

El movimiento pendular de la estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia y España¹

The pendular movement of labor stability reinforced by health in Colombia and Spain

DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN

DOCENTE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Resumen

El conflicto entre la estabilidad laboral reforzada por salud del trabajador y el derecho al rendimiento empresarial se agudiza cuando el trabajador es despedido. España y Colombia no tienen una solución por la ausencia de normas al respecto y la vigencia de otras descontextualizadas, razón por la que se acude a la justicia. Los tribunales españoles consideran que la incapacidad de larga duración no constituye una discapacidad, dando efecto de improcedente a la decisión; los tribunales colombianos acceden al despido del trabajador dado de baja, cuando la empresa tiene una justa causa y sigue el debido proceso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abre un nuevo sendero jurídico, considerando la inclusión del trabajador enfermo de larga duración como una discapacidad y el despido en estas condiciones es discriminatorio.

Abstract

The conflict between labor stability reinforced by worker's health and the right to business performance is exacerbated when the worker is dismissed. Spain and Colombia do not have a solution due to the absence of rules in this regard and the validity of other de-contextualized laws, which is the reason to go to court. The Spanish courts consider that long-term incapability does not constitute a disability, thus rendering the decision inappropriate; the Colombian courts agree to the dismissal of the discharged worker, when the company has just cause and follows due process. The European Union Court of Justice opening a new legal path, considering the inclusion of the long-term sick worker as a disability and the dismissal under these conditions is discriminatory.

Palabras clave

trabajador enfermo; estabilidad laboral reforzada; decisión judicial; enfermedad; discapacidad; discriminación; despido; incapacidad

Keywords

sick worker; reinforced labor stability; judicial decision; disease; disability; discrimination; dismissal; incapability

1. INTRODUCCIÓN

La relación laboral estructurada en el contrato de trabajo se ha desdibujado, cambiando la figura de trabajador por denominaciones como cooperadores, colaboradores o prestadores de servicios, pasando del “trabajo asalariado” al “trabajo mercantilizado” hasta el “trabajo abstracto”². Sin embargo, en cualquiera de estas manifestaciones el trabajo es desarrollado por una persona, que por su condición humana puede enfermar y dejar de

¹ Artículo elaborado en la estancia de investigación doctoral en la Universidad de Burgos-España, dentro del trabajo de investigación para obtener el título de Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, denominado “Elementos estructurales generadores del conflicto laboral en la garantía de la estabilidad laboral reforzada por accidente de trabajo y enfermedad laboral en Colombia. Periodo 1997 a 2015”.

² MÉDA, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, España, Editorial Gedisa, 1998, pág. 18.

prestar el servicio, generando conflictos entre las obligaciones contractuales y los derechos fundamentales, que no encuentran soluciones en las normas ni en las decisiones judiciales.

Actualmente Colombia y España están enfrentando el conflicto socio-jurídico que genera el despido del trabajador enfermo que no logra la incapacidad permanente parcial ni la invalidez pero sigue con afectaciones a la salud que le impiden el desarrollo del trabajo para el cual fue contratado.

A pesar que el texto Constitucional de Colombia de 1991 incorpora el reconocimiento de la vida³ y la salud⁴ como derechos fundamentales autónomos y en la Constitución de España se contempla la vida⁵ como derecho autónomo y la salud como derecho conexo con los derechos sociales⁶, las normas laborales no atienden estos preceptos en forma clara y explícita.

En efecto, las dos naciones tienen una regulación normativa referida a las obligaciones de las partes en el cuidado de la salud en el trabajo⁷. Sin embargo, cuando el accidente y la enfermedad generan incapacidad médica para el trabajador y disminución de la eficiencia económica para el empleador, surge el conflicto, quedando latente la posibilidad de terminar el contrato de trabajo. Pero el procedimiento y las condiciones para esta decisión no son claras en ninguna de las dos naciones, razón por la que se acude a los jueces como garantes del derecho y la justicia, dando lugar a pronunciamientos jurisprudenciales. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia para Colombia y el Tribunal Supremo para España, no garantizan la solución del conflicto ante las interpretaciones dinámicas referidas a los derechos fundamentales, las diferencias entre enfermedad y discapacidad, y los actos de discriminación.

Mientras que los tribunales de justicia de las dos naciones toman decisiones según el juego de intereses contrapuestos del empleador y el trabajador, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸ está profiriendo sentencias que abren un nuevo sendero jurídico para la solución del conflicto del despido de los trabajadores enfermos, indicando que dentro del concepto de discapacidad puede encajar la situación causada por una enfermedad o accidente que genera la baja de largo plazo pero con proyecciones de recuperación.

³ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 11: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

⁴ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

⁵ Constitución Española de 1978, Artículo 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

⁶ Constitución Española de 1978, Artículo 42: “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno.”

⁷ En Colombia véase el Código Sustantivo del Trabajo con sus modificaciones, ordenado por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, publicado en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, que compila los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951. En España véase el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Ver la Sentencia STJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11).

Por consiguiente, se establece como hipótesis de este artículo que las condiciones para reconocer el derecho a la estabilidad laboral reforzada por salud al trabajador enfermo de larga duración en Colombia y España, son confusas por los vacíos normativos y las divergentes decisiones judiciales que han establecido fórmulas de solución sin equilibrar los intereses de las partes; mientras en las sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra un camino que resuelve el conflicto y permite reconstruir la legitimación de la sociedad en el trabajo⁹, un camino que acepta la ampliación del término discapacidad y la inclusión de otras condiciones para su protección.¹⁰

En consecuencia, se busca resolver la pregunta: *¿existen consideraciones judiciales del Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea que amplíen las condiciones para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo de larga duración, diferentes a las que establecen los tribunales de Colombia y España?*

De tal manera, en el presente artículo (i) se describe la figura de la estabilidad laboral reforzada por salud al trabajador en Colombia; (ii) se desarrollan los elementos existentes para la protección por estabilidad laboral reforzada al trabajador en España; (iii) se enuncian las consideraciones extensivas de la discapacidad del Supremo Tribunal de la Unión Europea; y (iv) finalmente se presentan las conclusiones que pueden aportar a un consenso en las dos naciones y sus órganos judiciales.

2. EL INSEGURO MOVIMIENTO PENDULAR DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN COLOMBIA. LAS SENTENCIAS DE LAS ALTAS CORTES

Desde las ciencias naturales, sin entrar en profundidades, un péndulo es una partícula de masa suspendida por un hilo con una longitud invariable, fijada en un extremo a un punto que le permite desplazarse y alejarse del centro describiendo una trayectoria circular, registrando posiciones intermedias entre los dos extremos. Pues bien, el conflicto de la estabilidad laboral reforzada por salud puede ajustarse al movimiento pendular, donde la masa es el conflicto del despido, el hilo las normas que soportan las razones de las dos partes y los extremos las posiciones de los tribunales de justicia en Colombia y España. Veremos los extremos que alcanza el péndulo en su movimiento.

La Constitución Política de Colombia de 1991 describe en el artículo 13¹¹ la obligación del Estado de propiciar a las personas que según su situación económica, física o mental se encuentren *en estado de debilidad manifiesta* las condiciones para la igualdad real y efectiva, incluyendo las relaciones de trabajo que se rigen por los principios descritos en el

⁹ Ibid. MÉDA, D., pág. 23.

¹⁰ Sentencia Tribunal Supremo de España STS del 31 de enero de 2011, RJ/2011/922 (F.J.3), tomado de CARRIZOSA PRIETO, E.: “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ISSN 2282-2313, Vol. 4, No. 1, 2016, pág. 14.

¹¹ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

artículo 53¹². Se destaca la estabilidad en el empleo, que tambalea cuando el trabajador es una persona en condición de discapacidad o sin serlo sufre daños en la salud que lo separan por largo tiempo del trabajo, dando lugar al riesgo de despido.¹³

En el mundo del trabajo de Colombia, se reconoce la estabilidad laboral como la protección del trabajador a no ser despedido por el empleador, mientras subsistan las causas que llevaron a la celebración del contrato de trabajo; esta estabilidad adquiere la condición de reforzada cuando el trabajador se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, verbigracia mujeres en estado de embarazo, personas en condiciones de discapacidad, aforados sindicales¹⁴ y madres o padres cabeza de familia. En estos casos, cuando el empleador considere dar por terminado el contrato de trabajo al trabajador cobijado por la estabilidad laboral reforzada, debe solicitar autorización en el Ministerio del Trabajo y/o adelantar un proceso judicial.

A propósito de la garantía de permanecer en el trabajo para las personas en condición de discapacidad, el Congreso de la República de Colombia expide la Ley 361 de 1997¹⁵, que establece en el artículo 26¹⁶ la prohibición al empleador de despedir al trabajador que fue contratado en condición de discapacidad, sin autorización de la autoridad administrativa, garantizando *la estabilidad laboral reforzada en condición de discapacidad* y limitando el poder subordinante del empleador. Esta norma se traslada a las relaciones laborales, con las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y/o civil sin ninguna condición de

¹² Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 53: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-613 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁴ El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 405, define el fuero sindical como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

¹⁵ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”

¹⁶ Ley 361 de 1997, Artículo 26: “*No discriminación a persona en situación de discapacidad.* En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, siempre se garantizará el derecho al debido proceso. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

discapacidad, que sufren un accidente o una enfermedad, que no les permite seguir prestando el servicio para el cual fueron contratados.

Por las anteriores consideraciones de la “estabilidad laboral reforzada”, según el sector empresarial se ha generado pérdida de la eficiencia y mayores costos en la producción¹⁷ y según los trabajadores, se extendió la protección necesaria ante la posible terminación del contrato de trabajo.¹⁸

Así las cosas, cuando se omite el deber del cuidado de la salud en el trabajo, obligación contractual descrita en el Código Sustantivo del Trabajo colombiano¹⁹, el accidente o la enfermedad abren la puerta del conflicto laboral, pues el empleador teme la disminución de la producción y el trabajador el despido.²⁰

Acto seguido, el conflicto los enfrenta a la pervivencia de los vacíos del sistema normativo, con el péndulo de la estabilidad laboral reforzada acuden de un lado a la jurisdicción constitucional por medio de la acción de tutela, buscando la protección a partir de las condiciones especiales de la persona y la garantía de los derechos humanos²¹. Del otro lado, utilizan la justicia ordinaria laboral mediante demanda ordinaria, cuyas decisiones judiciales siguen el precedente de la Corte Suprema de Justicia, que establece requisitos adicionales a la debilidad manifiesta y analiza las causas del despido, para conceder el fuero al trabajador; una vez presentada la demanda cada parte tira del hilo pendular esperando romperlo a su favor.

Es decir, en Colombia el péndulo encuentra en su movimiento dos extremos, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, como órganos de cierre de la justicia, que han proferido sentencias en diferentes posiciones, con posturas aceptadas por los defensores de los trabajadores, cuando por la obligación de solidaridad del empleador con el trabajador enfermo se ordena el reintegro y pago de salarios dejados de percibir²²; o sujetas a críticas cuando, siguiendo los simpatizantes de los empresarios²³, se declara procedente el despido y se protege el derecho a la garantía económica que debe reportar el contrato de trabajo.

¹⁷ ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA (ANDI): *Estrategia para una nueva industrialización*, Bogotá-Colombia, 2015.

¹⁸ ALCOVER DE LA HERA, C.M., y PÉREZ TORRES, V.: “Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional”, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, pág. 206-223.

¹⁹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 56: “OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.”

²⁰ SALAS FRANCO, T.: *La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Blá, 2007.

²¹ BERMÚDEZ ALARCÓN, K. (Dir.): *Protección del derecho al trabajo: jurisprudencia constitucional*, Departamento de Derecho Laboral, Centro de Investigaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

²² JARAMILLO ZABALA, J.A.: *La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

²³ LÓPEZ MEDINA, J.C.: *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia. Área laboral*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2011.

2.1. Movimiento pendular de inclinación constitucional

En cuanto a la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-049 de 2017²⁴ se establecieron los criterios de reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por salud a los trabajadores y se extendieron los efectos a los prestadores de servicio independientes o autónomos, dando el nombre a la protección para estos trabajadores de “estabilidad ocupacional reforzada”.

De ahí que la acción de tutela como vía judicial para el reconocimiento expedito del derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida en Colombia, desbordó toda pretensión de control a este derecho. Por esta razón, el poder legislativo atendiendo requerimientos del poder judicial expide la ley 1751 del 16 de febrero de 2015²⁵, pasando el derecho a la salud del modelo de derecho social conexo o dependiente del derecho fundamental a la vida, a un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.²⁶

Por lo anterior, las dolencias físicas del trabajador, que lo dejan en situación de incapacidad temporal y le impiden realizar el trabajo en las condiciones óptimas que fue contratado, configuran un estado de discapacidad aún no reconocido en la normatividad colombiana. Sin embargo, esta situación puede encontrar protección en el denominado estado de debilidad manifiesta desarrollado por la Corte Constitucional, que busca anular el acto discriminatorio soterrado del empleador al despedir al trabajador enfermo alegando otras causales. Para la Corte Constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada por salud se refiere a la protección de aquellas personas que tengan afectaciones en la salud que les impiden sustancialmente el desempeño de sus labores.²⁷

En este sentido, para la Corte Constitucional la estabilidad laboral reforzada con rango legal, se fundamenta en normas constitucionales, tales como: artículo 53²⁸ derecho a la estabilidad en el empleo; artículo 13 protección en estado de debilidad manifiesta²⁹; artículo 25 derecho al trabajo; artículo 47 derecho al mínimo vital; artículo 95 obrar conforme al principio de solidaridad social³⁰, dando prevalencia a la teoría del precedente judicial sobre la teoría del imperio de la ley, defendida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral.

Igualmente, la Corte Constitucional describe en el precedente judicial que, cuando un trabajador padece una afectación en su salud sin importar el origen, que le impide el desempeño de sus labores en condiciones normales y se teme que pueda ser discriminado o despedido por ese simple hecho, se encuentra en “estado de debilidad manifiesta”, y en consecuencia tiene la garantía de la “estabilidad laboral reforzada” y no se circunscribe a los

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU 049 de 2017, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

²⁵ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones” https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf/16-11-2018.

²⁶ Ley Estatutaria No. 1751 de 2015, Artículo 20: “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.” https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf/16-11-2018.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1219 de 2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-520 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-519 de 2003, M.P. MARCO GERARDO MONROY.

casos contemplados en el artículo 1 de la Ley 361 de 1997³¹, la cual exige que la persona o trabajador afectado posea una limitación severa o profunda en su estado de salud.

En estos casos, le es prohibido al empleador despedir y/o desmejorar la situación de trabajo y salario, considerando la extensión de la “estabilidad laboral reforzada” a los trabajadores que se encuentren en los procesos de incapacidad, rehabilitación y terapia médica. Hacen parte del precedente judicial las sentencias T-263 del 2009, T-936 del 2009, T-780 del 2008, T-1046 del 2008 y T-467 del 2010.

En otras palabras, la distancia de la Corte Constitucional con la Corte Suprema de Justicia, en el campo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, se asocia a la prevalencia de la teoría del precedente judicial sobre el imperio de la ley, indicando en la sentencia SU-049 de 2017, que las disposiciones legales referidas a la “estabilidad laboral reforzada” se deben interpretar a la luz de los derechos constitucionales y esta función corresponde a la Corte Constitucional y no a la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, las consideraciones establecidas por la Corte Constitucional para que el empleador y/o contratante del trabajador y contratista-autónomo supongan la existencia de la estabilidad laboral reforzada y no sea viable terminar el contrato celebrado, son:

1. La estabilidad laboral y/o ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal.
2. La protección no se limita a quienes tienen una calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL), moderada, severa o profunda.
3. Están protegidas todas las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.
4. La debilidad manifiesta no requiere una situación permanente o duradera, puede ser transitoria y variable.
5. La protección debe definirse en función del campo de desarrollo individual, sea en el campo educativo, laboral, familiar o social.
6. La estabilidad no es solo para el trabajo subordinado, es para el trabajo en todas sus formas según la Constitución.
7. El empleador debe asumir como propias las causas ajenas, en virtud del principio de solidaridad, trascendiendo el principio de utilidad de los actos contractuales.

³¹ El contenido de la norma es el siguiente: “ARTÍCULO 1º. Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13,47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0361_1997.htm/08/12/2018

8. El empleador debe tener una justa causa para el despido y permiso del Ministerio del Trabajo.
9. El trabajador no puede estar discriminado por la medida de la disminución de su rendimiento por enfermedad o accidente.
10. La Carga de la Prueba distinta a la discriminación está en cabeza del empleador.

2.2. Movimiento pendular de inclinación legal

De manera análoga, para la Corte Suprema de Justicia, en sentenciadel 15 de julio de 2008 –Radicación 32532, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón–, el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por salud es de carácter legal, con fundamento en la teoría del imperio de la ley que desarrolla el artículo 230³² de la Constitución Política.

Mientras que la Corte Constitucional establece la absoluta protección al trabajador enfermo, la Corte Suprema de Justicia considera que la protección debe limitarse a los trabajadores con calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL) en grado de moderada, severa y profunda; que el accidente o la enfermedad acarree un grado inferior de PCL para la invalidez y que la afectación interfiera en las funciones asignadas.³³

Ha precisado el órgano judicial, la necesidad de cumplimiento de los requisitos descritos en la Ley 361 de 1997, para que un trabajador alegue en su favor la existencia de la estabilidad laboral reforzada. En sentencias del 15 de julio de 2008 con radicación 32532, del 25 de marzo de 2009 con radicación 35606, del 16 y 24 de marzo de 2010 con radicaciones 36115 y 37235, del 03 de noviembre de 2010 con radicación 38992, del 27 de enero de 2010 con radicación 37514 y 28 de agosto de 2012 con radicación 39207, se sigue la línea del imperio de la ley sobre el precedente judicial de la Corte Constitucional.

Ahora bien, en sentencia SL 1360-2018 con radicación No. 53394, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se revela que la Corte Suprema de Justicia modula las sentencias que indican que la ley 361 de 1997 no tiene presunción legal o de derecho, asume que el despido del trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio a menos que el empleador demuestre la causa alegada.³⁴

En la sentencia anterior, la Corte Suprema de Justicia indica que se está de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-531 del 2000³⁵ emitida por la Corte Constitucional, pero mantiene el criterio legal de permitir al empleador el despido del trabajador con la intervención de la autoridad administrativa, cuando ésta pueda verificar si el trabajador puede ejecutar o no la labor para la cual fue contratado. En este caso, el permiso del

³² Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 230: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

³³ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de julio de 2008, Radicación 32532, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

³⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 53394 -2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, Bogotá, once (11) de abril de 2018.

³⁵ Sentencia C-531 de 2000, M.P. ALVARO TAFUR GALVIS.

inspector será para demostrar que el trabajador no puede seguir realizando las labores para las que lo contrataron,³⁶ y el despido es justificado, porque la Ley 361 de 1997 no consagra derechos absolutos o a perpetuidad para los trabajadores en perjuicio de los empleadores.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia describen las siguientes consideraciones, para que las partes de la relación laboral supongan la existencia de la estabilidad laboral reforzada por salud, como una protección excepcional y no la regla general³⁷, siendo estos:

1. El trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral; o c) “profunda”, cuando el grado de minusvalía supera el 50%.³⁸
2. El empleador conozca del estado de salud del trabajador.³⁹
3. La terminación de la relación laboral se dé “por razón de su limitación física” que no le permite desarrollar el trabajo para el cual se contrató.
4. La incapacidad supere los 180 días sin curación alguna.⁴⁰
5. La incapacidad no acredite estar en un estado de limitación física, psíquica o sensorial.⁴¹
6. La causal de terminación del contrato tenga efecto inmediato y no pueda presumirse por el paso del tiempo que en sana lógica el empleador absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.⁴²
7. El empleador puede terminar la relación laboral sin permiso del Ministerio del trabajo, cuando exista justa causa comprobada para el despido.
8. Cuando esté demostrado que el trabajador está en imposibilidad de realizar el trabajo para el cual fue contratado y el Ministerio de Trabajo verifique esta condición.

³⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 53394 -2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, Bogotá, once (11) de abril de 2018, pág. 21.

³⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 53083, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, Bogotá, catorce (14) de Octubre de 2015.

³⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 32532, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, Bogotá, quince (15) de julio de 2008.

³⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 31791, M.P. CAMILO TARQUINO GALLEGU, Bogotá, quince (15) de julio de 2008.

⁴⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 31791, M.P. CAMILO TARQUINO GALLEGU, Bogotá, quince (15) de julio de 2008.

⁴¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 35606, M.P. ISAURO VARGAS DIAZ, Bogotá, veinticinco (25) de marzo de 2009.

⁴² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 41867, M.P. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, Bogotá, treinta (30) de enero de 2013.

En atención a estos criterios, sigue siendo incierto el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por salud, pues a pesar de aceptarse la presunción de discriminación en el despido del trabajador por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, concede al empleador la posibilidad de dar por terminado el contrato, con justa causa y sin permiso del Ministerio del Trabajo, dando prevalencia a la normatividad legal.

3. OTRO MOVIMIENTO PENDULAR INSEGURO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. EL CASO ESPAÑOL

En España se ha planteado el debate de calificar como improcedente o nulo el despido del trabajador enfermo a partir de la reforma laboral del año 1994 que suprimió, como causa de nulidad del despido, el que se realizara durante la suspensión del contrato de trabajo cuando la decisión no resultaba procedente.⁴³

Es decir, cuando el contrato de trabajo se encuentra suspendido por la causal consagrada en el literal c) del artículo 45 del Estatuto del Trabajo, que indica “incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional de los trabajadores”, el empleador que resuelva terminar el contrato deberá soportar la consecuencia de su decisión. Para el Tribunal Supremo esta decisión tiene el efecto de ser improcedente más no nula, situaciones jurídicas de efectos diferentes para el trabajador, que se describen a continuación.

El artículo 14 de la Constitución Española⁴⁴ establece los factores de discriminación prohibidos que puede sufrir una persona en el territorio español. En caso de probarse la existencia del factor que llevó al despido del trabajador, la consecuencia jurídica es la nulidad del despido y en este orden el reintegro del trabajador con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Así mismo, cuando el despido no se ajusta a una causa de discriminación pero tampoco tiene causa justa, la consecuencia jurídica es la improcedencia del despido, que se sanciona de la forma prevista en el artículo 56 del Estatuto del Trabajo sin que exista reintegro del trabajador.

En este sentido, el Tribunal Supremo de España soporta la decisión de improcedencia del despido del trabajador enfermo, indicando que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en

⁴³ Ver MORENO GENE, J.: “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de larga duración en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”, en *Revista del Derecho de la Seguridad Social. Laborum Estudios de Doctrina Judicial*, No. 7 (4 trimestre 2018).

⁴⁴ Constitución Española, Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Tomado de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. 9/04/2019

las que resulte apreciable el elemento de segregación⁴⁵. Y complementa sus decisiones siguiendo el contenido del artículo 4.2. c)⁴⁶ del Estatuto del Trabajo, que no consagra como causa de discriminación la enfermedad en estado de incapacidad temporal; así como tampoco se describe en el artículo 55.5⁴⁷ del mismo estatuto el efecto de ser nulo el despido del trabajador enfermo.⁴⁸

Por consiguiente, para que el elemento de segregación se pueda establecer, es necesario que se fundamente en situaciones históricamente reconocidas como discriminatorias a un grupo de personas con dificultades conocidas para la integración laboral, social y política en un territorio⁴⁹ y la incapacidad temporal para trabajar, por encontrarse enfermo o accidentado no es una condición de un grupo de personas discapacitadas y en consecuencia no puede entenderse como discriminatorio el despido de un trabajador incapacitado o enfermo de larga duración.

Al respecto de la relación entre la incapacidad temporal, la incapacidad permanente y la condición de discapacidad, el profesor Ricardo Esteban Legarreta indica que en España la falta de un desarrollo legislativo mantiene distancia entre los conceptos legales de discapacidad y de incapacidad permanente; en tanto ésta última se determina a partir de la casuística que relaciona la profesión habitual con las disminuciones anatómicas o funcionales para establecer las posibilidades de continuar o no el desarrollo de la profesión⁵⁰, mientras que para establecer la discapacidad se acude a la fundamentación del baremo o lista de enfermedades legalmente establecidas.

La ley 24 de 1997⁵¹ continua sin reglamentación, para Esteban Legarreta esta omisión hace confuso en el sistema de seguridad social el establecer las diferencias entre la incapacidad permanente parcial y total, con las condiciones que normativamente consideran a una persona en estado de discapacidad. De esta manera, la persona debe someterse a un proceso de evaluación adicional, siguiendo el Decreto 1971 de 1999, para obtener la consideración de persona con discapacidad.

⁴⁵ Vid. STS de 29 de enero de 2001 (RJ\2001\2069), STS 23 de septiembre del 2002 (RJ\2002\1923), STS de 12 de julio de 2004 (RJ\2004\7075), STS de 23 de mayo de 2005 (RJ\2005\9656), STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ\2008\1183), STS de 11 de diciembre de 2007 (RJ\2008\2884), STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ\2008\1621), STS de 13 de febrero de 2008 (RJ\2008\2900), STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\5533), STS de 27 de enero de 2009 (RJ\2009\1048) y STS de 12 de julio de 2012.

⁴⁶ Estatuto del Trabajo, Artículo 42: "Derechos Laborales (...) 2. En las relaciones de trabajo, los trabajadores tiene derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español."

⁴⁷ Estatuto del Trabajo, Artículo 55: "Forma y efectos del despido disciplinario. 5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador."

⁴⁸ DUEÑAS HERRERO, L.: "¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016", en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 5, Mayo 2017, pág. 348.

⁴⁹ *Ibid.* CARRIZOSA PRIETO, E., pág. 19.

⁵⁰ LEGARRETA R. E.: "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad", en *Revista Trabajo y Derecho*, No. 6, Editorial Wolters Kluwer, 2013, pág. 8.

⁵¹ Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

Dicho esto, unificando la doctrina en sentencia STS del 21 de marzo de 2007 (rec.3872/2005), el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva al reconocimiento de la condición de discapacidad en personas en estado de incapacidad permanente, dejando por fuera la incapacidad permanente parcial y total. Y para el año 2013, mediante la ley 19395, se flexibiliza la inclusión en el grupo protegido y se equipara la discapacidad con la incapacidad permanente total siempre que se produzca una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 33%, de tal suerte que una valoración por debajo estaría por fuera de la equiparación.

En este sentido, para España las personas con disminución de su capacidad laboral inferior al 33% y en Colombia inferior al 50% no hacen parte del grupo poblacional denominado personas en condición de discapacidad, razón por la que no tienen protección jurídica y para conservar el vínculo laboral⁵², han batallado ante las entidades administrativas y judiciales sin recibir una respuesta unificada.

Véase que en sentencia hito del STS 29-01-2001, el Tribunal Superior de España señaló que el despido por una enfermedad genérica no es causa lícita para la terminación del contrato de trabajo y el efecto jurídico es la improcedencia pero no llega a tener las condiciones de una discriminación, razón por la que no cumple requisitos para ser nula la decisión del empleador.⁵³

Este acto fue seguido por las sentencias confirmadoras TC 26-05-2008, STJUE del 11 de abril de 2013, TJCE 2013/122 (Caso Ring), STJUE de 18 de diciembre de 2014, TJCE 2013/367 (Caso FAO) y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE 11-07-2006 asunto Chacón Navas C-13/05). Esta última estimó que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional; de manera que la enfermedad no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación⁵⁴. Estas decisiones judiciales se sustentan en las normas laborales ya descritas, pero que no son claras cuando se trata del despido de un trabajador enfermo.⁵⁵

Hasta hoy, el Tribunal Supremo Sala de lo Social mantiene dos criterios legales para calificar el despido del trabajador enfermo como improcedente, siguiendo la teoría del imperio de la ley, a saber:

1. Establecer la diferencia entre discapacidad y enfermedad, el despido por enfermedad no puede considerarse como acto de discriminación según el contenido de la Directiva 2000/78/CE.

⁵² RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”, en *La Ley Unión Europea*, No. 43, 2016.

⁵³ Sentencia STS DE 29 de enero de 2001(RJ/2001/2069).

⁵⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERRER, B.: “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, en *Revista de las Relaciones Laborales*, No. 3, Marzo de 2018, pág. 232.

⁵⁵ *Ibíd.* CARRIZOSA PRIETO, E., pág. 15.

2. Para que la limitación del trabajador se defina como “discapacidad” esta debe ser de larga duración.

El Alto Tribunal establece que la incapacidad temporal del trabajador por una enfermedad que no ha sido calificada como incapacidad permanente, no puede asimilarse a las condiciones que sufren las personas en estado de discapacidad, que ya tienen una declaración de minusvalía física, psíquica o sensorial.⁵⁶

De esta forma, en la línea jurisprudencial vigente para el Tribunal Supremo de España, puede entenderse que la “estabilidad laboral reforzada por salud” se reconoce en casos excepcionales, así:

“1. Cuando puede demostrarse otras circunstancias de las que resultara apreciable el elemento de segregación.

2. En el supuesto de que la incapacidad o la afectación de la salud del trabajador trajera su causa en una enfermedad.

3. En los supuestos en que el empresario accediera indebidamente a determinados diagnósticos del trabajador (estando o no en situación de incapacidad temporal) y como consecuencia de ello lo despidiera.”⁵⁷

Con todo, en sentencia STC 62/2008 del 26 de mayo, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en aclaración de voto, indicó la existencia de una categoría intermedia de enfermedades o afecciones crónicas entre la discapacidad y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo, para garantizar el derecho al trabajo de una persona, que se encuentra en situación desigual, expuesta a una decisión discriminatoria por la “debilidad” que lo hace menos productivo y de bajo rendimiento.⁵⁸

Esta aclaración del voto coincide con la Corte Constitucional colombiana, en la intensión de garantía de la estabilidad en el empleo cuando el trabajador se encuentra en incapacidad temporal o estado de debilidad manifiesta, que lleva a la suspensión del contrato de trabajo pero de ninguna manera a la terminación del mismo. En ambos casos se considera, de conformidad con las Constituciones de los dos Estados, una obligación política el lograr la igualdad real y no solamente formal entre todos los ciudadanos, dando una atención a las personas con mayores dificultades, que han realizado esfuerzos por mantenerse dentro del grupo social productivo y requieren que la sociedad elimine los obstáculos que les impiden su desarrollo.⁵⁹

⁵⁶ *Ibíd.* CARRIZOSA PRIETO, E., pág. 19.

⁵⁷ SANCHEZ TORRES, E.: “La enfermedad como causa ‘improcedente’ de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia”, en *Relaciones Laborales*, No. 18, 2006, pág. 23.

⁵⁸ *Ibíd.* DUEÑAS HERRERO, L., pág. 348.

⁵⁹ LEGARRETA, R. E.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Madrid, Industrias Gráficas Caro, S.L., Quinta Edición, 2003, pág. 11.

4. UN POSIBLE PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PÉNDULO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de la petición de decisión prejudicial del Juzgado de lo Social No. 33 de Barcelona, en el proceso C-395/15 (Mohamed Daouidi)⁶⁰ resolvió el recurso mediante sentencia de la Sala Tercera 01-12-2016 y su contenido ha sido objeto de pronunciamiento de los doctrinantes españoles en la seguridad social, por la visión inclusiva y extensiva de la discapacidad, que para nuestro estudio puede ser el punto de equilibrio del péndulo de la “estabilidad laboral reforzada por salud”, en Colombia y España.

Con el objeto de resolver la petición del juzgado español, el STJUE amplía el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”⁶¹.

Soportado en la norma anterior, el STJUE extiende el estado de discapacidad a la condición de incapacidad temporal de larga duración, indicando que se entiende discapacitado un trabajador que no puede prestar el servicio y se mantiene por largo tiempo con la limitación de la capacidad, que sin ser definitiva no tiene certeza de la recuperación de la salud.

Por lo anterior, para el STJUE se considera acto de discriminación indirecta del empleador, el despido de un trabajador que se encuentra en incapacidad temporal cuya duración no es previsible pero se presume una recuperación con el paso del tiempo, cuyo efecto jurídico sería la nulidad del despido.

En este punto, la inclusión de la incapacidad temporal de larga duración, por una enfermedad o un accidente, en el concepto de discapacidad sobrevenida, encaja dentro de los criterios descritos en la Directiva 2000/78/CE⁶². En consecuencia, toda decisión del empleador que afecte las condiciones laborales de un trabajador que se encuentre en esta condición es un acto discriminatorio, según las consideraciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶³

Siguiendo la línea jurisprudencial del órgano judicial europeo, la “estabilidad laboral reforzada” se conjuga con la discriminación y nulidad del despido, cuando el despido del trabajador incapacitado desconoce:

⁶⁰ Sentencia STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi.

⁶¹ *Ibíd.* MORENO GENE, J., pág. 194.

⁶² Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en *Diario Oficial*, No. L 303 de 02/12/2000 pág. 16-22. Tomado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32000L0078-0971172018>.

⁶³ STJUE de 11-04-2013 HK Danmark (Jette Ring) asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

1. La prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución Española.⁶⁴
2. El derecho a la salud del artículo 15 de la Constitución Española.⁶⁵
3. La garantía de indemnidad del artículo 24 de la Constitución Española.⁶⁶
4. La aplicación supletoria del artículo 6.3 del Código Civil de España.⁶⁷
5. Las decisiones relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, que se interpretarán de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales.

Por las razones expuestas, la incapacidad que ha empezado a denominarse de larga duración en el sistema de seguridad social, debería propiciar un cambio de línea jurisprudencial en Colombia y España. Esto debe permitir la inclusión de la incapacidad o enfermedad de larga duración dentro del concepto de discapacidad; y en consecuencia, la terminación del contrato de trabajo de un trabajador enfermo sea determinada por la justicia como un acto discriminatorio del empleador.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Colombia y España no tienen, en la actualidad, una norma jurídica del derecho del trabajo y la seguridad social que resuelva el conflicto de la “estabilidad laboral reforzada por salud” del trabajador incapacitado de larga duración.

En consecuencia, trabajadores y empleadores acuden a la administración de justicia, que está emitiendo decisiones judiciales para resolver las situaciones particulares de cada proceso, pero no tienen la virtud de ser decisiones justas y dejan un manto de duda en la función judicial.

Hasta el momento, en España el despido del trabajador enfermo se considera como improcedente, dando posibilidad al empleador de terminar el contrato de trabajo, con el pago de una indemnización. En Colombia se presenta una situación similar con el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que establece el pago de 180 días de salario como indemnización por el

⁶⁴ Constitución Española de 1978, Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁶⁵ Constitución Española de 1978, Artículo 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

⁶⁶ Constitución Española de 1978, Artículo 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

⁶⁷ Artículo 6 del Código Civil de España: “(...) 3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

despido, abriendo esta posibilidad que convierte un conflicto social en un asunto económico de rápida solución para el empleador.

Sin embargo, el pago de una indemnización no solventa las necesidades personales y familiares del trabajador; y sí crea una sensación de desamparo legal y social. Por esta razón, en España las partes del conflicto han acudido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encontrando que este órgano de justicia se aparta de las decisiones precedentes y se lanza a realizar una novedosa interpretación del concepto de discapacidad, a partir del contenido del art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE.

De esta forma, el STJUE incluye en el concepto de discapacidad, el estado de incapacidad temporal de larga duración o de enfermedad de tratamiento largo, que impide al trabajador prestar el servicio y limita su capacidad laboral, condición que lo deja indefenso ante la decisión de despido del empleador, calificando tal acto como discriminatorio y en consecuencia nulo.

Adicionalmente el STJUE, en la sentencia STJUE Danmark, plantea que el tratamiento conceptual de la discapacidad debe estar asociado a las políticas públicas de rehabilitación médica, centradas en la persona que debe integrarse a la sociedad, debiendo los Estados cambiar la asistencia médica de salud pública por un sistema que remueva las barreras que la sociedad sin discapacidad ha impuesto a las personas en condición de discapacidad.

Nótese que el concepto de “estado de debilidad manifiesta” desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, se acerca a la extensión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de “discapacidad”, en tanto el trabajador con una limitación derivada de una alteración de la salud, condolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo⁶⁸ se encuentra en desigualdad con relación a los demás trabajadores y debe ser protegido no solo en el ámbito laboral sino también en la vida en sociedad; por lo cual, en estos casos toda decisión de terminación de la relación laboral debe entenderse como un acto discriminatorio.

Es importante indicar que la participación en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de Colombia y España, permite sustentar el cambio conceptual y normativo aquí desarrollado, con fundamento en el Convenio 111 de 1958 relativo a la discriminación (empleo y ocupación) ratificado por España el 6 de noviembre de 1967 y por Colombia el 4 de marzo de 1969.

De modo que, como lo indica el profesor Laurentino Dueñas⁶⁹, para España el conflicto de la falta de reconocimiento de la “estabilidad laboral reforzada por salud” podría resolverse con la inclusión en el Estatuto de los Trabajadores de dos normas, así: i) en el artículo 4.2.c) se debe incluir una nueva causa de discriminación para que los efectos del despido se consideren nulos; y ii) en el artículo 55.5 se debe introducir un apartado que expresamente considere la nulidad del despido del trabajador con motivo de su enfermedad, estado de salud o situación de incapacidad temporal.

⁶⁸ *Ibíd.*, DUEÑAS HERRERO, L., pág. 431.

⁶⁹ *Ibíd.*, DUEÑAS HERRERO, L., pág. 428.

Y para Colombia, aunque las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tienen efectos vinculantes, el hecho de pertenecer a la OIT le abre, en clave de responsabilidad social, la posibilidad de incluir dentro del concepto de discapacidad, el estado de incapacidad médica de larga duración. Esto le garantizaría al trabajador la “estabilidad laboral reforzada por salud”, considerando toda decisión de despido y/o terminación del contrato de trabajo como discriminatoria y nula.

Así que la propuesta *lege ferenda* para Colombia y España, es incluir en las normas laborales el precepto que considere al trabajador accidentado y/o enfermo con una incapacidad médica de larga duración como sujeto de protección por estabilidad laboral reforzada de pleno derecho. De esta manera, se lograría tratar social y jurídicamente la salud en el trabajo como un derecho fundamental autónomo, sin el desgaste del proceso judicial para el trabajador y el juego del empleador que espera una improcedencia del despido.