T.S.S, Art. 145).

Incluso, la actividad de la jurisdicción ordinaria se ha visto inclinada al acogimiento del precedente constitucional. Un primer aspecto que denota este alineamiento puede advertirse en el hecho de cómo la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, en principio adscrito a una actividad jurídica de tradición romano germánica del derecho legislado, ha adoptado una nueva función en su actividad casacional dirigida a la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales (Artículo 333 del Código General del Proceso). La producción jurídica ha avanzado por los senderos de los derechos fundamentales y de las llamadas garantías *pro homine*, como esencia de la protección del hombre en el estado social de derecho.

Hablar de la nueva función que tiene la casación, nos lleva a superar la tradicional actividad de unificación la jurisprudencia y el clásico control de legalidad a la sentencia del juez, para evidenciar que la actividad de ese alto tribunal se extiende a los derechos fundamentales.

El conocido choque de trenes que, en algunos temas, se ha identificado entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia como una disparidad de criterios y

posturas jurídicas irreconciliables, encuentra en la supremacía constitucional (artículo 4º de la Constitución Política) y en la obligatoriedad del precedente, un punto de inflexión que armoniza el sistema de fuentes jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano. No se pretende sostener que no existan diferencias entre las posturas jurídicas frente a determinado tema, ya que las mismas se continúan presentando, sin embargo, el entendimiento abierto del sistema de fuentes constituye una herramienta para armonizar las interpretaciones.

En materia social se observan muchas construcciones de origen jurisprudencial, que, si bien en algún momento han marcado posturas contrarias entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la actualidad evidencian una consonancia. Es el caso de los presupuestos que deben concurrir para que una persona adquiera estabilidad laboral reforzada en su empleo por la existencia de enfermedades o padecimientos médicos. En efecto, en la actualidad asistimos a la existencia de una sub regla creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, conforme a la cual, la referida protección no se circunscribe únicamente a quienes hayan sido calificados, sino que, por fuerza del precedente y de la supremacía constitucional, debe ser aplicable a todos los casos (Corte Constitucional, 2021).

Puede decirse que la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional tiene un efecto determinante en el entendimiento que se pueda dar a determinadas instituciones jurídicas. En el caso de la estabilidad laboral reforzada, la consecuencia que le ha representado su precedente vinculante en el medio jurídico ha llevado a la alta corporación a pronunciarse en sede de tutela en contra de providencias dictadas por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en las que se exigía que existiera una calificación en grado moderado, severo o profundo para que se pudiese hablar del fuero de salud.

Este hecho resulta incluso más determinante e insidioso en la dinámica de las fuentes del derecho, si se tiene en cuenta que, más que tratarse de un choque de trenes, lo que se advierte es la preponderancia de una corporación judicial sobre la otra, por lo

menos en cuanto a la expresión de su poder anulador de tesis contrarias a la constitucionalidad. Efectivamente, el arquetipo jurídico que comprenden las causales generales y específicas de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, sin importar que se trate de sentencias de casación del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha demostrado como en nombre de la supremacía constitucional y la obligatoriedad del precedente, existen reglas jurisprudenciales inobjetables y de imperioso acogimiento.

Recordemos que, en la actualidad, el entendimiento que la jurisprudencia constitucional ha dado a las otrora vías de hecho, se refiere a las causales generales y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (Bernal, 2005). Estos defectos, no se consideran necesariamente autónomos, existiendo la posibilidad de que sean concurrentes, y de que, en los casos en que se presenten, normalmente se evidencie que se configura más de un defecto general o específico. Tal concurrencia no se presenta en sede de casación, donde es bien sabido que deben estar lo suficientemente individualizada la causal, sea por la vía directa o indirecta.

De lo anterior, surge evidente que, de un lado la supremacía constitucional y la autoridad que en el tema tiene la Corte Constitucional, dotan la corporación de una herramienta que goza de toda la preponderancia al interior de las fuentes del derecho, cual es la posibilidad de llegar a retirar de la esfera jurídica decisiones del máximo órgano judicial de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia), declarando la existencia de causales generales o específicas de procedibilidad contra providencia judicial y, de otro lado, dicho procedimiento se enmarca en los ritos de la tutela, que tienen una sumariedad, agilidad y trámite mucho menos exigente y formal que el que se exige en la casación.

Lo dicho significa que, tratándose de la causal específica de desconocimiento del precedente, dicho desconocimiento podría configurar defectos sustantivos, de procedimiento, fácticos y de concordancia con la carta política.

Ahora, no puede olvidarse que, si bien el precedente es obligatorio, también existe la posibilidad de que el mismo pueda ser desconocido, aunque ello supone la exigencia de una carga argumentativa adicional y más rigurosa. Con todo, es pertinente aducir que, tratándose de precedentes constitucionales en los que se fija el alcance de un derecho fundamental, se evidencia más complejo su alejamiento. En efecto, basta solo revisar por ejemplo la sentencia SU-380, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la procedencia de la causal específica de procedibilidad de desconocimiento del precedente obligatorio, sobre una sentencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se había acogido la clasificación tripartita entre modo de afectación a la salud moderado, severo y profundo, y se había pasado por alto la sub regla consistente en que, para que una persona goce de estabilidad laboral reforzada no es necesario que se encuentre calificada (Corte Constitucional, Sentencia SU-380, 2021). Si se analiza la sentencia que había proferido la sala de casación laboral, la misma se apoyaba sobre toda una línea de argumentación amplia y abundante sobre la necesidad de que el sujeto de derechos contare con la calificación, y pese a ello prevaleció la trascendencia, importancia y obligatoriedad de la sub regla jurisprudencial de carácter constitucional que había fijado la Corte Constitucional.

La citada sentencia de unificación, ha tenido otros antecedentes, como el acaecido con la sentencia T-597 de la Corte Constitucional, en la que la alta corporación amparó los derechos del accionante en una acción de tutela en contra de providencia de la justicia ordinaria, en la que se había negado la estabilidad laboral reforzada de una persona, por no contar con una calificación de pérdida de capacidad laboral (Corte Constitucional, Sentencia T-597, 2014).

Esta preponderancia del precedente no resulta caprichosa, si se tiene en cuenta que su implementación busca una mayor coherencia jurídica, la realización del derecho a la igualdad, el alineamiento del derecho en general con la disciplina constitucional y la seguridad jurídica.

Según Quinche (2020), como presupuesto básico, resulta pertinente entender que el precedente, para hablar de un término genérico, sea que se entienda como toda decisión judicial de rango superior, respaldada por la fuerza normativa de la reiteración, o que muy especialmente se lo vincule con las sentencias **T** (preponderantemente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de 1993 a 2010) y **C** (preponderantemente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de 2010 hasta la actualidad), constituye fuente directa, con una muy especial relevancia en materia de derechos sociales, por ser medios o fines constitutivos de presupuesto para la realización de derechos fundamentales de aplicación inmediata.

La anterior premisa funcional determina especialmente la actividad del juez constitucional frente al juez ordinario. El primero, al decir de Habermas (1.900) destacando el papel del juez ordinario frente a la norma legítima, y el papel del juez constitucional frente a los valores, la orientación superior de la realización constitucional. Aspecto que en la práctica jurídica se erige en una alerta para el jurista y el reivindicador social de derechos, a fin de alinear sus peticiones bajo las posturas de raigambre constitucional.

La existencia de posturas diferentes en la jurisdicción, de un lado y, el hecho de que existan subreglas de derechos que constituyen precedente que resultan de carácter obligatorio, de otro, se explican a partir de la aceptación de que no todos los casos son iguales, y de que si ha de existir un criterio de razonabilidad que oriente la interpretación jurídica. En el caso de la estabilidad ocupacional reforzada, debe entenderse que las sub reglas constitucionales que ha establecido la Corte Constitucional no pueden catalogarse como manifestaciones de discordia y de contrariedad con las tesis de la jurisdicción ordinaria, debiéndose partir de asumir que se trata de orientaciones que delinean el carácter constitucional del ordenamiento jurídico y el ajuste de todas las instituciones legales al texto de la carta política y del bloque de constitucionalidad.

La interpretación actual de la institución de la estabilidad laboral pasa por ser un tema de gran avance jurisprudencial. La actualización, comprensión y acogimiento de las

principales reglas que la jurisprudencia fije, o mejor, el precedente, ya que estamos hablando de reglas de unificación sobre su entendimiento, resultan de imperiosa necesidad. Cumple recordar, como una síntesis de este capítulo que, conforme a las sentencias a que se ha hecho referencia, principalmente proferidas por la Corte Constitucional en la delimitación del presente que, conforme lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, la jurisprudencia de los órganos de cierre Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado es vinculante para los jueces y tribunales, y que las demás decisiones de otras autoridades judiciales, sí deben entenderse como jurisprudencia, que es criterio auxiliar.

Esa obligatoriedad optimiza el ordenamiento jurídico, unifica el contenido de las expresiones y términos clasificatorios del derecho disminuyendo la ambigüedad y la vaguedad, permite la realización de la igualdad, materializa la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos, permite ejercer control sobre la actividad judicial, también realiza el imperio de la ley entendida como ordenamiento jurídico y reafirma la protección de los derechos fundamentales.

La autoridad del precedente, y, de manera concreta la incidencia definitiva en la orientación de las decisiones también busca armonizar la existencia de precedentes encontrados, tanto de la misma corporación judicial, como de un órgano colegiado de igual jerarquía. Ello resulta ser apenas un efecto lógico de una actividad jurisdiccional pretérita que ha resuelto variedad y multiplicidad de casos en el pasado.

Sin embargo, el hecho de que las posturas judiciales se alineen al sentido de la carta política y la doctrina constitucional, debiéndose aceptar que puedan ser recogidas posiciones jurisprudenciales de antaño, no puede fungir como una cortapisa a la ejecutoriedad de las providencias judiciales y la cosa juzgada. Esta última, entendida como la regla conforme a la cual “la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes” (Congreso de la República, Ley 1564, 2012), no podría

justificar la existencia de un nuevo proceso de quien ya obtuvo una decisión judicial en las distintas instancias en un tema, más allá de que haya existido cambio jurisprudencial. Y es que, no podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica y la ejecutoriedad de las providencias judiciales permite la solución de los conflictos, los cuales no pueden quedar abiertos a la espera de que las interpretaciones jurídicas cambien con el paso del tiempo. Al respecto, resulta ilustrativa la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 36910 y 46746, del 2009 y 2011 respectivamente, y, del Consejo de Estado², quienes, respectivamente han sostenido que los hechos nuevos permiten un nuevo análisis del fondo del asunto únicamente en relación con estos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los cambios jurisprudenciales no constituyen una nueva situación que permita quebrantar la institución de la cosa juzgada.

De otro lado, es claro que la carga argumentativa de los jueces inferiores a las altas cortes que pretendan alejarse del precedente porque así lo ameriten las particularidades del caso, es mayor que la que tienen aquellas para apartarse del precedente. En efecto, a los altos tribunales les basta expresar que su postura anterior era errónea o que ha ameritado una reevaluación de acuerdo a las nuevas circunstancias sociales o fácticas o, incluso, que la nueva composición del órgano amerita ese cambio, mientras que, a los jueces de la base inferior de la estructura funcional, les resulta más imperioso realizar una amplia disertación argumentativa de las razones que ameritan el desconocimiento del precedente.

Para finalizar este capítulo, es relevante hacer una referencia a una paradoja que, a juicio personal del autor, se presenta con el precedente y con la autoridad de interpretación constitucional que tiene la Corte Constitucional en el medio. Y es que, de un lado, la fuerza del precedente se inspira en la importancia de la realización del principio de igualdad, pero, de otro, la autoridad que tiene la Corte Constitucional para establecer

² Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, en providencia del 17 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00356-00(AC).

las sub reglas que constituyen precedente obligatorio, ha sido vista por los críticos del neoconstitucionalismo, como una manera de que las decisiones judiciales y la tesis sobre los asuntos pierda predictibilidad, precisamente por la existencia de un poder omnímodo en el tribunal constitucional. Valdría la pena, obviamente desde la posición académica de la incursión en otros temas continuar con estas reflexiones, en lo que podríamos denominar la teleología de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial.

CAPITULO II

ANÁLISIS DE LA PRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL TEMA DE LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA – LEJANÍAS Y ACERCAMIENTOS

Puede asumirse que la diferencia que históricamente ha existido entre las categorías Constitución y Ley, y los múltiples problemas y discusiones doctrinales que ha representado esa diferencia a lo largo del vertimiento de las distintas posturas jurídicas sobre el derecho a lo largo de la historia, es la misma diferencia que, *mutatis mutandi* existe entre la dinámica de funcionamiento de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. No obstante, tal y como lo refirió el magistrado Cepeda de la Corte Constitucional en la aclaración de voto que hizo de la sentencia C-836 de 2001, en la actualidad la visión reduccionista del derecho tendiente a encasillar la actividad jurídica en la familia romano germánica o de derecho civil y en la anglosajona del precedente, ha sido superada sobre todo a partir de la post guerra del siglo XX, existiendo una convergencia entre las dos familias jurídicas que se ha acompasado con la importancia de la Constitución y la Ley.

Luego de un proceso de advenimiento de un papel trascendental del juez en la esfera de la adjudicación de los derechos (López, 2006), y encontrándose superado con el neoconstitucionalismo el protagonismo que en el estado de derecho tenía el legislador como protector natural de los derechos, la asunción directa del precedente como una fuente principal del derecho, incluso con cierta preponderancia y poder determinante sobre la misma ley fue la causal de un inusitado activismo judicial.

No podía ser de otra manera, en tanto el hecho de que la supremacía constitucional implicara el conocimiento de un bloque de regulación de carácter internacional que desarrollaba las reivindicaciones sociales bajo la premisa “*pro Homine*” (García, 2011), aunado a la premisa de que todo juez es constitucional, la concepción del tribunal constitucional que, otrora había asumido Kelsen como el órgano exclusivo de un

control concentrado ajeno a la actividad de los jueces ordinarios, fue revaluado por un omnímodo colegiado con gran poder en las esferas económica, social, jurídica e internacional, que asumió como propia la interpretación de que entre su doctrina y la carta política constitucional no podría atravesarse ni una hoja de papel.

Según (Torres, 2013), es el constitucionalismo la corriente actual del derecho que se vale de algunas herramientas para justificar el activismo judicial, ellas son:

- i) Asumir un carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en tratados internacionales.
- ii) Acogimiento del principio *Pro Homine* bajo la práctica de escoger la norma que más amparo y protección otorguen a los derechos de las personas.
- iii) La exigencia de la razonabilidad a los jueces.
- iv) Máxima protección a la intimidad y la autonomía personal.
- v) El establecimiento de las denominadas categorías sospechosas para dar un entendimiento a los derechos a la igualdad y a la no discriminación.
- vi) Efectivización de los derechos sociales.
- vii) Desarrollo común de la doctrina de inconstitucionalidad por omisión.
- viii) Seguimiento obligatorio a las reglas establecidas por los tribunales internacionales.
- ix) Control de convencionalidad, es decir adecuación a las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos.
- x) Mayor variedad de clases de sentencias que pueden dictarse (sentencias aditivas y exhortativas).

La incidencia que en Colombia ha tenido el control de convencionalidad en materia de estabilidad laboral reforzada ha contribuido al desarrollo del denominado fuero ocupacional, evidenciándose que los avances legislativos que pueden identificarse en el país parten de un acogimiento de normas del bloque de constitucionalidad sobre la materia, que han contribuido al diseño de medidas protectoras en favor de los trabajadores disminuidos físicos, psíquicos y con inconvenientes de salud en el trabajo.

En efecto, en Colombia el Congreso de la República (2009) expidió la Ley 1346, mediante la cual se aprobó la “*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que complementó la Ley 1145 de 2007, que creó el Sistema Nacional de Discapacidad, entendido como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales de la discapacidad (Congreso de la República, Ley 1145, 2007). Tales disposiciones, más que adscribir a Colombia a una corriente absoluta del fuero de salud, lo que hacen es fortalecer institucionalmente los medios de protección de esta población.

Posteriormente, el legislador, a través de la expedición de la Ley 1618 de 2013 buscó garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

Con todo, ha sido a través de la promulgación de la Ley 361 de 1997, artículo 26 estableció que “ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo” (Congreso de la República, Ley 361, 1997)

Conforme a la citada disposición, en Colombia es necesario solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a una persona que se encuentre en estado de discapacidad.

En la exposición de motivos de la Ley 361 de 1997, se encuentra una referencia al Convenio 159 de la OIT, aprobado en la sexagésima novena reunión de la Organización Internacional del Trabajo que trata sobre la readaptación laboral y el empleo de personas inválidas (Congreso de la República, Ley 82, 1988).

La primera línea divergente de interpretación que abonó el terreno para que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia acogieran posturas diferentes en la interpretación de la norma y el desarrollo de la institución, partió de que para la primera se trataba de un tema sustancialmente de debilidad manifiesta, mientras que, para la segunda, se trataba de un desarrollo del concepto discapacidad. Respectivamente, en el primer caso, nos encontrábamos frente a un concepto respaldado por toda una doctrina constitucional axiológica y, en el segundo, frente a un concepto técnico de condición de salud.

Consecuente con lo anterior, la Corte Constitucional sostuvo que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, y que dicha condición afecte su rendimiento ocupacional, sin que sea necesario que se cuente con un acto médico formal de determinación o declaración de discapacidad que haya sido objeto de graduación por parte de los organismos legalmente competentes para calificar la pérdida de capacidad laboral (Corte Constitucional, Sentencia T-326, 2016).

Para empezar a conocer el avance de la Corte Constitucional en la esfera de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, haciendo eco de lo ya destacado en el primer capítulo y de las referencias al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, es necesario tener en cuenta que, con la expedición de la Constitución Política de 1991 ha surgido una profunda transformación del derecho del trabajo en Colombia, que ha significado entenderlo en una triple significación de derecho, principio y valor.

La herramienta judicial que se ha erigido como principal fuente del establecimiento de las doctrinas proteccionistas de los trabajadores en la esfera ocupacional ha sido la acción de tutela, obviamente en el marco de la actividad de la Corte Constitucional. Ahora, si bien, conforme al numeral 2 del artículo 48 de la Ley estatutaria de administración de justicia, las decisiones de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces (Congreso de la República, Ley 270, 1996), cuando la tutela fija el alcance de un derecho fundamental se

constituye en sub regla constitutiva de precedente de obligatorio cumplimiento (Quinche, 2020).

Si bien es una regla reiterativa de la Corte, en la sentencia T-467 se encuentra un buen sustento argumentativo para sostener que la acción de tutela resulta procedente cuando se busca el reintegro al lugar de trabajo con ocasión de la desvinculación en estabilidad laboral reforzada (Corte Constitucional, Sentencia T-467, 2020). En línea de principio, la Corte Constitucional siempre ha sostenido que las controversias derivadas de la relación laboral no pueden ser resueltas por el juez de tutela, ya que la jurisdicción ordinaria cuenta con acciones y recursos idóneos y eficaces que pueden ser activados por el trabajador para reclamar sus derechos (sentencias T-406 de 2012, T-092 de 2016, T-418 de 2017, T-550 de 2017 y T-271 de 2018, entre otras); no obstante, tratándose de personas que han perdido su trabajo a consecuencia de un despido por encontrarse en estado de enfermedad, la alta corporación ha estimado que estas personas se encuentran en debilidad manifiesta, lo que hace que la tutela se erija en el medio que las releve de soportar las cargas procesales que implica acudir a un proceso judicial ordinario.

Sin duda, los cimientos de la estabilidad laboral reforzada que la Corte Constitucional ha cernido sobre el fuero de salud tienen origen en el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, ello en el entendido de que no resulta aceptable que la condición de discapacidad de una persona se constituya en una causa para limitar su acceso al mundo laboral.

Ahora, resulta importante destacar que, si bien en la jurisprudencia de la Corte Constitucional pueden encontrarse muchos casos en los que se concluya que existe debilidad manifiesta en el trabajo por situación irregular de salud, ello obedece a un activo funcionamiento del órgano de cierre constitucional en materia de selección de acciones de tutela sobre el tema para conocerlas en revisión. Sin embargo, en la jurisdicción ordinaria, he encontrado variadas situaciones de casos de personas que, si bien presentan alguna situación irregular de salud en el trabajo, lo que con cierta frecuencia

ocurre, no toda condición incapacitante de salud resulta ser indicativa de que nos encontremos frente a una situación de estabilidad laboral reforzada.

Es importante aclarar que la estabilidad laboral reforzada aplica frente a cualquier dolencia de salud, física y/o mental que padezca el trabajador y que haga incompatible ese padecimiento con la función que desarrolla el trabajador, independientemente de cuál sea el origen de la enfermedad, sea común o profesional. Aquí valdría la pena recordar que el tema del origen estrictamente se circunscribe al hecho de que, en veces será un organismo de la seguridad social el que deba responder por las prestaciones económicas y asistenciales que se generen, y en veces, será otro, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente, más para efectos de la estabilidad laboral reforzada, se impone el criterio objetivo, indicativo de unas condiciones irregulares de salud.

He podido identificar que los trabajos que se han realizado sobre estabilidad laboral reforzada por fuero de salud en el entorno universitario, son trabajos que siempre han partido del análisis del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las interpretaciones jurisprudenciales de las cortes sobre dicha disposición. No obstante, al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentran pronunciamientos sobre el tema incluso anteriores al 7 de febrero de 1997, fecha de promulgación de la Ley 361 de 1997, en los que la alta corporación deja entrever su alineamiento con el bloque de constitucionalidad en la materia y la garantía a la estabilidad laboral por debilidad manifiesta por condiciones de salud. Aquí resulta de gran utilidad la máxima de los derechos humanos consistente en que los mismos son garantía de cualquier persona por el hecho de ser persona, sin importar que las legislaciones de los estados hayan o no reconocido formalmente esa protección (Nikken, 2013).

Tal es el caso de la sentencia T-427 de 1992 de la Corte Constitucional, en la que aproximadamente 5 años antes de que se promulgara la Ley 361 de 1997, la Corte Constitucional ya utilizaba una doctrina que sustancial y materialmente se corresponde con los postulados y teleología de la mencionada ley. En efecto, si bien la doctrina de la presunción en favor del trabajador que indica que cualquier despido laboral en un estado

irregular de salud debe presumirse que se dio por esa circunstancia, es una tesis que se ha reiterado en las sentencias de revisión de tutela que se expidieron entre los años 2017 y 2020, nótese como desde 1992 ya la Corte hacía referencia a que, le corresponde al empleador demostrar que la decisión de finiquitar el contrato o vinculación no se dio por causas patológicas del trabajador. También es ilustrativo que no fue solo a partir de la promulgación de la Ley 361 de 1997 que la corte empezó a desarrollar el carácter tripartito del trabajo como principio, derecho y valor y su incidencia en el postulado de la estabilidad laboral en el empleo, es claro que el análisis que se hace en la referida sentencia confluye en una base que denota el carácter de estabilidad laboral reforzada que tienen las personas que se encuentran vinculadas laboralmente con una situación irregular de salud.

Llama la atención que el sustento axiológico de la igualdad se fundamenta en una tesis general que de antaño ha sostenido la Corte Constitucional, conforme a la cual gozan de protección jurídica ciertos sectores y grupos de personas que por su desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta deben recibir una protección del Estado, incluyendo en esta categoría a los trabajadores en estado irregular de salud. Dicha categorización la ha sostenido la corporación con apoyo en la Conferencia de Viena de 1986 sobre legislación para minusválidos, así como el Convenio 159 de la OIT de 1983.

Con todo, y en este punto se advierte un aspecto importante para el entendimiento de la institución, la Corte Constitucional hizo énfasis en la sentencia T-427 que: “la legislación en favor de los minusválidos no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros” (Corte Constitucional, Sentencia T-427, 1992). Obviamente, serán los contornos de cada caso concreto los que determinen si procede o no la protección.

Sin duda, la consolidación de la postura de la Corte Constitucional en el tema de la estabilidad laboral reforzada por estado de salud, puede ser catalogada como adscrita a un Estado social prestacional, por oposición al Estado de libertad, para hacer referencia

a una histórica discusión que ha existido sobre la forma de Estado y la superación del clásico Estado liberal el cual se limitaba a mandar, prohibir o permitir bajo la fórmula de derechos de abstención y el Estado social de derecho el cual asume una actitud positiva y afirmativa frente a la redistribución de la riqueza y el reconocimiento de derechos prestacionales que permitan alcanzar a la persona una existencia digna. En efecto, el Estado clásico se abstenía de regular normativamente un aspecto tan puntual como la estabilidad laboral por fuero de salud, dejando bajo una fórmula de libertad el desarrollo de sus propias relaciones productivas a los particulares, pero en el contexto actual bajo la garantía de aplicación inmediata de los derechos constitucionales y el carácter normativo exigible de la Constitución Política de 1991, es evidente que la Corte Constitucional ha tomado postura por elevar materialmente las condiciones de existencia de las personas. Precisamente la garantía a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud es una manifestación que denota la búsqueda de un nivel de realización personal, desarrollo ocupacional y rehabilitación en un escenario productivo de la persona que padece una enfermedad en el trabajo.

Este ha sido el delineamiento de la postura de la Corte Constitucional, imbuida por las corrientes del neo constitucionalismo, acogida a un plexo de garantías, valores, principios y derechos que no solo se encuentran contenidos en la Constitución Política, sino en disposiciones normativas que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional en su doctrina actual, siempre se ocupó de encontrar el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 del Congreso de la República, en un primer momento, superando el tenor literal de la propia disposición. En efecto, ante una demanda de inconstitucionalidad que se presentó en contra de la referida disposición, la alta corporación mediante la Sentencia C-531 de 2000 establece el sentido en el cual debe entenderse dicha norma. Los demandantes de la disposición encontraban en el requisito del permiso para despedir a instancias del Ministerio del Trabajo, un elemento que permitiría viabilizar el despido sin que se generara la ineficacia del mismo por el simple hecho de contar con dicha autorización.

En la referida sentencia de constitucionalidad se dejó claro que el sentido de interpretación de la norma en cita no consiste en entender que con el pago de una indemnización de 180 días el trabajador puede ser despedido, sino que, de ninguna manera, el estado de salud de una persona puede llegar a consolidar una justa causa para la desvinculación. Justificó la Corte Constitucional la intervención del Ministerio del Trabajo, como un concepto necesario por provenir de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo y proteger así al trabajador.

Resulta importante hacer referencia a la aparente contradicción que existe en los dos primeros incisos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que fue objeto de claridad por la Corte Constitucional en la referida sentencia de constitucionalidad, en el entendido de que, si el legislador ha establecido que existe una prohibición de despedir por razón de la limitación de salud, no puede entenderse que simplemente pagando una indemnización de 180 días se sana el asunto. De cara a la garantía del trabajo y a la realización personal y profesional de la persona vinculada, la alta corporación entendió que el pago de la indemnización por 180 días no le da eficacia al despido en esas condiciones, sino que se constituye en una sanción concurrente con el reintegro, dada la ineficacia del despido. En este análisis, la Corte Constitucional advirtió una omisión legislativa en la referida disposición, al visualizar que no se estaba consagrado el reintegro como efecto de la ineficacia, lo cual se constituye en la verdadera medida que realice la dignidad humana, la solidaridad y la igualdad.

Como pilar fundamental derivado de la aplicación del artículo 47 de la Constitución Política, la alta corporación entendió que los propósitos proteccionistas de rehabilitación e integración social que se derivan de la norma constitucional en favor de las personas discapacitadas, encuentran en el ámbito laboral el escenario que les puede permitir un ideal de productividad y desarrollo personal. El sustrato material que delimita este derecho viene dado por el hecho de que toda persona goza de estabilidad en el empleo de conformidad al artículo 53 de la Constitución Política, garantía que se hace más fuerte en el caso de las personas discapacitadas.

Puede asumirse que durante los años subsiguientes al 2000, luego de haberse proferido por la Corte Constitucional la sentencia C-531 de 2000, la Corte continuó profiriendo decisiones en las que amparaba el derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas, en el marco de la existencia de relaciones de trabajo. En efecto, por solo mencionar algunas, en la sentencia T-1040 de 2001 la Corte Constitucional ampara el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una persona que tenía contrato de trabajo con una empresa y que había sido despedida sin justa causa con el pago de la indemnización ordinaria legal; lo propio ocurrió en la sentencia T-198 de 2006, en la que la alta corporación amparó los derechos de una persona a quien se le había dado por terminado su contrato de trabajo en estabilidad laboral reforzada, con el pago de la indemnización ordinaria; en la providencia T-434 de 2008, la corporación amparó los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad, ordenando el reintegro de un ciudadano que tenía un contrato de trabajo a término indefinido con una empresa desde octubre de 1998 hasta agosto de 2007, a quien su ARL le había formulado recomendaciones médicas y fue despedido sin justa causa por la empresa con el pago de la indemnización tarifada de ley, y; en la sentencia T-420 de 2015, también circunscribió el amparo por estabilidad laboral reforzada al ámbito laboral subordinado, cuestión que también replicó en la sentencia T-320 de 2016.

Para destacar, como una sub regla jurisprudencial que la Corte Constitucional incluyó en sus providencias sobre el tema, especial mención merece la sentencia T-516 de 2011, en la que, en punto a la relevancia de las divergencias con la Corte Suprema de Justicia, la alta corporación de lo constitucional dejó claro que el amparo por estabilidad laboral reforzada ampara a quien sufra una disminución que le dificulte o impida el desempeño normal de sus funciones, por sufrir deficiencia, discapacidad o minusvalía, con independencia de que se encuentre o no calificado. Ahora, tal amparo por ejemplo ya lo había otorgado a una persona con un 5% de pérdida de capacidad laboral, a través de la sentencia T-211 de 2012, aunque en un contexto de análisis de imposibilidad para el desempeño de las funciones de manera normal, más que por el mismo hecho de la calificación, es decir, acogiendo un criterio material de interpretación sobre el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por encima del formal.

La Corte Constitucional ha ampliado a la esfera ocupacional la protección, considerando que, incluso en los contratos de prestación de servicios puede predicarse la garantía de la estabilidad laboral reforzada. En la sentencia SU 049 de 2017, la Corte Constitucional acude a algunos criterios que le llevan a unificar su interpretación constitucional, partiendo de preguntarse si la calificación de la pérdida de la capacidad laboral constituye un presupuesto para que opere esta garantía, si la estabilidad reforzada es aplicable a personas que sostienen vínculos ajenos al laboral pero desempeñan una actividad personal en el marco de otras modalidades contractuales y, por ende, si a estas personas les resulta o no aplicable la consecuencia jurídica del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para llegar a la sentencia SU 049 de 2017, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo de manera uniforme las sub reglas de protección extensiva a cualquier persona a quien sustancialmente se le dificulte el cumplimiento de sus funciones laborales con total independencia de que haya sido o no calificado, en las providencias T-597 de 2014, T-405 de 2015, T-141 de 2016, T-351 de 2015, T-106 de 2015, T-691 de 2015, T-057 de 2016, T-251 de 2016 y T-594 de 2015.

Para consolidar su jurisprudencia en la citada SU-049 de 2017, estableciendo la sub regla de que la estabilidad laboral reforzada se hace extensiva a personas que se encuentren vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios o de aprendizaje, ya se había pronunciado en dicho sentido en las sentencias T-1210 de 2008, T-490 de 2010, T-988 de 2012, T-144 de 2014 y T-310 de 2015.

Ahora, la dimensión del ejercicio que realiza la Corte Constitucional en virtud del numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en cuanto le impone la función constitucional de revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), tiene una específica forma de concretarse en las sentencias de unificación, con incidencia directa en las fuentes del derecho bajo la forma del

precedente. En efecto, este ejercicio, conforme al Acuerdo 01 de 2020, modificadorio del Acuerdo 02 de 2015 de la Corte Constitucional, se inspira en la trascendencia del tema y la necesidad de que el asunto sea estudiado por todos los magistrados en sala plena a efectos de proferir las sentencias de unificación. Es decir que la vía en que la alta corporación se inspira para establecer precedente obligatorio en el marco de la delimitación y el alcance de los derechos fundamentales, encuentra en la SU la herramienta para decantar las sub reglas sobre un derecho constitucional. Tal es el caso de la estabilidad laboral reforzada, que ha sido tema de unificación, merced a la necesidad que ha tenido la Corte Constitucional de que este preciso tema cuente con la fijación de unas subreglas de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades judiciales.

Las sentencias de unificación constituyen una de las dos clases de sentencias a través de las cuales la Corte Constitucional desarrolla el control concreto de constitucionalidad, las otras son las sentencias T de tutela. A través de las mismas se define el contenido de los derechos fundamentales, una tarea asignada por la propia Constitución Política a la Corte Constitucional, al punto que estas sentencias constituyen precedente horizontal obligatorio para la misma Corte Constitucional y obviamente para las demás cortes y para todos los jueces de la República. Y algo muy importante, es precedente en la esfera de fuentes del derecho, es decir, no solo para el control difuso que los jueces ejercen a través de la acción de tutela, sino para toda la dinámica de aplicación del derecho y del juicio jurídico en general. Es el caso de la estabilidad ocupacional reforzada.

La extensión que de la garantía a la estabilidad laboral reforzada atribuye la Corte Constitucional a las relaciones contractuales en las que existe una prestación personal del servicio pero que no se desarrollan a través de un contrato subordinado sino mediante contratos de prestación de servicios y que se concreta como sub regla constitucional a través de la sentencia SU-049 de 2017, tiene, sin duda, sustento en la igualdad de trato jurídico, la misma que viene determinada por el artículo 13 de la Constitución Política, pero que, de una manera muy especial encuentra en los incisos segundo y tercero de

dicha disposición una acción afirmativa en favor de las personas discriminadas por su condición física o mental y su estado de debilidad manifiesta. También fungen como fuente de esta garantía los artículos 53 y 93 de la Constitución Política.

Resultaría bastante retrogrado en un estado social de derecho que, una persona que acudiere a la vía constitucional para que se le otorgara por medio de control concreto la garantía a la estabilidad laboral reforzada saliere victoriosa y que, al mismo tiempo, otra persona acudiere a la vía ordinaria, digamos a través de la casación, con ese mismo petitum, y que se le negara la reivindicación reclamada, por el solo hecho de no contar con una calificación de su pérdida de capacidad laboral, o por el hecho de no ser un trabajador subordinado sino un contratista. Sin duda, la igualdad de trato jurídico exige que se tenga en cuenta que se trata de dos personas que se encuentran en una misma situación, por lo que aflora allí el derecho a la interpretación uniforme por parte de los jueces. Esta es una clara muestra de que no basta que la igualdad esté contemplada en la ley, si su aplicación no sigue el mismo rasero (Corte Constitucional, Sentencia SU-012 de 2018).

Ahora, la extensión del amparo por la garantía del fuero de salud a relaciones civiles en las que no existe una dinámica de subordinación opera en razón a que la Corte Constitucional fue consecuente con el postulado de protección al trabajo en todas sus modalidades, a las condiciones dignas y justas que deben rodearlo y el derecho al mínimo vital, que opera con total independencia de la clase de vínculo contractual, cuando es claro que las modalidades por prestación de servicios también, en gran medida constituyen formas de subsistencia de las personas que ejecutan este tipo de contratos. Entendió la Corte Constitucional que la estabilidad en el empleo es un principio constitucional que no solo se refiere a las relaciones laborales sino a cualquier vínculo en el que se desarrolle el trabajo humano.

También puede constatarse en las sentencias de la Corte Constitucional que se vienen citando, que uno de los valores jurídicos que inspiran la protección que dispone la norma es la igualdad. Pues bien, tal y como lo ha reseñado Cepeda (1992), en la

Constitución de 1886 no existía una disposición que desarrollara el derecho a la igualdad como lo hace la actual constitución política, razón que, en alguna medida, podría explicar el alejamiento que eventualmente podría tener la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral del sustrato material de su efectividad, a través de dinámicas argumentativas que no coincidan precisamente con el sustrato material y las acciones afirmativas que implican su reconocimiento. Es decir, durante muchos años de nuestra historia jurídica, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia operaron bajo un sistema de fuentes delimitado por la égida de la carta de 1886, que no tenía un carácter normativo destacable, como sí ocurre en la actualidad con la constitución de 1991.

Ahora, pese a la anterior observación, no puede negarse que, en los asomos de la decantación de su doctrina, en la sentencia Radicado 25.130 de 2006, la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia sí hace mención al derecho a la igualdad e incluso mantiene su referencia a dicho derecho y principio en sus providencias subsiguientes; es obvio, teniendo en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 constituye la resolución de un asunto de discriminación en el trabajo. Sin embargo, esa referencia no ausulta la profundidad que adopta la Corte Constitucional y, merced a la cual llega incluso a extender el derecho a relaciones contractuales ajenas a las laborales subordinadas y adopta un criterio formal de discapacidad que denota supuestos de protección y amparo en personas a quienes se les dificulte el rendimiento en el cumplimiento de sus funciones, sin importar que se encuentren o no calificadas.

Un acápite sobre el cual la Corte Constitucional marca un evidente énfasis en su jurisprudencia, a efectos de estructurar su postura de garantía a la estabilidad ocupacional reforzada, se encuentra en el análisis que la corporación hace sobre lo que podría denominarse la instrumentalización del ser humano para la consecución de fines de crecimiento económico empresarial y el reproche que hace de tal circunstancia. La Corte Suprema de Justicia no ha abordado el asunto desde dicha arista, obviamente sin que dicha omisión signifique un asentimiento a la práctica. Sin embargo, no lo ha abordado desde esa arista, entre otras cosas, porque tal razonamiento es una mirada *pro homine* (Corte Constitucional, Sentencia A-066, 2009), sobre la cual el órgano de cierre

ordinario no define las instituciones jurídicas, pero que puede arrojar una explicación razonable sobre la distancia que ambas cortes venía tomando sobre el tema. Significa este postulado que, en virtud del principio de solidaridad, el empresario o titular de los medios de producción tiene una cierta responsabilidad con la integración social de la persona que queda imposibilitada para desempeñar sus funciones de manera normal a causa de un padecimiento de salud que le dificulta su tarea y que, en esa medida, al no ser el ser humano un instrumento para la consecución de fines económicos, sino ser un fin en sí mismo, se hace imperiosa la protección.

En punto a identificar la esencia de las tesis de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de la estabilidad laboral reforzada, me permito hacer referencia a la sentencia del 15 de julio de 2008 proferida por la corporación, Radicado 32.532 de 2008, a partir de la cual se advierte el esfuerzo argumentativo de la Corte Suprema de Justicia en justificar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada únicamente se aplica a aquellas personas que tengan la condición de limitados en grado de discapacidad. Soporta legalmente la corte su postura en el Decreto 2463 de 2001 (Pastrana, 2011) que establece grados de severidad en la limitación, entre el 15% y el 25% como grado moderado, entre el 25% y el 50% como severa y, por encima del 50% como profunda. Es decir, la raíz de la tesis jurisprudencial de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia se inspira en una relación normativa bajo la modalidad de remisión tacita, que encuentra entre el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el Decreto 2463 de 2001, incluso pasado por alto que esta última es norma posterior y que, incluso la Ley 361 de 1997 es ley especial. Valdría entonces la pena preguntarse, qué ocurrió en la tarea interpretativa del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 mientras aún no se había promulgado el Decreto 2463 de 2001, que fue una norma que se expidió en el gobierno de Andrés Pastrana para reglamentar la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez. Qué sustento normativo se daba entonces cuando aún no se había expedido el Decreto 2463 de 2001 sobre los grados y dimensiones de la discapacidad.

Es indudable que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no remite a ninguna norma jurídica de manera expresa, envía más bien tácitamente a todo un compendio de disposiciones de orden superior que se encuentran establecidas en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad, ya que, precisamente la disposición viene inspirada en una serie de declaraciones de orden supranacional que elevan a rango de exigibilidad los derechos de las personas en condición de discapacidad.

Si bien este trabajo no desarrolla propiamente un tema de pensión de invalidez, al consultar por ejemplo la Ley 860 (Congreso de la República, 2003), y vislumbrar las exigencias de pérdida de capacidad laboral que exige la normativa, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República, 1993), no a otra conclusión se puede llegar en cuanto a advertir que la prestación por invalidez y el estado subjetivo de invalidez no permiten optar por interpretaciones distintas a simplemente verificar si la persona cuenta o no con un mínimo de 50% de pérdida de capacidad laboral (Restrepo, 2008). Esta norma sí, distinto a lo que ocurre con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene una regulación precisa sobre un guarismo específico y determinado que constituye el supuesto de hecho de la referida prestación pensional. Sin embargo, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se erige en una cláusula de un carácter abierto y con un sustrato material más profundo, que obviamente exige un ejercicio interpretativo mayor de parte del operador jurídico.

Es llamativo que la propia sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha dejado de reconocer que el sistema de protección contenido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 constituye un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral (Corte Suprema de Justicia, Radicado 32.532, 2008).

Incluso, la propia Corte Constitucional, como muestra del amplio espectro de interpretación que ha desarrollado, ha decantado otra sub regla en el sentido de que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997

(Sentencia SU-049, 2017), sino que la misma tiene sustento constitucional y, de contera, en el Bloque de Constitucionalidad.

El presupuesto bajo el cual la Corte Suprema de Justicia abordó desde sus inicios el tema de la estabilidad laboral reforzada partió de un presupuesto de integración normativa bajo un estricto espectro de ley en sentido formal. En efecto, en la sentencia radicado 32.532 de 2008, al referirse al concepto de minusvalía, se lee que la misma: “debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado (Ley 361 de 1997), y solo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S del T”. Esta línea de interpretación continuó en las sentencias Radicado 35.606 de 2009, Radicado 38.992 de 2010 y Radicado 39.207 de 2012.

No se trata de partir de la idea de que la referida remisión normativa no pueda ser aplicable en el ejercicio de interpretación que se haga sobre todo el contexto de la Ley 361 de 1997, ya que la triple clasificación de la discapacidad en moderada, severa o profunda que contiene el Decreto 2463 de 2001 es una herramienta de delimitación de grados de severidad, no solo en el marco de la referida ley sino también de la Ley 100 de 1993 y otras disposiciones; sin embargo, cuando el apoyo sistemático entre estas disposiciones para adoptar conceptos y grados de debilidad cuando la única finalidad es limitar el ejercicio de los derechos, es decir, cuando se hace la integración normativa con carácter restrictivo de derechos, no parece cumplir con los fines propios de la realización humana en el estado social de derecho.

Por tradición jurídica, pareciera que la Corte Suprema tuviera la tendencia a estructurar sus tesis jurisprudenciales, más desde la integración normativa en el rango legal, que desde la supremacía constitucional como lo hace la Corte Constitucional. Ello podría explicarse en el hecho de que, como se destacó en precedencia, las cortes de cierre existentes antes de la Constitución de 1991 operaban más bajo la figura de un control de legalidad y no bajo control de constitucionalidad abstracto y concreto como lo hace la Corte Constitucional, extendido al control de convencionalidad en los últimos

años, y en este punto vuelvo al precedente y al concepto de ley. Ahora, no pretendo desconocer que, en la actualidad debe darse cuenta de una confluencia de posturas que, incluso colocan a la propia Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación en el plano de la realización y efectividad de los derechos fundamentales, pero una cosa sí es cierta, y es que desde la óptica del deber ser y bajo una mirada material, es innegable que, acoger la postura que ha sostenido la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la exigencia de que se cuente con una calificación de la pérdida de capacidad laboral de la persona, a efectos de encasillarla en una discapacidad moderada, severa o profunda, además de constituir la adopción de doctrinas que podrían desconocer el precedente constitucional y, por esa vía, configurar causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela por desconocimiento del precedente y violación al derecho a la igualdad, van en contravía de la exigencia material de que cada puesto de trabajo se evalúe de conformidad a las particularidades propias de exigencia y desempeño que rodean el cargo que desempeña la persona. Esto es, si la Corte Constitucional ha dicho que uno de los presupuestos sustanciales que deben concurrir para que exista la garantía de la estabilidad ocupacional por discapacidad es que sustancialmente se le dificulte al trabajador realizar la labor, es innegable que se deba hacer un análisis en concreto de cuál es la labor, cual es la capacidad promedio que se necesita para desarrollarla y cuál es el problema de salud física y/o psíquica que está concurriendo en el sujeto para que surja esa imposibilidad. Ello opera con total independencia de que la persona haya o no sido calificada.

Con todo, un criterio de convergencia entre la Corte Constitucional y entre la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha sido que ambas han aplicado en su jurisprudencia la regla según la cual cuando el despido se lleva a cabo sin previa autorización del inspector del trabajo opera la presunción de desvinculación laboral discriminatoria, la cual debe ser desvirtuada por el empleador, operando la inversión de la carga de la prueba, bajo el artículo 167 del CGP que establece que el juez puede distribuir la carga probatoria cuando la parte débil se encuentra en indefensión o en incapacidad (Congreso de la República, Ley 1564, 2012).

En la actualidad, según se puede verificar en las recientes sentencias de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido bastante lenta la adscripción de esta corte a las sub reglas decantadas por la Corte Constitucional. Puede observarse en la sentencia SL1360 de 2018, que la Corte Suprema de Justicia continúa sosteniendo que son únicamente los espacios laborales donde se desarrolla una relación subordinada de trabajo, los escenarios en los que se puede presentar segregación, exclusión y discriminación de personas en estado de discapacidad, aun siendo reticente a adoptar la postura de la Corte Constitucional, objeto de unificación en la sentencia SU-049 de 2017, respecto a hacer extensiva la protección de la Ley 361 de 1997 a personas que se encuentren inmersas en contratos de prestación de servicios.

Con todo, en la referida sentencia puede vislumbrarse que la sala de casación laboral ya se acerca a un criterio más material de discapacidad, por encima del formal, al hacer referencia a la expresión “*estado biológico, fisiológico o psíquico de la persona*”, y empezar a coger el criterio de la Corte Constitucional, en cuanto ya habla de un estado médico que haga incompatible e insuperable el desarrollo de las actividades laborales en condiciones normales.

Ahora, la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, salvo en aquellos casos en los que la Corte Constitucional ha declarado la procedencia de causal específica de acción de tutela por la causal de desconocimiento del precedente, donde la corporación de cierre ordinario vuelve y dicta la providencia acogiendo las sub reglas decantadas por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación y de tutela en las que fija y determina el alcance de la estabilidad laboral reforzada, es evidente que la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia continúa desatendiendo el precedente de la Corte Constitucional. Así se vislumbra en las sentencias SL-4609 de 2020, SL-058 de 2021 y SL-572 de 2021, en las que la Corte Suprema de Justicia continúa exigiendo, a efectos de otorgar la garantía de la estabilidad reforzada, que la persona se encuentre calificada. Precisamente en la última de las sentencias citadas, expresó que:

Exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral para el momento de la terminación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido (Corte Constitucional, Sentencia SL-572 de 2021).

Puede decirse, que el avance de la Corte Suprema de Justicia, en el alineamiento de posturas de corte más garantista, parte de evidenciar que ha acogido otros criterios legales de discapacidad, no estrictamente formales, sino más cercanos a un juicio material, como la referencia que hace la corporación a la definición legal de discapacidad, establecida en el artículo 2º de la Ley 1618 de 2013. Esta ley, que es estatutaria y se inspira en principios como la inclusión social, acciones afirmativas para favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, adaptación de entornos productivos para lograr el acceso a la recuperación y a la sostenibilidad laboral, la rehabilitación funcional y el enfoque diferencial, entre otros valores, permite que la Corte Suprema de Justicia vaya acercándose a un concepto de discapacidad más incluyente y material, como partir de asumir que es discapacitada la persona que padece “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” (Congreso de la República, Ley 1618, 2013).

Es decir, que la concordancia en la tesis jurídica sobre el tema, hasta el momento, solo se da en casos de la declaratoria de acciones de tutela procedentes que implican la emisión de una nueva decisión, más no por criterios de adscripción al alcance de la institución de la estabilidad laboral reforzada, tal y como la concibe la Corte Constitucional.

Otro avance se marca en la consideración de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual:

En el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir 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 especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

He aquí una muestra de cómo, pese a la obligatoriedad del precedente de la Corte Constitucional, un buen nivel de carga argumentativa permite legítimamente un apartamiento de dicho precedente, sin incurrir en un desconocimiento del principio y derecho a la igualdad, porque, sin duda, todos los casos son diferentes y tienen contornos particulares.

Como colofón, no pueden desconocerse aspectos sobre los cuales la sala de casación laboral se ha acercado a la doctrina constitucional sobre el tema, cuando ha sostenido que: - la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores; - la finalidad del legislador al exigir el permiso del Ministerio del Trabajo para despedir a una persona en estado de discapacidad cumple la idea de que una autoridad objetiva y ajena al caso pueda determinar si, en el caso concreto existe incompatibilidad entre la labor y el estado de salud; - No deja la Corte Suprema de Justicia de reconocer las finalidades constitucionales de esta institución, y; - entiende que es completamente justificado el relevo al trabajador de tener que probar que el despido fue discriminatorio, y por ello es consecuente con la presunción de discriminación que impone una inversión de la carga de la prueba, entre otros aspectos.

Valdría la pena reflexionar sobre la teleología que sustenta la postura garantista de la Corte Constitucional, cuestionada por algunos sectores por constituir fórmulas enervantes y anuladoras de la actividad empresarial y aplaudida por sectores más débiles de la sociedad. Bajo una condición de ecuanimidad y, obviamente dejando abierta la discusión, es dable encontrar solvencia normativa en el estado social de derecho para soportar las garantías que el alto tribunal ha decantado en su precedente y razones de peso que colocan esta doctrina en la esfera de las fuentes primarias del derecho, distinto es que se asocie la realización de estos derechos a una situación coyuntural o circunstancial relacionada con los estándares de productividad o la esfera de la propiedad privada del empresario. Lo cierto del caso es que ahí se encuentran las normas legales derivadas de la potestad configurativa del legislador, en el medio jurídico resuena el eco de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y se encuentran determinadas las herramientas constitutivas de las fuentes del derecho para hacer efectivas las prerrogativas de los ciudadanos. Resultaría inconmensurablemente valioso para la convivencia pacífica que, no solo las instancias judiciales ordinarias a la cabeza de la Corte Suprema de Justicia y todas las autoridades judiciales, administrativas y legislativas, así como los ciudadanos empezáramos a comprender que las disposiciones constitucionales, el valor normativo de la carta política y la supremacía constitucional tienen un trasfondo que supera la simple promulgación y que se trata de reglas que deben delinear de una manera más justa las relaciones contractuales entre el empresario y el trabajador.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

Existe un principio de autoridad en la interpretación tanto en el sentido y alcance de la ley, como en la determinación de la aplicación de los derechos fundamentales, que hace prevalecer en el medio jurídico colombiano la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional, que engrana un precedente que, incluso llega a catalogar como prevalente por encima de las interpretaciones y precedentes jurisprudenciales de las otras cortes³.

Si bien, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional tienen valor vinculante, al provenir de órganos colegiados de cierre que tienen a cargo la función de unificar la jurisprudencia, la Corte Constitucional, al disponer de un poder de interpretación sobre la Constitución Política, dispone de una competencia ampliamente determinadora del alcance de las instituciones jurídicas.

La teoría del precedente constitucional en nuestro medio está consolidada. El tradicional sistema de fuentes que conserva raíces del siglo XIX y que cita el artículo 230 de la Constitución Política debe ser leído bajo un replanteamiento del concepto “ley”, entendiendo que esa expresión se refiere a ordenamiento jurídico, lo cual abarca el precedente y su fuerza obligatoria.

En el sistema de fuentes del derecho, Colombia se ubica en un híbrido que denota un derecho eminentemente legislado bajo la corriente romano germánica o continental, pero, a su vez, contiene un importante sistema de obligatoriedad del precedente que comprende elementos del sistema anglosajón. La combinación de ambos sistemas puede

³ Sentencia C-816 de 2011 (Corte Constitucional, 2011): *“En síntesis, la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, en cuanto autoridades constitucionales de unificación jurisprudencial, vincula a los tribunales y jueces -y así mismas-, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica, a partir de una interpretación sistemática de principios y preceptos constitucionales. Las decisiones de otros órganos y autoridades judiciales, expresión viva de la jurisprudencia, son criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con el artículo 230.2 de la Constitución”*.

vislumbrarse en la posibilidad que existe de alejarse del precedente, sin transgredir el derecho a la igualdad de trato jurídico, cuando se cumple con soporte argumentativo adicional y se justifica bajo las obligaciones de transparencia y suficiencia.

El tema de la estabilidad laboral reforzada es un típico caso en que se puede vislumbrar un evento de alejamiento legítimo del precedente, esto es, un cumplimiento de las cargas de transparencia y suficiencia para sustentar una postura diametralmente opuesta. Y es que, si bien, en sus inicios, la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia acogía una postura formalista que exigía que solo las personas que estuvieren clasificadas bajo determinado grado de discapacidad merced a la calificación podían acceder a la garantía de la estabilidad laboral reforzada, yendo en contra del precedente de la Corte Constitucional, para quien este es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, y que dicha condición afecte su rendimiento ocupacional, sin que sea necesario que se cuente con un acto médico formal de determinación o declaración de discapacidad que haya sido objeto de graduación por parte de los organismos legalmente competentes para calificar la pérdida de capacidad laboral, la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sabido morigerar su postura, dejando de ser tan formalista y, sin adscribirse del todo a la tesis garantista de la corporación constitucional, ha decantado su postura, en el sentido que, de no existir una calificación pero, la limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra la persona, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como por ejemplo cuando se viene regularmente incapacitado, el trabajador se encuentra en tratamiento especializado, tiene restricciones o recomendaciones laborales para realizar su labor, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, resulta procedente la garantía.

La principal divergencia entre las cortes, quizá parte del supuesto que cada una de ellas tiene respecto al alcance de la garantía de la estabilidad laboral reforzada. La Corte Constitucional asumiéndola como una institución necesaria en cualquier entorno

en el que se verifique la actividad humana destinada al cumplimiento de un fin contractual, independientemente de que exista o no un contrato de trabajo, bajo una tesis que podríamos llamar derivada del principio del contrato realidad y, la postura de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, completamente adscrita al entorno laboral subordinado.

No puede asumirse de manera tajante que la obligatoriedad del precedente de la Corte Constitucional en materia de estabilidad ocupacional reforzada deba llevar a la jurisdicción ordinaria y, dentro de ella, a la Corte Suprema de Justicia, a que siempre deba tomar como rasero en todos los casos de estabilidad laboral reforzada una aplicación uniforme de la doctrina que indica que no es necesaria una calificación para que se conceda la garantía de la estabilidad en el empleo. Obviamente, se trata es de que se aplique un criterio material de análisis de cara al caso concreto, ya que cada caso tiene sus propios contornos y particularidades, teniendo siempre presente que la igualdad no constituye un derecho abstracto que implique fórmulas absolutas para todos los casos.

En sintonía con la anterior conclusión, siempre que el operador jurídico advierta que el caso que analiza contiene particularidades que no denotan el cumplimiento de los presupuestos para otorgar la garantía a la estabilidad ocupacional por fuero de salud, así se deberá explicar. El alejamiento del precedente exige, eso sí, cargas de transparencia y de suficiencia, que imponen detallar y dar cuenta del conocimiento del precedente y concluir con solvencia argumentativa en por qué ese precedente no resulta aplicable al caso que se analiza.

Como cada oficio u ocupación es diferente y cuenta con unas características propias de capacidad de desempeño, no resulta aconsejable que se asuman posturas absolutas frente al tema.

Es relevante el direccionamiento de las sentencias de la Corte Constitucional, el hecho de que, además de todo el tema de la supremacía constitucional que ya se ha visto y la fuerza del precedente, concurre en la actividad jurisdiccional de esta alta corte, por lo menos en la esfera de la acción de tutela, una serie de presupuestos relacionados con la

aplicación inmediata de los derechos constitucionales y el carácter normativo de la Constitución Política en el examen de los derechos de los trabajadores con fuero de salud, que obviamente no se ve tan latente en las sentencias de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema. En efecto, temas como la inmediatez, la subsidiariedad de la acción de tutela, la condición de debilidad manifiesta, la realización de la igualdad, la premura en la actuación judicial a fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable, la garantía de la estabilidad laboral en el empleo, entre otros, son acápites que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria obviamente no considera en sede ordinaria, pero que siempre se encuentran presentes en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La garantía del derecho a la estabilidad laboral reforzada no debe ser restringida a determinado grupo de ciudadanos. Ni razones formales, ni tampoco cuestiones contractuales pueden limitar este derecho. Así, además de que no es necesaria una calificación de la pérdida de capacidad laboral en el trabajo para acceder al derecho, tampoco puede ser una razón para limitar la estabilidad la modalidad contractual que la persona tenga con el empresario, siempre que de por medio se encuentre involucrada la actividad humana destinada a un servicio personal. De la misma manera, en la dimensión de este derecho, al ser producto del postulado de la solidaridad, que involucra al estado y a los particulares en procura de la integración social, debe acogerse un criterio material y sustancial que lleve a que grupos discriminados de la población puedan realizarse desde el punto de vista ocupacional.

La exigencia de la autorización al Ministerio del Trabajo que contempla el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se justifica en la medida en que la estabilidad ocupacional reforzada opera sin perjuicio de las justas causas que el empresario tenga para acudir a prescindir de los servicios del trabajador en el marco de la ley. Es decir, la estabilidad laboral reforzada tampoco comporta fórmulas absolutas de permanencia en el empleo, ya que el legislador ha establecido el catálogo de las justas causas por las cuales se puede legítimamente dar por terminado un contrato, y las mismas operan sin perjuicio de esta protección.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de 1991*. Gaceta Constitucional.

Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos – Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Panamericana SA.

Cepeda, M. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 82* (23, diciembre, 1988). Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 100* (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 270* (7, marzo, 1996). Por la cual la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señala sus principios, estructura, función jurisdiccional, integración de corporaciones y despachos judiciales, funciones y competencia de la fiscalía general, estructura y composición de las jurisdicciones y altas Cortes.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 361* (11, febrero, 1997). Por la cual se reconoce un espacio en los espectáculos para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 860* (29, diciembre, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1145* (10, julio, 2007). Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1346* (31, julio, 2009). Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1564* (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1618* (27, febrero, 2013). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 2463 (2001). Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, en providencia del 17 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00356-00(AC).

Colombia. Corte Constitucional, Acuerdo 02 de 2015.

Estrada, S. (2005). *Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. (Tesis inédita de maestría), Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.

García, J. (2011). *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. . (Tesis inédita de maestría) Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Edición (2), Universidad de los Andes. Bogotá: Legis.

Lorca, M. (2013). *Principio de Proporcionalidad y Neoconstitucionalismo*. Editorial Lemoine: Medellín.

Nikken, P. (2013). El concepto de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p.p. (1-6).

Organización Mundial de la Salud. (2014) *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Recuperado de [https:// n.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html](https://n.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html).

Quinche, M. (2020). *El precedente judicial y sus reglas*. Edición (3), Bogotá, Colombia.

Restrepo, S. (2008). *Baremo de la invalidez*. (Tesis inédita de maestría), Universidad Libre, Pereira, Colombia.

Torres, L. (2013). *El activismo judicial en la era neoconstitucional*. Revista de debate constitucional. Vol (15), Bogotá: Panamericana.

Zarate, A. (2019). *Derecho Constitucional*. Editorial Universitaria Ramón Areces.