

LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DE TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. ¿DISCRIMINACIÓN O DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL?

THE LEGAL CLASSIFICATION OF SICK LEAVE DISMISSALS:
DISCRIMINATION OR DISCRETIONARY DECISION OF THE
EMPLOYER?

LUIS SÁNCHEZ QUIÑONES

(Abogado)

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar la evolución que han seguido nuestros tribunales en la calificación del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal. Esta cuestión que venía siendo pacífica en los últimos años, podría sufrir un cambio doctrinal a raíz de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S. L.

Los razonamientos de dicha Sentencia y su aplicación por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona –que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la misma– se analizan desde una visión crítica que busca determinar si los argumentos de ambas resoluciones, podrían justificar un cambio de doctrina, o si por el contrario, ésta debería permanecer inalterada.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the level of the treatment by the Courts of sick leave dismissals. The aforementioned issue has not been subject of controversy lately, but this could change due to the Decision of the European Justice Court (Mohamed Daouidi vs. Bootes Plus, S. L.).

The rationale for such Decision and its implementation by Employment Court 33 of Barcelona –which referred to the European Court the issue under controversy– are analyzed from a critical point of view, to determine if the rationale contained in both Decisions could justify a modification of the legal doctrine, or if to the contrary, these criteria should remain unchanged.

Palabras clave: incapacidad temporal; despido improcedente; despido nulo; discriminación; discapacidad; TJUE.

Keywords: sick leave; unfair dismissal; wrongful dismissal; discrimination; disability; TJUE.

Recepción original: 24/01/2017

Aceptación original: 29/03/2017

I. Introducción. II. Antecedentes. III. La Ley 62/2003 y sus efectos. IV. Otras líneas argumentales. V. La intervención del Tribunal Constitucional. VI. Los asuntos Ring, A. y Daouidi. La vinculación con el derecho comunitario y su impacto en el derecho nacional. VII. Crítica a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE») de fecha 1 de diciembre de 2016 en el Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S. L. y otros¹, ha reabierto un debate ya concluso por nuestros tribunales, relativo a la calificación del despido en situaciones de incapacidad temporal.

Esta resolución plantea una notable problemática sobre el margen de actuación que –aparte de las múltiples imprecisiones que contiene– otorga al órgano judicial nacional para apreciar la concurrencia o no de una causa discriminatoria, en base a una serie de criterios que como veremos más adelante, generan evidentes dudas.

Esa discrecionalidad viene a añadir una mayor inseguridad a una legislación laboral ya experta en vaivenes e imprecisiones, distorsionando una doctrina que, al menos en sede de Casación para Unificación de Doctrina, venía siendo pacífica.

¹ Sentencia TJUE Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S. L. y otros (Aranzadi TJCE 2016/308).

II. ANTECEDENTES

No está de más recordar que la presente cuestión, no resulta precisamente nueva.

La antigua discusión en torno al binomio improcedencia-nulidad, se había resuelto originariamente a favor de la segunda, considerándose tradicionalmente que la calificación del despido, en el supuesto de que el trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal, solo podía resolverse en términos de nulidad², afirmación ésta auspiciada por la declaración de nulidad taxativa que contenía la redacción del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, «ET») así como del artículo 108.2 e) de la antigua Ley de Ritos Laboral (en adelante, «LPL») que automáticamente sancionaban como nula cualquier extinción que tuviera por objeto un contrato de trabajo suspendido³.

Los anteriores pronunciamientos se vieron modificados a raíz de la reforma legislativa acaecida en el año 1995 (Ley 11/1994⁴) que modificó el texto de la norma estatutaria y que supuso excluir de la redacción del artículo 108.2 LPL⁵, la situación de incapacidad temporal como causa de nulidad.

Ese cambio motivó que en los supuestos en los que un trabajador se hallaba en situación de incapacidad temporal, la mera alegación de una causa –aun inventada o inexistente– llevara aparejada como sanción la declaración de improcedencia del despido y no, la de nulidad⁶, como sucedía con anterioridad.

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4 de diciembre de 1993 (Aranzadi AS 1993\5206).

³ Baste una mera recapitulación de la jurisprudencia existente antes de la reforma, para apreciar tal diferencia. Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 1983 (Aranzadi RJ 1983\3050); 13 de junio de 1988 (Aranzadi RJ 1988\5277); 22 de octubre de 1991 (Aranzadi RJ 1991\7745) y 11 de mayo de 1994 (Aranzadi RJ 1994\5355).

⁴ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En la citada reforma, se redactó el artículo 55.5 en los siguientes términos: «Será nulo el despido que tenga por móvil algunas 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.» Por su parte el despido improcedente, ex. artículo 55.4 se producía cuando no se acreditaba la causa alegada para su concurrencia o cuando no respetara las exigencias formales necesarias.

⁵ El citado precepto quedó redactado en los siguientes términos: «será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.»

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2001 (Aranzadi RJ 2001\2069) y 23 de septiembre de 2002 (Aranzadi RJ 2006\1923).

Básicamente, el Alto Tribunal fundamentó dicha decisión en que el artículo 14 de la Constitución Española implica dos prescripciones que deben ser diferenciadas: i) aquella que se refiere al principio de igualdad en la ley y; ii) la que se concreta en la prohibición de discriminaciones y que busca eliminar éstas cuando conllevan una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. O lo que es lo mismo, cuando dicha diferencia alcanza especial relevancia en el marco de las relaciones privadas.

En este sentido, el Tribunal Supremo había señalado⁷ que «*la enfermedad en sentido genérico, no constituye un factor de discriminación, si se estima que el mantenimiento del contrato de trabajo no resulta rentable para la empresa (...).*» Se reputaba por tanto, que la mera conveniencia empresarial, más aún, tras la introducción de la figura del despido por ineptitud sobrevenida del trabajador contemplado en el artículo 52.a) ET, era una figura aceptable y que en todo caso, si no lícita, tampoco conllevaba un reproche mayor que la declaración de extinción del contrato de trabajo con las consecuencias económicas inherentes a dicha declaración.

Dicha senda se fue manteniendo de forma más o menos inalterada desde entonces, minorándose el impacto de la enfermedad del trabajador sobre los efectos del despido, desvinculándose el uno del otro.

Ello no significó, pese a ello, la absoluta desaparición de la nulidad en los casos en los que mediaba una enfermedad del trabajador. Todo lo contrario, la pretensión de nulidad se reformuló con más o menos éxito en varias hipótesis en las que, en esencia, se aducía la existencia de una discriminación encubierta por razón de la enfermedad.

La primera oportunidad de retomar la citada senda, como acertadamente señala parte de nuestra doctrina⁸, se produjo a raíz de la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000\78\CE, de 27 de noviembre (en adelante, «*Directiva 2000\78*») que regulaba el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 2000 (Aranzadi RJ 2000\5513).

⁸ SÁNCHEZ MIGALLÓN, R. D. *La Directiva 2000\78 o la posible vuelta a la nulidad del despido motivado por la situación de Incapacidad Temporal: Comentarios al Auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Madrid y Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona*. Actualidad Jurídica Aranzadi. Número 684/2005.

Es conveniente detenernos unos instantes en los términos de la presente Directiva, puesto que aglutina a dos de los protagonistas esenciales de este artículo: i) el ordenamiento comunitario como marco jurídico de referencia; ii) el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona, cuyo Magistrado titular ha venido siendo el mismo durante los últimos doce años y que ha defendido durante este período el mismo criterio interpretativo, si bien hasta el momento, con escaso éxito en el examen de sus resoluciones en sede de Recurso de Suplicación.

Respecto al referido marco normativo, tal Directiva recogía –dicho sintéticamente– el marco general de lucha contra la discriminación por razones de religión, discapacidad, orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación (artículo 1).

La Directiva en su artículo 2^º, definía específicamente que se entendía por discriminación considerándose la misma como: a) el trato menos favorable por razón de alguno de los motivos comprendidos en el artículo 1, siendo ésta discriminación catalogada como directa; ii) cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, ocasione una desventaja particular a personas con una religión, con-

⁹ El texto es el siguiente: «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica. 3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro. 4. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1. 5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.»

vicción, discapacidad, edad u orientación sexual determinada, calificando la misma como discapacidad indirecta.

En el supuesto de la discapacidad indirecta se consideró inexistente la misma, cuando la disposición o criterio tuviera un fin legítimo objetivo y los medios para la obtención de tal finalidad fueran adecuados y necesarios, siendo exigible que el empresario o cualquier otra persona u organización adopten las medidas adecuadas para eliminar las desventajas que suponga dicha disposición.

Por tanto, y de la lectura del precepto, se puede concluir que la práctica discriminatoria puede ser activa u omisiva, puesto que si bien, evidencia la necesidad de que concurra un acto claramente voluntario entendido en el sentido de que se produzca una diferenciación de no fácil justificación, no es menos cierto que se requiere que concurra además una postura claramente pasiva que se sustente en la falta de actuación del empresario tendente a suprimir aquellos comportamientos que conlleven una desventaja por razón de esa diferenciación.

Esa obligación empresarial se extiende (artículo 3 de la Directiva) a todos los aspectos básicos de la relación laboral, incluyendo los aspectos básicos de la misma, tales como la extinción del contrato de trabajo.

Dicho de otra forma, la calificación de nulidad del despido exige que el acto empresarial encubra un trato menos favorable o una práctica generalizada que vulnere los derechos de la persona discapacitada, y que además, carezca de un fin legítimo, sin que el empresario haya adoptado medidas suficientes para impedir u obstruir esa desventaja.

No se trata por tanto de un hecho sencillo, sino que requiere en la práctica, una cierta complejidad para su perfección, como efectivamente veremos a continuación.

III. LA LEY 62/2003 Y SUS EFECTOS

Este panorama que daba lugar a un cierto sincretismo, se vio reforzado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante, «Ley 62/2003»), la cual trasponía a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/78.

La citada Ley no modificaba en modo alguno el texto vigente del Estatuto de los Trabajadores en lo que a la calificación del despido en situación de incapacidad temporal se refiere (*ex art. 55 ET*), ni tampoco alteraba la redacción de la entonces vigente LPL, en sus preceptos relacionados con la calificación del despido, pese a que se introduce

una proscripción de la discriminación por razón de discapacidad en los artículos 4.2 c) y 17.1 ET.

Por tanto y si bien se introducían una serie de medidas correctoras y preventivas en sus artículos 24, 37 y 40¹⁰, con incidencia en ma-

¹⁰ La redacción de tales preceptos era la siguiente: «**Artículo 24 Modificación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.** Se modifica el párrafo segundo de la letra d) del apartado 1 del artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que pasará a tener la siguiente redacción: «Los servicios públicos de empleo competentes, financiarán a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social de estas contrataciones subvencionando, a efectos salariales, la cuantía equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador así como los complementos salariales de residencia reglamentariamente establecidos y, a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios. Todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales informará con carácter trimestral a la Comisión Delegada del Gobierno sobre las subvenciones concedidas y satisfechas en dicho período así como sobre el seguimiento y control de las mismas.» **Artículo 37 Modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo Uno.** El párrafo c) del apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores queda redactado de la siguiente forma: «**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 (...)» **Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.» Dos.** El párrafo e) del apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores queda redactado en los siguientes términos: **e)** Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.» **Tres.** El apartado 2 del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores queda redactado de la siguiente forma: «**2.** Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El servicio público de empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.» **Cuatro.** El apartado 1 del artículo 17 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores queda modificado de la siguiente manera: «**1.** Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de

teria laboral, nada se decía, ni nada se modificaba en el régimen regulador de la valoración del despido, el cual, no olvidemos rige en términos muy similares en lo que al objeto que nos ocupa se refiere, hasta el día de hoy.

Ello ocasionó, ante las dudas que podía generar la nueva redacción introducida por la Ley 62/2003, que el Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid y el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona se plantearan, si esa redacción podía tener efectos sobre la declaración del despido en sendos procedimientos análogos conocidos ante esos Juzgados y con unos extremos fácticos muy similares. A saber: trabajador en situación de incapacidad temporal despedido, previo reconocimiento de improcedencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.2 ET.

Si bien ambos Juzgados analizan la misma cuestión, ésta se plantea desde una perspectiva diametralmente opuesta. Mientras que el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona optó por efectuar una interpretación autónoma de la norma comunitaria sin elevar cuestión prejudicial alguna, el Juzgado madrileño optó por plantear una cuestión prejudicial que dio lugar a la llamada Sentencia Chacón Navas.

edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.» **Cinco.** Se introduce un nuevo párrafo g) en el apartado 2 del artículo 54 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores con la siguiente redacción: **g)** El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.» **Artículo 40 Modificaciones del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril Uno.** El artículo 96 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 96 En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.» **Dos.** El artículo 181 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral queda redactado de la siguiente forma: **Artículo 181 Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.»**

Analizando el razonamiento del órgano «*a quo*» de Barcelona, observamos que considera que la trasposición de la Ley 62/2003, imbuida del mandato comunitario contenido en la Directiva 2000/78 incluye un mandato específico de protección de aquellos trabajadores en situación de incapacidad y que la extinción del contrato de trabajo podría ser considerada como discriminatoria.

De hecho, asume que los pronunciamientos existentes del Tribunal Supremo no han acatado tales postulados por cuanto son anteriores a la norma nacional y comunitaria, considerando que la extinción fundada en la concurrencia de una baja médica, infringe el artículo 14 de la Constitución, siendo claramente discriminatoria, por entender que aunque no pueda entenderse desde un punto de vista directo, sí lo constituiría desde un punto de vista indirecto, puesto que se trataría de una norma o costumbre empresarial que «*aparta*» a los trabajadores en situación de incapacidad temporal¹¹.

Cierto es, que en el caso examinado por el Juzgado de lo Social de Barcelona hay un extremo que le diferencia del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid y que es la alegación contenida en la carta de despido por la empresa que señalaba que la baja por incapacidad temporal del trabajador generaba una «*situación insostenible*» constituyendo una «*grave trasgresión de la buena fe contractual*.» Es precisamente esa afirmación de la empresa, la que ocasiona que el despido sea declarado nulo, al entenderse por el Juzgador que media una nota segregadora, al penalizar las específicas circunstancias del trabajador y que por lo tanto, lo incluiría en el ámbito de protección de la Directiva 2000/78.

Desde una perspectiva formal, la interpretación autónoma realizada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, se antoja inadecuada, ya que se irroga una potestad que no le corresponde, al analizar una norma de Derecho Comunitario, competencia ésta propia de los órganos judiciales de la Unión Europea¹².

En cualquier caso, el Juzgado de lo Social número 33 afrontó la cuestión de una forma ciertamente sutil, considerando que el argumento empleado por la empresa, manifiesta sin ocultación alguna que el despido obedece únicamente a la situación de baja, la cual se ha convertido en insostenible, siendo ello causa suficiente para estimar

¹¹ ENJUTO JAREÑO, D. *Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia número 2451/2007 del TSJ de Cataluña, en relación con la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 y la Sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional*. IUS Labor 1/2008. Págs. 1-15.

¹² Sentencia TJUE de fecha 8 de septiembre de 2016. Asunto GS Media (Aranzadi TJCE 2016/254).

la existencia de una circunstancia discriminatoria y por lo tanto, calificable como despido nulo.

Dicha habilidad, no puede ocultar que la resolución sin embargo, afronta nuevamente el dilema entre incapacidad y extinción del contrato, apartándose de la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo¹³ y que había rechazado consagrar como radicalmente nulas, aquellas extinciones practicadas en base a una perspectiva estrictamente económica (aunque la misma hubiera sido reconocida de forma más o menos evidente o más o menos descarnada).

Por tanto, pasamos de esa tesis economicista a una tesis que sanciona el tratamiento desigual no justificado, o mejor dicho, justificado con una causa que no figura en la misiva de despido, el cual sin embargo no olvidemos, requiere contar con un término comparativo, así como con un análisis casuístico, en una materia en la que priman las circunstancias personales –como son las relaciones laborales y el estado médico de un trabajador– y que por lo tanto, resulta de difícil extrapolación a un colectivo.

El Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid¹⁴, aunque inicialmente partió de un presupuesto similar al del juzgado barcelonés, partió una cuestión prejudicial ante el TJUE en unos términos en los que si bien se aprecia su percepción de la cuestión, no muy distinta de la ya expuesta, preguntó al TJUE si la enfermedad o mejor dicho, el despido por razón de enfermedad, puede ser considerado como una fuente de discriminación en los términos de la Directiva 2000/78¹⁵.

¹³ Cfr. Citas 5 y 6.

¹⁴ El Auto de Madrid se redactaba en los siguientes términos: «*En mi opinión el juego conjunto de los arts. 13, 136 y 137 del Tratado de la Unión, y por supuesto las previsiones contenidas en el art. II-81 del proyecto de Constitución Europea, también avalarían la consideración de que cabría ampliar la protección que finalmente dispensa la Directiva 2000/78 a otras señas identitarias no específicamente expresadas. Una podría ser la enfermedad, para el caso de que se estimara que no queda integrada dentro de la protección antidiscriminatoria de la discapacidad. Pero también existirían otras señas no contempladas, v. gr. la falta de belleza (entendida como alejamiento de los estándares sociales que identifican este valor) que constituyen verdaderas y habituales causas de discriminación, particularmente odiosas, que de no incorporarse al ámbito protector de las normas comunitarias, provocarían notorias lagunas contrarias al espíritu del ordenamiento comunitario y que fomentarían la exclusión del mercado de trabajo de importantes colectivos en este sentido desfavorecidos.*» Auto del Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid de 7 de enero de 2005 (Aranzadi JUR 2005\240).

¹⁵ La redacción de la cuestión prejudicial era la siguiente: «*1. ¿La Directiva 2000/78¹, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida por su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma? 2. Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directi-*

Consideró el juzgado madrileño –al igual que su homólogo de la Ciudad Condal– que el despido no justificado por razones puramente empresariales puede ser incardinado en una política, costumbre, criterio o práctica de carácter generalizado, de sesgo discriminatorio.

Independientemente de la opinión personal que se pueda tener al respecto, lo cierto es que desde un punto de vista estrictamente objetivo y atendiendo a la mera redacción de la Ley 62/2003 y de la propia Directiva 2000\78, la cual hemos podido examinar, las conclusiones alcanzadas por ambos Juzgados, suscitaban serias dudas sobre la identidad entre despido por incapacidad temporal y nulidad.

Así, la conclusión del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid obvia que si se trata de una decisión adoptada en un marco singular o plural, nos hallamos ante un criterio de difícil justificación que permita aducir un desequilibrio empresarial en su relación con los distintos integrantes de la plantilla, atendiendo a sus circunstancias médicas.

Lo anterior, se ve seguidamente entorpecido por el hecho de que, simplemente tomando como referencia la redacción de la Ley 62/2003 y la Directiva 2000\78, no puede entenderse que una incapacidad laboral –que salvo declaración en contrario, es temporal– pueda calificarse de discapacidad, puesto que la discapacidad implica necesariamente una minoración definitiva de la fuerza o capacidad laboral con una tendencia definitiva, lo que no tiene que suceder necesaria y forzosamente en el caso del trabajador que se encuentra de baja médica.

Por otro lado, sería necesario evidenciar que la extinción del contrato se produce únicamente por el riesgo latente de que ese trabajador pueda quedar impedido definitivamente para desempeñar trabajo alguno, y además, que ese impedimento para el trabajo, y no por la mera conveniencia empresarial de prescindir de un trabajador que en ese momento resulta improductivo¹⁶.

va 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una seña identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78?»

¹⁶ La Sentencia dictada en Pleno por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 5 de noviembre de 2007 (AS 2008\490) contó con tres votos particulares que proscribían tal visión, señalando que los pactos internacionales suscritos en la materia, obligaban a declarar nulo el despido en situación de incapacidad temporal, adoptado por la mera conveniencia y rentabilidad empresarial. Sin embargo, algunos autores estiman –con acierto– que la reforma del año 1994 pretendía limitar los supuestos de nulidad. Cfr. en este sentido, MARTÍN JIMÉNEZ, R. *La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal*. Revista Doctrinal Aranzadi. Número 5/2008. Paraf. 18/2008.

Devendría en consecuencia esencial, acreditar en todo caso que el empresario extingue para impedir que esa merma definitiva de producción, o la imposibilidad de recuperación de la misma, puesto que de lo contrario, se estaría enjuiciando una hipótesis o juicio probable de discutible acaecimiento.

Incluso, la mera literalidad de la Directiva 2000\78 exigiría que se evidenciara que esa limitación en el trabajo, acarrea una exigencia adicional al empresario por los posibles inconvenientes que la incorporación de un trabajador discapacitado pudiera implicar a la organización empresarial (vgr. obligación de adaptar el puesto de trabajo) ya que de lo contrario, esa limitación sin más, en el caso de que no esté acreditada, es como ya hemos indicado, un mero suceso hipotético.

En cualquier caso, el TJUE se pronunció en la ya conocida por todos, Sentencia de fecha 13 de mayo de 2006, Asunto Chacón Navas¹⁷. Los términos en los que el TJUE resolvió la controversia son ciertamente claros: se niega que discapacidad y enfermedad sean conceptos equiparables.

Tal razonamiento deriva de que el TJUE entiende que los términos de la Directiva 2000\78 referidos a la discapacidad se apartan conscientemente del concepto enfermedad puesto que la discapacidad exige una limitación física, psíquica o mental que limite la participación en la vida profesional. Concluye negando que la enfermedad esté incluida dentro del concepto de discapacidad recogido en la norma comunitaria¹⁸.

A este respecto, resulta de particular interés la exégesis del planteamiento suscitado por el TJUE, la cual señala expresamente que la prohibición en materia de despido se opone a un despido por motivos de discapacidad que no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto que se trate¹⁹.

¹⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto Sonia Chacón Navas contra Colectividades Eurest, S. A. (Aranzadi TJCE 2006\192).

¹⁸ SÁNCHEZ MIGALLÓN, R. D. *El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica*. Actualidad Jurídica Aranzadi. Número 719/2006. En este artículo y el precedente, referenciado en el ordinal 8 precedente, el autor analiza la presente cuestión prejudicial durante su tramitación y la posterior resolución del TJUE.

¹⁹ Fundamento 52: «Del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la primera cuestión prejudicial de la siguiente manera: –Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000\78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. –La prohibición, en materia

Prosigue señalando el TJUE que no es posible ampliar de forma libre el catálogo de supuestos protegidos por el artículo 1 de la Directiva, por lo que la inclusión de la situación de los trabajadores en situación de incapacidad temporal, resulta desde un punto de vista estrictamente objetivo, discutible²⁰.

En definitiva, el TJUE consideró que la interpretación que cabría hacer del concepto de discapacidad (en los términos previstos en la Directiva 2000/78) no equivale al de enfermedad, salvo que la propia enfermedad desemboque en la existencia de limitaciones duraderas o permanentes. Concluía así el Tribunal Europeo, afirmando que la extinción del contrato de trabajo por enfermedad solo es un acto discriminatorio si el despido no obedece a la enfermedad, sino a las limitaciones que generen la misma.

Se puede advertir que el TJUE negó por tanto, la posibilidad de que la extinción acordada en el marco de una incapacidad temporal, pudiera ser calificada nula por reputar la misma discriminatoria. Tal criterio, se unió el sostenido tradicionalmente por el Tribunal Supremo²¹ y que ya razonaba que la negativa subyacente en la vulneración del artículo 14 de la Constitución, se debe a la falta de equiparación entre los conceptos de discriminación y discapacidad.

Sintéticamente puede afirmarse que el TJUE declaró que solo mediara discriminación si existen limitaciones funcionales duraderas para la ejecución del trabajo, y además el contrato se extingue por esa razón.

de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.» Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2006. Asunto Sonia Chacón Navas contra Colectividades Eurest., S. A. (Aranzadi TJCE 2006\192).

²⁰ Fundamento 56: *«Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación. Por lo tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el ligio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.»* Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2006. Asunto Sonia Chacón Navas contra Colectividades Eurest., S. A. (Aranzadi TJCE 2006\192).

²¹ Sentencia de fecha 12 de julio de 2004 (Aranzadi RJ 2004\7075).

IV. OTRAS LÍNEAS ARGUMENTALES

El pronunciamiento del TJUE no supuso una modificación sustancial del criterio sostenido por el Tribunal Supremo hasta ese momento²², lo que muestra la ratificación la argumentación sostenida por aquél, añadiendo a su vez que el derecho a la salud no está contemplado dentro del catálogo de derechos fundamentales incluido en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución²³.

Lo anterior no impidió que la presente cuestión se reprodujese por vías alternativas. Así, una jurisprudencia menor consideró que la enfermedad podría entrar dentro de la mención contenida en el artículo 55.5 ET, al ser enmarcada dentro de una de las llamadas condiciones o circunstancias personales o sociales.

Esta tesis que contó con una cierta aceptación²⁴ –y que venía a ser una vuelta de tuerca más a la teoría sostenida por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona– se sustentaba en que la ausencia de una causa real del despido, encubierta bajo un móvil ficticio, y que en realidad buscaba argumentar la falta de rentabilidad del puesto, con-

²² Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2007 (Aranzadi RJ 2008\2884); 18 de diciembre de 2007 (RJ Aranzadi 2008\800) y 22 de enero de 2008 (Aranzadi RJ 2008\1621).

²³ «*Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros «derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador» (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el «derecho a la protección de la salud» reconocido en el art. 43.1 CE. Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado no está comprendido en la categoría de los «derechos fundamentales y libertades públicas» (Sección 1.ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los «principios rectores del orden social y económico», a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE («El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»).*»

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 28 de febrero de 2000 (Aranzadi AS 2000\1230).

llevaba una discriminación respecto de aquellos trabajadores que sí podían ser considerados como «rentables» para la empresa.

Semejante argumento fue rechazado por el Tribunal Supremo²⁵ haciendo suyos los ya expuestos con anterioridad, afirmando a su vez que la falta de rentabilidad, si bien no era una causa lícita, no impedía la extinción del contrato de trabajo, cuando se produjera estando el trabajador en situación de incapacidad temporal.

La citada tesis se subsumió en aquellos casos, en los que se demostró la existencia de una política sistemática de extinciones de contratos de trabajadores afectados a la situación de incapacidad temporal ejecutada por el empresario. Nótese que podríamos estar ante el concepto de práctica o disposición que aun revistiendo un carácter neutro (artículo 2 Directiva 2000\78), quedaría enmarcado en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria y que podría enlazar con la denuncia ya formulada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona y que hemos expuesto en el epígrafe III precedente.

En este caso²⁶, la cuestión estribaba en dilucidar si el hecho de que se aplicase sistemáticamente una política empresarial de extinguir todos los contratos de trabajo por razón de que los trabajadores titulares del mismo se hallaban en situación de incapacidad temporal, lo que podría ser calificado como un factor de segregación que justificase la declaración de nulidad del despido.

A dicha pregunta se respondió afirmativamente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, señalándose que el hecho de extinguir tales contratos por el mero hecho de encontrarse en situación de baja médica, y además, realizarlo de forma sistemática y sin causa alguna, era calificable como un factor discriminatorio y de segregación, puesto que se les otorgaba un trato de inferioridad, contrario a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución.

Desde un punto de vista objetivo, se podría aceptar parcialmente la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ya que cierto es que, se constató una sucesión de extinciones de trabajadores en situación de incapacidad temporal, sin mediar causa objetiva aparente. Sin embargo, y aceptando que efectivamente, pudiera inferirse la concurrencia de un factor diferenciador en la decisión de extinguir tales contratos de trabajo, no deja de resultar paradójico,

²⁵ Sentencia de fecha 29 de enero de 2001 (Aranzadi RJ 2001\2069).

²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 28 de julio de 2006 (Aranzadi AS 2007\903).

que se acuda al resultado y no al fundamento de la decisión. Se estima que una decisión discriminatoria porque afecta únicamente a los trabajadores en situación de incapacidad temporal.

Pero se obvia que la razón de tales extinciones, conforme quedó acreditado, era puramente económica y no vinculada a la enfermedad. Es decir, que si en vez de tratarse de un conjunto de trabajadores que estuvieran en situación de incapacidad temporal, fueran trabajadores que tuvieran otro signo distintivo común (p.e. la pertenencia a una categoría profesional concreta), posiblemente la decisión alcanzada por el órgano judicial hubiera sido muy diferente. Observamos que se reincide en el planteamiento de estimar en un sentido negativo, la concurrencia de la baja médica y de entender colectiva, una práctica fundada en la afección de un grupo de trabajadores que carece de homogeneidad, más allá de su situación de esa misma declaración de incapacidad temporal²⁷.

Posteriormente el Tribunal Supremo²⁸, falló en sentido contrario, casando y anulando la Sentencia. Señaló el Alto Tribunal, que la enfermedad no es una discapacidad. Añade a su vez, que el hecho de que se hayan despedido a varios trabajadores en las mismas circunstancias, carece de relevancia a los presentes efectos, puesto que siendo la presente litis una discusión en torno a la calificación que merece el despido del trabajador afectado, corresponde analizar en cada caso concreto, si existen circunstancias que permitan prever la existencia de elementos que permitan concebir una discriminación positiva o negativa.

O lo que viene a ser lo mismo, si la causa individualmente considerada no es calificable como discriminatoria, no puede alcanzar tal calificación por el hecho de que se aplique colectivamente.

El argumento del Alto Tribunal, incide en lo ya señalado en el párrafo precedente. Si consta evidenciada una razón económica de fondo, pese a que pueda resultar discutible, no es dable aceptar una causa discriminatoria. Es más, en decisiones posteriores el Tribunal

²⁷ En este sentido, hay que señalar que constituye doctrina consolidada del Alto Tribunal que el análisis individualizado y personal de las contingencias profesionales de dos trabajadores en supuestos distintos, no cumple los requisitos de contradicción y similitud a los efectos de interponer Recurso de Casación para Unificación de Doctrina. Autos del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2011 (Aranzadi JUR 2011\102272), Auto de 10 de diciembre de 2004 (Aranzadi, RJ 5252/2003) y 7 de octubre de 2003 (RJ 2938/2002), lo que denota la complejidad de examinar supuestos derivados del padecimiento de una incapacidad, aun temporal y extrapolarlo al padecimiento de un segundo trabajador.

²⁸ Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007 (Aranzadi RJ 2008\2884).

Supremo ratificó este parecer, de manera reiterada²⁹, considerando que la prohibición de discriminación implica evitar que se puedan introducir factores de diferenciación que merezca un especial rechazo en el ordenamiento, rechazo que no se produce en el caso de la alegación de una enfermedad en términos genéricos, la cual además no equivale tampoco al concepto de minusvalía.

Una última vía, se sustanció en torno a la posibilidad de que el despido pudiera ser declarado nulo, por entender que la extinción del contrato de trabajo en una situación de incapacidad contravenía lo contemplado en el artículo 15 de la Constitución, y más en concreto respecto a la integridad física.

Dicha tesis, rechazada igualmente por el Alto Tribunal³⁰, señaló que partía de un presupuesto erróneo por vincular el derecho a la integridad física con el derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43 de la Constitución, ya que se trata de un principio rector de la política social y económica, no siendo por tanto un derecho amparable en un proceso de tutela extraordinaria.

Se aprecia en consecuencia, la reticencia por parte del Alto Tribunal de aceptar la nulidad del despido, por el mero hecho de que la extinción se produce en situación de baja médica por enfermedad³¹.

V. LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La discusión parecía haber alcanzado por tanto una suerte de vía muerta. Sin embargo, sería el Tribunal Constitucional el que permitió examinar la cuestión desde una nueva perspectiva.

En su Sentencia 62/2008, de 26 de mayo³², revisó la queja formulada por un trabajador despedido en situación de incapacidad temporal que había venido encadenando sucesivas incapacidades temporales y que vio además rechazada su petición de reconocimiento de una incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual.

²⁹ Sentencias de fecha 27 de enero de 2009 (Aranzadi RJ 2009\1048) y 13 de febrero de 2008 (Aranzadi RJ 2008\2900).

³⁰ Sentencias de 22 de enero de 2008 (Aranzadi RJ 2008\1621) y 22 de septiembre de 2008 (Aranzadi RJ 2008\5533).

³¹ BARBERO BAJO, J. *Análisis del despido durante la baja del trabajador: nulidad vs. Improcedencia*. Lex Nova. Número 52. 2008. Págs. 22-27.

³² (Aranzadi RJ 2008\62).

La causa principal del despido alegado por la empresa, residía en que el trabajador –que prestaba servicios como albañil en una empresa de construcción– había ocultado este extremo al momento de su contratación, lo que a juicio de la Empresa, conllevaba una trasgresión de la buena fe contractual. Contrariamente a lo anterior, aducía el trabajador que su despido se debía sin embargo, exclusivamente a su enfermedad y que por lo tanto, había sido discriminado en atención a la misma.

El Tribunal Constitucional desestimó la queja del recurrente, puesto que desde la óptica del artículo 14 de la Constitución el argumento del trabajador no podía ser acogido ya que su extinción obedecía al hecho de que el actor había ocultado el padecimiento de la enfermedad a la empresa con carácter previo a la contratación, por lo que difícilmente, podía aceptarse que concurriera un extremo discriminatorio.

Sin embargo, sí se advierte que la enfermedad puede desembocar en un factor de discriminación, encuadrable en la causa genérica de otras circunstancias o condiciones personales o sociales. Esto ocurrirá cuando la enfermedad sea un elemento de segregación, basado en la mera existencia de la misma o que pudiera conllevar la estigmatización de la persona enferma, obviando cualquier consideración que permitiera poner en relación dicha circunstancias con su aptitud para desarrollar su prestación laboral.

Asimismo, y respecto de las alegaciones del Ministerio Fiscal³³ –que había interesado el otorgamiento del amparo, fundándose entre

³³ La alegación se contrae a los siguientes términos: «Bajo esas circunstancias, en consecuencia, si es posible identificar una categoría equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, podrá entonces afirmarse la existencia de un grupo social de características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad, al que, como sostiene la demanda de amparo, se situaría en un espacio intermedio en el que no se alcanza la protección que dispensa el Ordenamiento jurídico para el normal mantenimiento de la relación laboral de sus individuos, ni tampoco la que el citado Ordenamiento prevé para aquellos supuestos en los que, ante una discapacidad o situación invalidante, se despliega la acción protectora de la Seguridad Social mediante el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente y el correlativo devengo del derecho a una pensión. Ese grupo de trabajadores puede ver sucesivamente extinguida su relación laboral con diferentes empresarios, resultando abocados a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo, del que en el caso de obtenerlo podrán ser privados con toda probabilidad al causar cualquier baja médica que precise la curación de su específica limitación funcional. Por tanto, resultarán –como el recurrente– indirectamente expulsados del mercado de trabajo, y a la vez no podrán obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse como incapacitantes con carácter definitivo y permanente. Se cumplirían así, concluye el Fiscal, los dos requisitos necesarios para estimar la realidad de una situación discriminatoria: la exclu-

otras razones, en la existencia de un grupo social equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, con características personales determinadas y de las que no participa el resto de la sociedad que se vería expulsado del mercado de trabajo– el Tribunal Constitucional señala que dicha afirmación es en exceso genérica careciendo de concreción y diferenciación, requisito este esencial para la concurrencia de un factor discriminatorio³⁴.

Básicamente, el Tribunal Constitucional entiende que la alegación del Ministerio Fiscal, carece de los requisitos esenciales estipulados por el citado órgano para entender quebrantado el principio de igual contenido en el artículo 14 de la Constitución y en consecuencia, la existencia de discriminación, y más concretamente de la existencia de

sión social (imposibilidad de permanencia en el mercado como fuerza de trabajo y consecuente falta de obtención de ingresos), y la pertenencia a ese grupo o colectivo caracterizado por el padecimiento de enfermedades capaces de generar faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, pero intermitentes [artículo 52 d) LET]. Para evitarlo es necesaria la asimilación de esta situación a la de la discapacidad, y en consecuencia apreciar como lesiva del derecho fundamental a la igualdad la conducta del empresario que otorga un tratamiento diferenciado a un trabajador por razón de una particular condición personal o social (art. 14 CE).»

³⁴ Se razona por el Tribunal en estos términos: «Sin embargo, no es posible acoger tampoco esta vía argumental. En primer lugar, no hay constancia suficiente en los hechos probados de la existencia de esa pretendida «disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad» ni, en su caso, de cuál fuera su relevancia en orden a la decisión de despido. Si bien aparece probado que el demandante ha sufrido varios procesos de incapacidad temporal a lo largo del tiempo, no hay mención alguna a cuál haya sido la causa de tales procesos; al mismo tiempo, aparece también acreditado que el trabajador ha solicitado al menos en dos ocasiones la declaración de incapacidad permanente, que tiene problemas de espalda, que entre las limitaciones orgánicas y funcionales descritas en su informe médico figuran las de «temblor de miembros y mareos con esfuerzos», que se ha negado a montar andamios alegando sus problemas de salud, y que, incluso, «su hijo le ayuda en ocasiones en el trabajo», hechos éstos que, si bien no excluyen la tesis del Ministerio Fiscal, se pueden corresponder también con la pretendida incapacidad para trabajar como oficial primera albañil en el sector de la construcción alegada por la empresa en su carta de despido. Ya se ha señalado anteriormente que las resoluciones judiciales recurridas no se han pronunciado sobre la efectiva concurrencia de esta situación de incapacidad, al haberse limitado a declarar la improcedencia de un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual, y que no resulta tampoco relevante a tales efectos el hecho de que el trabajador haya visto denegada en dos ocasiones su petición de declaración de incapacidad permanente, por los motivos ya indicados. En segundo lugar, la caracterización que el Ministerio Fiscal efectúa de esa pretendida categoría intermedia de «personas con características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad» carece de la identidad y concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, no siendo posible, como ya hemos señalado, extender el concepto de discriminación hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad.»

una «*alteridad*» o referencia a otro, exigible en todo alegato de discriminación³⁵.

Es decir, si el grupo de examen carece de homogeneidad suficiente y además, reúne a sujetos en distinta situación, no es posible entender que medie un sesgo diferenciador entre ellos y otros terceros.

Pese lo anterior, el pronunciamiento expuesto estableció los márgenes en los que se han venido desarrollando los pronunciamientos de nulidad en la materia por nuestros tribunales y que se resumen en la discriminación por estigmatización o derivada de la condición de persona enferma.

Así, las postreras resoluciones dictadas por la jurisprudencia menor al amparo de la resolución emanada del Tribunal Constitucional se sintetizaron en la relación entre segregación y enfermedad, considerando que la decisión de extinguir el contrato de trabajo fundándose únicamente en la situación de baja médica del trabajador –ligándola expresamente y concretamente al coste que conllevaba el estado de incapacidad temporal del empleado– no justificaba en modo alguno su despido.

Como podemos ver, no deja de ser una reformulación sustentada en la imposibilidad de que el coste de mantener el puesto, sea el único elemento que justifique la decisión extintiva por considerar que es una forma de cercenar los derechos laborales del trabajador. Sin embargo, es una cuestión ya resuelta por el Tribunal Supremo, aunque ahora se observa desde un prisma de diferenciado, más cercano a la raíz del derecho fundamental contenido en el artículo 14 de la Constitución, pero igualmente discutible en cuanto a su argumentación.

Una de las primeras Sentencias emanadas en dicho sentido, la hallamos en la jurisprudencia menor. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 12 de marzo de 2010³⁶, declaró la nulidad del despido de un trabajador que estaba de baja y que había sido requerido para que solicitara el alta médica contra su voluntad. La presente resolución no hilaba de forma específica la situación de baja con la declaración de nulidad, siendo posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 31 de enero de 2011³⁷.

Obedece a un supuesto más complejo en el que prima la protección de los derechos fundamentales –en concreto la infracción del derecho

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2011, de 28 de febrero (Aranzadi RTC 2011\13).

³⁶ (Aranzadi AS 2010\153801).

³⁷ (Aranzadi RJ 2011\922).

a la integridad física y moral³⁸, contemplado en el artículo 10.1 de la Constitución– protegiéndolos de todas aquellas vulneraciones que conlleven un peligro grave y cierto para los bienes de que es titular el trabajador, y sobre los que se pretenda actuar sin su consentimiento.

No obstante, resulta particularmente llamativa la diferenciación que se realiza entre el principio de discriminación, reiterando que el mismo no opera en casos de enfermedad puesto que salvo excepciones, no se trata de un factor de segregación u opresión en un grupo³⁹, aun reconociendo –como no podía ser de otra forma– que la coacción ejercida para instar el alta médica, es vulneradora de los derechos y libertades más esenciales y fundamentales, justificando finalmente la calificación de nulidad del despido.

Sin embargo, –pese a todo– es una muestra de que el criterio se deslizaba lentamente a los postulados de segregación y estigmatización apuntados por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sección las Palmas en sus sentencias de 22 de diciembre de 2010 y 25 de enero de 2011⁴⁰. Ambas resoluciones analizaban la decisión de proceder a la extinción del contrato de trabajo de sendas empleadas que tras encadenar diversas bajas médicas fueron despedidas alegándose como causa única y expresa, los costes de su permanencia en situación de baja.

Razona el Tribunal Superior de Justicia que aunque la decisión empresarial no se adopta porque la empleada padezca una enferme-

³⁸ Como acertadamente señalan algunos autores, este caso se diferencia del supuesto generalizado, al mediar una represalia empresarial. MORENO MÁRQUEZ, A. *Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego*. Revista Doctrinal Aranzadi. Número 11/2010.

³⁹ La Sentencia lo subraya en estos términos: «Pues bien, ni estas sentencias, ni las que se citan en el recurso han abordado el problema que aquí se examina. En la mayoría de las sentencias de la Sala a las que se ha hecho referencia y en la más reciente de 29 de enero de 2009 lo que se debate es la consideración como discriminatorios a efectos del art. 14 de la CE de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Las sentencias citadas excluyen la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del inciso final del art. 14 CE, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, según estas sentencias, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado.»

⁴⁰ (Aranzadi AS 2011\1803 y AS 2011\216).

dad concreta, sino por el hecho de que simplemente está enferma, lo que la convierte en un «*elemento*» inservible para la producción empresarial⁴¹.

Esa consideración, es la que obliga a calificar el despido nulo, no atendiendo a la decisión del empresario de despedir a la trabajadora –decisión ésta, que podría ser calificada como improcedente– sino más bien, por la realidad de que la única razón es su permanencia en situación de baja y los costes que la misma genera.

La citada doctrina, dio un paso más en los postulados ya contenidos en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, al objetivar la situación y planteando que tales bajas –y por ende su coste– pudieran ser consideradas como un elemento discriminatorio respecto de otros trabajadores en idéntica situación y que no han sido despedidos.

No debe entenderse lo anterior, como una suerte de consideración de que la incapacidad temporal generaba automáticamente una especial protección, sino el primer paso tendente a situar la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, bajo un enfoque de atención que obligaba a descartar que dicho despido –más allá de la mera conveniencia y liberalidad empresarial– atendiera a un móvil que pudiera considerarse como una represalia por encontrarse en situación de incapacidad temporal.

Vemos que la línea argumental no está ni mucho menos definida. Cabe plantearse que en situación de baja, no existe aliciente alguno para mantener un contrato de trabajo, sobre todo desde el punto de vista del empleador. Pero esa decisión *per se*, no significa en modo alguno que sea desproporcionada o contraria a algún derecho fundamental, puesto que la incidencia en la capacidad productiva, no es un

⁴¹ «*Estima, por ello, la Sala que en el caso de autos no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues no se invoca, como exige el Tribunal Constitucional, que se ponga en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación. Desde luego no es de recibo el argumento de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone «cosificar» al trabajador (es como decir que la máquina se avería y hay que cambiarla) y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protección constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción, pues tal y como la empresa lo plantea lo que está diciendo es que si los trabajadores se enferman pueden ser despedidos porque son costosos, y lo mejor es pasarle el costo al Estado vía desempleo. Este argumento puramente económico que considera al trabajador como un objeto supone «castigar» la enfermedad del trabajador que aparece ante la empresa como una carga, y desde luego, supone convertir a la enfermedad en una causa de discriminación.*»

derecho fundamental protegido por la Constitución, ni por la dicción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

De hecho, en posteriores resoluciones, se ha negado el carácter nulo del despido por la mera situación de baja del trabajador, reconociéndose que el mismo debe ser calificado como improcedente⁴². Nuevamente se reitera que la baja por enfermedad no es discapacidad, más aun quedando acreditado que dicha baja no ha tenido efecto invalidante alguno que impida la participación en la vida profesional del trabajador.

VI. LOS ASUNTOS RING, A. Y DAOUIDI. LA VINCULACIÓN CON EL DERECHO COMUNITARIO Y SU IMPACTO EN EL DERECHO NACIONAL

El estado de la presente cuestión nos conduce a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona y el efecto que la misma tuvo en la Sentencia dictada por este órgano judicial en fecha 23 de diciembre de 2016⁴³.

Dicha Sentencia resolvía el despido de un trabajador que prestaba servicios en un restaurante, y que vio extinguido su contrato por causa disciplinaria mientras se hallaba en situación de baja. La razón para dicha extinción era el «*no haber alcanzado las expectativas fijadas por la empresa ni el rendimiento que la empresa consideraba idóneo o adecuado*».

A la vista la causa alegada por la Empresa, y de la doctrina emanada por el Tribunal Supremo⁴⁴, y el propio razonamiento del Tribu-

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 1 de julio de 2014 (Aranzadi AS 2014\2723). Ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo en fecha 3 de mayo de 2016 (Aranzadi RJ 2016\2152). Por el contrario, se ha declarado la nulidad, cuando expresamente se han evidenciado circunstancias que pudieran ser consideradas como discapacidad como p.e. la existencia de un trabajador declarado «*apto con limitaciones*» y se extinguió su contrato de trabajo sin tratar de ajustar su puesto de trabajo para que pudiera continuar trabajando (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 2015. Aranzadi 2015\1435) o cuando acreditada la concurrencia de una patología que permitía calificar a la trabajadora como discapacitada, se extinguió su contrato por causas objetivas al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores por faltas reiteradas y continuadas a su puesto de trabajo, parte de las cuales, se debían a dicha discapacidad (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (Aranzadi AS 2016\385).

⁴³ (Aranzadi JUR 2017\9385).

⁴⁴ Recordemos que la doctrina del Supremo en Unificación de Doctrina debe ser acatada por los órganos judiciales inferiores. Esa obligación, unida a la falta de recepción de pronunciamientos anteriores, es posiblemente una de las razones por las

nal Constitucional, el Juzgado de lo Social de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, sustentada en su propia convicción de que dicha actuación constituía un acto discriminatorio del empresario y siendo la misma contradictoria con la jurisprudencia imperante⁴⁵.

En consecuencia, el Juzgado planteó cinco cuestiones prejudiciales cuyo contenido resumimos de la siguiente forma:

1. Si el artículo 2.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «Carta»), comprende en su ámbito de tutela la decisión empresarial de despedir a un trabajador por la mera concurrencia de una situación de incapacidad temporal de duración incierta.
2. Si el artículo 30 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que otorga a un trabajador despedido de forma arbitraria y carente de causa, debe ser la prevista en la legislación nacional para todo despido que vulnere un derecho fundamental.
3. Si esa decisión empresarial, se encuentra dentro del ámbito de afectación o tutela de los artículos 3, 15, 31, 34.1 y 35.1 de la Carta.
4. En el caso de que la respuesta a las preguntas anteriores fuera afirmativa, si los preceptos de la Carta que consagraban dicha protección, podían ser aplicados por el Juez nacional.
5. En el supuesto de que todas las preguntas anteriores tuvieran una respuesta negativa, si entra dentro del concepto de discriminación directa por discapacidad, en los términos de los artículo 1 a 3 de la Directiva 2000\78, la decisión de despedir a un trabajador en los términos contemplados en los hechos relatados.

que el Juzgado de lo Social 33 consideró conveniente suscitar la presente cuestión prejudicial. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de marzo de 2010. STC. 37/2012 (Aranzadi RTC 2012\37).

⁴⁵ «En razón de ello y desde el máximo respeto al expuesto criterio doctrinal, a pesar de discrepar del mismo, este magistrado se planteó si a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitaria, no pudiera llegarse a solución contraria y considerar que tales despidos (por causa de accidente de trabajo) sí lesionan el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y a la salud, el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social (sanitarias y económicas) y el propio derecho al trabajo (que integra el derecho a no ser despedido sino es por un motivo «justo»), principios y derechos recogidos todos ellos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y, por tanto, forma parte del Derecho primario de la Unión (art. 6.1 TUE).»

La Sentencia del TJUE⁴⁶ recuerda inicialmente que el concepto de discapacidad se contrae a aquellos supuestos en los que media una limitación que impida la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores, remitiéndose a las Sentencias de fecha 11 de abril de 2013⁴⁷ (Asunto Ring) y 18 de marzo de 2014⁴⁸ (Asunto A.), entre otras.

Tales resoluciones consideraban que la discapacidad eran las limitaciones que afectaban al trabajador y que le impedían participar plena y efectivamente en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores, siempre y cuando dicha limitación sea de larga duración, independientemente de que la dolencia sea curable o incurable⁴⁹.

Caso de que el trabajador fuera declarado discapacitado, podría ser contrario al derecho de la Unión, extinguir el contrato del trabajador si la extinción obedece a esa discapacidad⁵⁰. Esa discapacidad,

⁴⁶ 1 de diciembre de 2016. Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S. L. y otros (Aranzadi TJCE 2016\308).

⁴⁷ Asunto HK Danmark contra Jette Ring y otros (Aranzadi TJCE 2013\122). Las dos trabajadoras afectadas en Autos, padecían dolores lumbares para los que no existían tratamiento y tenían reconocida una incapacidad permanente, percibiendo una prestación económica, respectivamente.

⁴⁸ Asunto Z. contra A. Government Department (Aranzadi TJCE 2014\112). Versa sobre la denegación de la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad o adopción a una trabajadora que ha tenido un hijo en la modalidad de gestación por subrogación, modalidad esta no prevista por la legislación de la República de Irlanda.

⁴⁹ Fundamento 47 (Asunto Ring): «*De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.*»

⁵⁰ Fundamento 92 (Asunto Ring): «*De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.*»

debe afectar directamente a la capacidad laboral o de ejecutar el trabajo⁵¹.

Como ya señalábamos anteriormente, el criterio del TJUE –restrictivo– se fundamenta en una suerte de automaticidad en la calificación de nulidad, cuando se extinga el contrato de trabajo de un empleado que pudiera ser incluido en el concepto de discapacitado. Sin embargo, esa extinción requeriría que tuviera por objeto que el empresario se ahorrara los inconvenientes u obligaciones que requiere la integración de un trabajador discapacitado en la empresa.

El TJUE parece entender que ello pudiera estar implícito en el razonamiento, pero es discutible de la lectura de ambas Sentencias y del propio Asunto Daouidi. Y sin embargo, es un aspecto relevante, ya que precisamente, ese sería el aspecto fundamental para sustentar la discriminación, puesto que no implementar tales cambios o asumir esas obligaciones, realmente sí supondría negar el acceso al trabajo en igualdad de condiciones o impedir la plena integración del trabajador en la actividad empresarial.

Por el contrario se opta por un término mucho más garantista, pero ciertamente incongruente, ya que la condición de discapacitado no significa en todo caso, que el contrato de trabajo se extinga por esta única razón.

Sin perjuicio de lo anterior, que deja abierto un evidente interrogante, el TJUE rechaza entró a conocer sobre las cuatro primeras cuestiones prejudiciales planteadas. Nos detenemos en la resolución que ofrece para rechazar el conocimiento de estas cuatro cuestiones prejudiciales, puesto que el TJUE ya advierte que solo procede examinar la infracción de la Carta cuando se examine la misma al amparo del derecho aplicable de la Unión, sin que quepa formular una inter-

⁵¹ Dada cuenta que la incapacidad para gestar no impide el ingreso, desarrollo y promoción en el trabajo, el TJUE declaró en este caso que no existía discriminación por razón de discapacidad. Fundamentos 81 y 91 (Asunto Z.): *«Ahora bien, como ha manifestado el Abogado General en los puntos 95 a 97 de sus conclusiones, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z. haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional. (...) la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.»*

pretación autónoma de esta, rechazándose que una eventual invocación pueda fundamentar tal competencia⁵².

Añade además, un apunte que no resulta en absoluto ajeno a la presente controversia, y que no es otro que el mero hecho de que un trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal de duración incierta, no significa por sí solo que se trate de una limitación calificable como duradera con arreglo al concepto de incapacidad quedando la valoración a la apreciación que realice el órgano nacional de la doctrina contenida en la Sentencia del TJUE.

Es decir, que el TJUE estima que solo los órganos comunitarios son soberanos para interpretar el derecho de la Unión Europea –lo que contrasta con el proceder del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, diez años atrás, cuando *motu proprio* decidió desentrañar los pormenores de la Directiva 2000\78 y su relación con la Ley 62/2003– reservando al ordenamiento propio de cada país aquellos conceptos jurídicos no definidos por el ordenamiento comunitario y que exijan la valoración de conformidad con la ley nacional.

Curiosamente esta desestimación ocupa una posición supeditada en la Sentencia ya que se otorga un mayor protagonismo a la quinta cuestión prejudicial. En cualquier caso, asumiendo el concepto de discapacidad que contiene la Sentencia y descendiendo al caso concreto, a juicio del Tribunal Comunitario, resulta esencial entender si la limitación del trabajador puede ser calificada o no como duradera, la cual carece de regulación en el ordenamiento comunitario.

Ello obliga al juez nacional a interpretar el plazo de la duración de la capacidad del interesado debiendo fundarse el órgano nacional en los elementos objetivos de que disponga y en particular, documentos y certificados que contengan datos médicos y científicos actualizados.

Así, la duración del estado de incapacidad no es suficiente para efectuar una valoración de dicha capacidad, aunque puede entenderse como indicio el que la incapacidad del trabajador no presente una perspectiva bien delimitada o que pueda prolongarse significativamente. Si ello permitiera entender que se trata de una discapacidad duradera, podría ser de aplicación los mecanismos de defensa, pro-

⁵² Así se significa en el Fundamento 63: «Como resulta de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia (véanse la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU: C:2013:105, apartado 22, y el auto de 25 de febrero de 2016, Aiudaps, C-520/15, no publicado, EU: C:2016:124, apartado 20).»

pios del derecho de la Unión, si bien ese criterio deberá aplicarse a la fecha en la que se produjo el acto teóricamente discriminatorio.

Tras analizar el dictamen del TJUE, el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona consideró que atendiendo a tales términos, a la fecha del despido –producido apenas un mes y medio más tarde de que causara baja el actor– ya era conocida que su reincorporación sería tardía, puesto que la gravedad de sus lesiones, y la falta de un horizonte claro de recuperación ponía en serie duda su incorporación a la empresa.

Ese horizonte de recuperación tardío se desprende del incontestable hecho de que el trabajador lleva más de diez (10) meses de baja médica, hasta que se produjo la alta médica.

Acreditado ese juicio de dilación en el estado del trabajador, se considera sin embargo que esa mención, únicamente entendida, no resulta suficiente para calificar como discriminatoria la extinción practicada. Es necesario que se aporten indicios suficientes que permitan alcanzar tal conclusión. Y tales indicios se obtienen de la ausencia de una causa fundada en la extinción, la cual era claramente vaga y genérica, y que además, del análisis de la relación laboral –que incluía una ampliación de la jornada laboral del actor y la superación del período de prueba– denotaban que se contaba con éste, en un futuro cercano de la actividad laboral.

Considera así el Magistrado de instancia, que el criterio economista que ha venido rigiendo tradicionalmente las relaciones laborales debe ser modificado a la vista del criterio del TJUE, criticando la doctrina imperante emanada del Tribunal Supremo.

Justo es reconocer que en su propia resolución, el órgano de instancia concede que su visión ya se encuentra «*viada*» desde un principio, por cuanto parte del firme convencimiento de que las extinciones practicadas en situación de incapacidad temporal, deben ser calificadas como nulas, por entender que suponen un quebranto de la igualdad existente entre los distintos trabajadores, extremo éste que si bien, puede aceptarse como opinión formada propia, podemos entender que resta visión al conjunto de la situación.

VI. CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 33 DE LOS DE BARCELONA

Como ya hemos anticipado, la presente cuestión –por los difusos márgenes en los que se suscita– no cuenta con una fácil resolución, si

bien la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona, entraba, como bien reconoce su titular, dentro de lo esperable.

Lo anterior no resulta óbice para que puedan formularse diversas críticas –partiendo del pleno y lógico respeto al criterio del órgano judicial, el cual por otra parte, es plenamente coherente con sus resoluciones previas en la materia– las cuales no avalan la decisión dictada.

De partida, y la más inmediata es que la Sentencia Daouidi no modifica en términos generales el contenido ya examinado de los Asuntos Ring y A.

No se advierte un cambio sustancial en la línea argumental del TJUE, puesto que únicamente ha precisado que la condición de enfermedad duradera ha de ser definido atendiendo a lo dispuesto en el ordenamiento nacional, pero sin alterar los términos ya propuestos por resoluciones anteriores. Esto es, que conlleve una limitación de la capacidad de trabajo.

Así, resulta paradójico que mientras en el Asunto Ring se pudo constatar la concurrencia de una situación de incapacidad permanente –reconocida– y unas dolencias calificadas como incurables, en la Sentencia Daouidi, simplemente se aprecia una incapacidad temporal, que al momento del despido, no tenía un horizonte de recuperación definido, ni lejano ni cercano, ni tampoco era previsible que pudiera desembocar en una limitación de la capacidad laboral.

De forma coetánea a lo anterior, la Sentencia dictada por el Juzgado barcelonés, obvia de forma evidente, las previsiones esenciales de la Sentencia del TJUE, ya que:

1. Traslada los efectos de la nulidad al momento en que se produce el alta del trabajador y no al momento en que se produce la decisión extintiva, contrariamente a lo señalado por el TJUE.
2. Aduce que la larga baja del trabajador –por un espacio superior a diez meses– evidenció la limitación funcional del mismo.

Sin embargo, esa valoración de la limitación funcional, resulta ilusoria, por cuanto es posterior a la fecha en que se produjo la extinción del contrato.

3. Si bien no es necesario que medie una situación invalidante definitiva, no podemos olvidar que el plazo máximo de agota-

miento de la incapacidad temporal es de doce (12) meses con una prórroga adicional de seis (6) meses más, por lo que restaba un plazo más que amplio para que pudiera considerarse la concurrencia de una baja prolongada y limitativa por un amplio período de tiempo.

4. Se remite nuevamente, al criterio economicista de la extinción. Si –como se reconoce por la propia Sentencia– la extinción tenía un fundamento derivado de la relación coste–aprovechamiento del trabajador, difícilmente se podrá entender que existía una causa discriminatoria en el despido, ya que la única razón era la falta de rentabilidad del mantenimiento del contrato, más aun teniendo en cuenta que la extinción se produjo un mes y medio más tarde de que el trabajador fuera declarado en situación de baja médica.

Teniendo en cuenta que la Sentencia del TJUE no discute en momento alguno que la doctrina del Tribunal Supremo sea correcta, nos hallamos nuevamente en el punto de partida. Si a ello se une el hecho de que la Sentencia Chacón Navas ya resolvió este punto y que los Asuntos Ring y A. coinciden con dicho pronunciamiento, el pronunciamiento judicial dictada por el órgano de instancia barcelonés, no rebate tales circunstancias, limitándose a incidir en los postulados ya indicados previamente, pero aplicando de forma excesiva el margen de discrecionalidad que le otorga la Sentencia.

5. A mayor abundamiento, al trasladarse al órgano nacional la decisión sobre si concurre o no en el trabajador despedido la condición de discapacitado –que tendrá que valorarlo atendiendo a las circunstancias expuestas– se reduce la presente situación a declaración de una nulidad objetiva, en la que sin tener intención el empresario de realizar acto discriminatorio alguno, podría declararse la nulidad del despido por ello.

Ello evidencia la necesidad de engarzar la posible discriminación derivada de la situación de discapacidad con hechos o circunstancias que evidencien que el empresario ha entorpecido la incorporación del trabajador declarado discapacitado y no reducir la presente a un juicio de neutralidad, en el que se pueda afirmar una intención discriminatoria sin que se tenga conocimiento de si realmente el sujeto de dicha discriminación, realmente ostenta la condición de discapacitado en los términos previstos en la Directiva 2000/78.

6. Por último, se interpreta –desvirtuándolo– el concepto de discapacidad contenido en la Sentencia del TJUE⁵³.

Recordemos que la interpretación dada por el citado órgano judicial exige que la discapacidad se considere como una limitación funcional severa, curable o no curable y que sea duradera, que impida al trabajador participar en la vida profesional junto con los demás trabajadores.

No es posible aceptar que se ha producido una limitación en la vida profesional del trabajador, cuando el vínculo laboral se ha extinguido apenas un mes y medio más tarde de ser declarado en situación de incapacidad temporal, mediando una cuestión económica en el planteamiento, y no habiéndose acreditado –puesto que nada consta probado al respecto– que existiera una intención de segregar al trabajador por razón de su enfermedad.

En definitiva, podemos afirmar que el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona ha optado por maximizar el margen de apreciación conferido por el TJUE, en el único aspecto que no ha podido valorar y que es la definición de limitación duradera, la cual se rige por el derecho nacional, potenciando el margen de discrecionalidad que le concede el TJUE, empleando para ello unos argumentos de difícil asunción y que en todo caso, no son armoniosos con los términos en los que fue resuelta la propia cuestión prejudicial.

Por otro lado, ni la Sentencia del TJUE ni la Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, entran a valorar el aspecto ya señalado anteriormente, y que estriba en la necesidad de vincular la posible condición de discapacitado del trabajador afectado por la extinción, con la oposición del empresario a su incorporación a la actividad laboral.

No se trata de un automatismo que pueda deducirse del despido cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad, sino que exige evidenciar que efectivamente, el empresario ha impedido o limitado la actividad del trabajador discapacitado, al no disponer los medios efectivos para su integración en la actividad empresarial. Extinguir el contrato de trabajo con un criterio económico no parece

⁵³ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Despido de un trabajador en incapacidad temporal ¿improcedencia o nulidad por discriminación?* La Ley Unión Europea. Número 43. 2016. El autor considera que la interpretación realizada por el Juzgado de lo Social número 33 desvirtúa el contenido de la decisión del TJUE, ya que el despido no debe ser calificado como nulo de forma automática, sino mediando un estricto examen de las circunstancias del supuesto.

que sea un acto discriminatorio, ya que incluso la condición de discapacitado del trabajador en ese momento, sería controvertida conforme al criterio del TJUE.

VII. CONCLUSIONES

La diatriba existente sobre la calificación del despido en situación de incapacidad temporal, se reabre de una forma inesperada con la aplicación que el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona ha realizado del pronunciamiento del TJUE.

Más allá de la solución que dicte el Tribunal Supremo, el criterio del TJUE, sin verse esencialmente modificado respecto de pronunciamientos anteriores, ofrece un mayor margen de discrecionalidad para estimar la calificación de nulidad, asumiendo unos parámetros, total y absolutamente casuísticos y alejados de la inicialmente alegada causa de discriminación que sustentaban estas reclamaciones.

En efecto, la denuncia discriminatoria queda reducida a una valoración individualizada de la duración o no de la incapacidad temporal, y en su caso de las posibles consecuencias limitativas en la participación en el trabajo, sin que dicha valoración cuente con un elemento objetivo que permita estimar la corrección de la misma.

Desgraciadamente, podemos prever que ello ocasionará un notable incremento de la litigiosidad con un efecto perverso a corto plazo: la extinción automática e inmediata del vínculo laboral sin esperar a comprobar los efectos reales de cada baja médica.