

TRABAJADORES DESPEDIDOS POR ENFERMEDAD. CUANDO EL DERECHO SE ALEJA DE LA JUSTICIA

Por

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

Profesora contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valladolid

serrano@der.uva.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 18 (2008)

SUMARIO : I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR LEJOS DE LA DISCRIMINACIÓN.- III. Y MUY CERCA DE LA DESPROTECCIÓN.- IV. RENTABILIDAD ECONÓMICA Y DESPIDO. LA ENFERMEDAD ¿UNA EXCEPCIÓN?.- V. LA OTRA LUCHA DE LA ENFERMEDAD, LA ENFERMEDAD FRENTE A LA SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD.- VI. LAS CLAVES DE LA SENTENCIA 62/2008, DE 26 DE MAYO. UNA RESOLUCIÓN PARA LA REFLEXIÓN.- VII. UNA LLAMADA DE ATENCIÓN AL LEGISLADOR.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años venimos conociendo la situación de enfermos que son despedidos por padecer una enfermedad o sufrir un deterioro de su salud que les impide acudir a su trabajo. El último caso que recientemente ha merecido el eco de la prensa ha sido el despido de una trabajadora en coma, inmediatamente corregido ya que el empresario decidió revocar su decisión y mantener vivo el contrato de trabajo (seguramente movido por el efecto de la fuerte presión ejercida por los medios de comunicación).

Se trata, sin duda, del supuesto más injusto del despido sin causa o mejor (*rectius*) del despido por una única causa: la enfermedad que padece el trabajador. Las Sentencias del Tribunal Supremo, sala 4ª, de 11 de diciembre de 2007 y 13 de febrero de 2008 -por citar algunas de las más recientes (siguiendo una jurisprudencia iniciada ya en el año 2001)- y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2008, dan '*legitimidad*' a las actuaciones empresariales que deciden despedir a trabajadores enfermos, pues aun siendo un acto de despido antijurídico aplicando la legalidad vigente esa conducta sólo merece la calificación de despido improcedente (por falta de causa justificativa o justa causa, por tratarse de causa ilícita para despedir) y no de despido nulo (al no encontrarse implicado ningún Derecho Fundamental, ni móvil discriminatorio,

ni estar establecida legalmente –como en otro tiempo si aconteciera- la expresa declaración de nulidad de esos actos). Ninguno de aquellos órganos judiciales ha venido a considerar que podríamos encontrarnos en estos supuestos ante una situación discriminatoria ya que entienden que la enfermedad no resulta reconducible a una de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE , como más adelante se analiza.

Desde finales del siglo XIX los enfermos recibieron una protección social mediante el seguro de enfermedad, viendo así cubierta no sólo la necesaria asistencia sanitaria para tutelar el deterioro de su salud producido por la enfermedad sino recibiendo conjuntamente con aquélla una prestación económica capaz de cubrir sus necesidades vitales hasta su completa recuperación; entendida ésta en términos de su posibilidad de curarse y acudir nuevamente a su trabajo para poder ejecutar su prestación laboral.

Los derechos directamente implicados en estos supuestos son, en todo caso, el derecho/deber al trabajo (art. 35 ET), el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE –ya en relación con la salud laboral también habría que invocar el art. 40.2 CE -) y el derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE). Se trata de Derechos que en la Norma fundamental española o bien tienen una categoría inferior al Derecho Fundamental, de simples *Derechos de los ciudadanos* o, incluso, se les deja de reconocer su verdadera esencia de Derecho, por el hecho de ser derechos prestacionales, incluyéndolos en un capítulo que agrupa *Principios rectores de la política social y económica*. Sin duda nuestros constituyentes optaron por dar a los llamados “*derechos de los pobres*” una protección bastante pobre que, ciertamente, es insuficiente para un Estado que quiera merecer en el siglo XXI su consistencia de auténtico Estado de Derecho Social; como nos lo muestra el supuesto del despido de los enfermos. Aunque también puede entenderse que el despido del trabajador enfermo afecta al principio de no discriminación (art. 14 CE) o al derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE), éstos sí reconocidos con la categoría de Derechos Fundamentales en la Carta Magna española, pero sin embargo los Tribunales (en sede ordinaria y constitucional) han negado –con carácter general- la implicación de estos otros Derechos en los casos de despidos de trabajadores enfermos. La invocación a otros Derechos fundamentales puede verse ampliada en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, así, por ejemplificar, en ocasiones para encontrar aquel resorte constitucional se ha aludido a la posible lesión del derecho a la intimidad (art. 18 CE) o a la manida tutela judicial efectiva, en particular desde las inagotables perspectivas que ofrece la garantía de indemnidad (art. 24 CE).

Otros ordenamientos jurídicos comparados y sobre todo las propias Declaraciones universales de Derechos Humanos o las Cartas de Derechos de la Unión europea colocan a aquellos derechos (al trabajo, protección de la salud y Seguridad Social) en el

nivel de Derechos con mayúsculas, de Derechos Humanos, dignos de protección, amparo y tutela por los juzgadores y también por el máximo vigía de las garantías constitucionales.

Pero, sobre todo, los ordenamientos extranjeros en sus Leyes protegen especialmente a los trabajadores cuando caen en situación de enfermedad, y no sólo lo hacen mediante la asistencia sanitaria y la concesión de ayudas económicas sustitutivas de la falta de ingresos sino también garantizando a veces la continuidad de la relación laboral (es el caso de la legislación francesa) o protegiendo especialmente a determinadas enfermedades (así acontece en la legislación holandesa respecto a las enfermedades crónicas prohibiendo el despido por esta razón y en caso de producirse declarándolo discriminatorio). En este sentido también se pronuncia el Convenio de la OIT número 158, de 22 de junio, *sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador* cuyo art. artículo 6.1 dispone expresamente que *“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”*. El legislador español se conforma desde 1994 con el mínimo exigido por el citado Convenio, declarando la improcedencia del despido. Desde entonces el trabajador enfermo ha quedado en una singular ‘tierra de nadie’ en el Derecho español.

II. LA ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR, LEJOS DE LA DISCRIMINACIÓN

Con carácter general en nuestro Derecho la enfermedad, en sí misma considerada, no es tratada como una causa de discriminación. La única salvedad la encontramos en el ámbito penal, ya que el Código Penal sí enuncia la enfermedad como posible motivo discriminatorio. Por un lado, el art. 22.4ª CP cita como circunstancia agravante de la responsabilidad penal en la comisión de delitos la discriminación por distintos motivos, entre los que alude expresamente a la enfermedad o minusvalía que padezca la víctima. Por otro lado, el delito de discriminación en el empleo público y privado -contenido en el art. 314 CP - también se refiere expresamente a la grave discriminación por enfermedad o minusvalía. (Sin duda, sorprende que el derecho material del empleo no aluda a la enfermedad como causa discriminatoria y sí lo haga el Derecho penal especial al referirse al delito por discriminación en el empleo que trae causa de incumplimientos de la normativa laboral o del empleo público). La enfermedad como motivo de discriminación es reiterada en los arts. 510, 511 y 512 CP , preceptos referentes a determinados delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución.

La Constitución española en su art. 14 dentro de la prohibición de discriminación no menciona expresamente a la enfermedad, y nuestro Tribunal constitucional, en su

reciente Sentencia de 26 de mayo de 2008 ¹, entiende que la enfermedad no se puede albergar en la cláusula genérica de “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, contenida en aquel precepto (llega a sugerir que incluir en esa cláusula a la enfermedad haría confundir la prohibición de discriminación con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta). A no ser en los supuestos en los cuales la enfermedad que motiva un trato peyorativo pueda ser apreciada, en concretas circunstancias, como elemento de segregación del sujeto enfermo. Descendiendo ahora al terreno laboral, tampoco los arts. 4.2 c) y 17.1 ET citan como motivo discriminatorio la enfermedad. Por el contrario, la discapacidad sí encuentra un hueco en estos últimos preceptos. Sin duda la discapacidad ha recibido un importante mejoramiento legal en el marco del empleo y la ocupación a partir de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En los ordenamientos comparados podemos encontrarnos que la enfermedad crónica es tratada, conjuntamente con la discapacidad, como posible causa discriminatoria si quien la sufre recibe un tratamiento peyorativo, es el caso del Derecho holandés, por poner un ejemplo.

Sin embargo discapacidad y enfermedad no son lo mismo, por lo tanto la prohibición de discriminar por discapacidad no resguarda a la enfermedad (ni siquiera cuando ésta – la enfermedad- incapacita temporalmente para la continuidad en la prestación de los servicios contratados). Así nos lo venía indicando el Tribunal Supremo y también lo ha corroborado el TJUE en su sentencia de 11 de julio de 2006 caso Chacón Navas², manifestando que son dos conceptos diferentes o distintos, de tal manera que la Directiva 2000/78/CE sólo protege frente a la discriminación por discapacidad³.

¹ STC 62/2008 (Recurso de amparo 3912/2005). Aunque el voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez entiende que en el supuesto allí enjuiciado sin duda sería de aplicación esa cláusula general y abierta del art. 14 CE referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, al observar la presencia inequívoca discriminación debida a la enfermedad del trabajador despedido, como más adelante veremos en estas páginas fue despedido precisamente por padecer una enfermedad y recaer en una situación de incapacidad temporal. Aquella misma opinión del TC previamente había sido sostenida por el TS en numerosas sentencias, por ejemplo en la STS de 29 de enero de 2001, no entendiéndose que minusvalía y enfermedad sean conceptos equiparables; la Sentencia de 2001 fue el primer pronunciamiento dictado por el Supremo que aplicaba la nueva legislación en materia de la calificación del despido en situación de incapacidad temporal tras la reforma laboral acontecida en los años 1993-1994.

² Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05.

³ Véase al respecto, entre los muchos glosadores de esta resolución, CORDERO GORDILLO V. (2006), “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE - Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006”, Aranzadi Social, nº 16 (BIB 2006/1624); ENJUTO JAREÑO D. (2006) “Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05” Revista IUS-Labor, núm. 4. localizable en la dirección URL www.upf.edu/iuslabor y ESTEBAN LAGARRETA R. (2005), “Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por razón de enfermedad”. Aranzadi Social, nº 5, en www.westlaw.es Versión electrónica (BIB 2005, 1146).

Resolución ésta última en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un juzgado de lo social de Madrid (el número 33) que quiso -antes de fijar su criterio- conocer si en la definición de discapacidad de la Directiva comunitaria entraba la enfermedad que provoca una situación incapacitante para el trabajo aunque ésta sólo sea una incapacidad temporal hasta la recuperación del proceso morboso⁴. El juez nacional debía calificar un despido, sin causa, de una trabajadora enferma y en situación de incapacidad temporal. Y se le planteaba la duda entre la improcedencia del despido, reconocida, por cierto, por el propio empresario en el acto mismo del despido (en la carta de despido) o la nulidad por suponer el despido un acto de discriminación prohibida, por discapacidad (o circunstancia asimilable a ésta). No es ajeno a la problemática que presenta el tratamiento legal de la enfermedad en España y en concreto de los despidos por enfermedad que esta cuestión haya sido planteada por un Juzgado español (no se localizan cuestiones similares formuladas por otros Tribunales de los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea).

Las diferencias entre enfermedad y discapacidad serán que la enfermedad es una contingencia o alteración de la salud que puede afectar a la capacidad de trabajo del enfermo por un periodo de tiempo limitado; la discapacidad por el contrario tiene una vocación de permanencia, es una situación de minusvalía sea física, psíquica o sensorial que altera las condiciones de la persona que la padece de modo permanente y además para su reconocimiento, en el ordenamiento español vigente, es necesario que así halla sido reconocida o declarada por el órgano administrativo que corresponda⁵.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es clara al respecto: el despido de un trabajador enfermo en situación de incapacidad temporal debe ser considerado improcedente y no nulo⁶. Ha de tenerse en cuenta que en ocasiones el despido del

⁴ El Auto por el que se presenta la cuestión prejudicial, es de 7 de enero de 2005.

⁵ Ver estos elementos (temporalidad o permanencia y reconocimiento expreso de la minusvalía) que indican las principales diferencias entre discapacidad y enfermedad, apuntados entre otras resoluciones por la STS de 11 de diciembre de 2007 .

⁶ La lista de pronunciamientos es hasta la fecha bastante amplia tanto entre la doctrinal judicial como en las resoluciones consolidadas del Tribunal Supremo, así por ejemplo podemos aludir a la ya citada STS de 29 de enero de 2001 (Rec. U.D. 1566/2000) , que estableció como esos despidos de trabajadores enfermos han de ser calificados como improcedentes y no como nulos. La resolución valida y confirma como doctrina acertada el pronunciamiento de la sentencia de contraste aportada en el recurso de casación para la unificación de doctrina, se trataba de la STSJ de Castilla y León –Valladolid- de 16 de marzo de 1998 que había interpretado como acertado declarar improcedente por injustificado el despido por enfermedad pero que no se violaba ningún Derecho Fundamental, por lo que no podía ser calificado como despido nulo. Por poner referencias más próximas a nuestros días, a aquel pronunciamiento de 2001 han seguido otras muchas, que reiteran el parecer expuesto, entre las que se pueden consultar las siguientes SSTS de 23 de septiembre de 2002, 12 de julio de 2004 , 23 de mayo de 2005 , 26 de septiembre de 2006, 22 noviembre 2007 ó 11 y 18 de diciembre de 2007 #(\$279710)# , 22 de enero y de 13 febrero 2008 .

trabajador se produce alegando el art. 52 d) ET pero no queda probada la causa de extinción objetiva y otras veces por despidos disciplinarios alegando distintas causas, la más frecuente suele ser la transgresión de la buena fe contractual, art. 54.2 d) ET o aduciendo una disminución del rendimiento o escasa productividad voluntaria, art. 54.2 e) ET, pero son *despidos fraudulentos*, ya que las razones verdaderas del despido no son adecuadas, ni ajustadas en ningún caso a la causalidad del despido. Quienes han estudiado exhaustivamente las situaciones de despidos por enfermedad (antes, durante o después de una IT) detectan las situaciones, en particular, en las que en la práctica suele despedirse al enfermo, mediante el análisis de esta clase de despidos en muy diversos momentos de la relación laboral⁷: en los momentos de la selección, la no superación del periodo de prueba, la no renovación de contrataciones temporales que antes de manifestarse la enfermedad sí acontecían, las extinciones alegando causas disciplinarias -como falta de rendimiento, escasa productividad, inasistencias al trabajo, ocultación de datos referentes a la salud, falta de diligencia o transgresión de la buena fe contractual-, sin causa o con causa falsa o por el hecho cierto de encontrarse el trabajador en incapacidad temporal, o en su caso aduciendo distintas causas objetivas, ineptitud sobrevenida, absentismo laboral –sin cumplir los requisitos legales-, despido por causas económicas, técnicas, productivas u organizativas.

Para el Tribunal Supremo, aun reconociendo que las decisiones empresariales extintivas traen como causa la enfermedad del trabajador, ello no afecta a Derechos Fundamentales ni suponen una conducta de discriminación prohibida⁸. Además, el Alto Tribunal nos recuerda de manera reiterada que en la actual regulación del despido no existe disposición alguna determinante de que la condición personal de la enfermedad

Entre la doctrina judicial, por todas, SSTSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2005 y 17 de octubre de 2005, de Canarias –Las Palmas- de 22 de marzo de 2006, del País Vasco de 26 de septiembre de 2006, de Cataluña de 9 de febrero de 2007, de Cantabria de 12 de febrero de 2007, de Baleares de 23 de noviembre de 2007.

⁷ Seguimos aquí la labor de recopilación realizada por SÁNCHEZ TORRES E. (2006), “La enfermedad como causa improcedente de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia”. Relaciones Laborales, nº 18. Versión electrónica en www.laleylaboral.com, págs. 1 a 11.

⁸ Comentando esa jurisprudencia puede consultarse, ESCRIBANO GUTIÉRREZ J. (2007), “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”. Relaciones Laborales, nº 5, versión electrónica localizable en www.laleylaboral.com; MANTECA VALDELANDE V. (2008), “Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11.12.2007. “Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real de despido”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 758/2008; MARTÍN JIMÉNEZ R. (2008), “La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal, Aranzadi Social nº 18, (BIB 2008/987); MORÓN PRIETO R. (2008) “La calificación del despido por enfermedad del trabajador: una cuestión zanjada, al menos judicialmente”, Boletín social Quantor nº. 90/2008 o SANFULGENCIO GUTIÉRREZ J.A. (2007), “La calificación del despido basado en la enfermedad del trabajador: el derecho fundamental a la salud y el mantenimiento de la relación laboral”, Información Laboral Jurisprudencia, nº 16.

resulte relevante como motivo de discriminación legalmente protegido⁹. Ni siquiera legalmente protegido (no desde la reforma laboral de 1993-1994) podríamos añadir nosotros. Pero es que, además, para el Tribunal Supremo hay suficiente 'justificación empresarial' en la ausencia de justificación de los despidos de los enfermos (alejada de todo viso de suponer una discriminación), ya que, ante estos supuestos, la decisión extintiva se sustenta en la alegable falta de rentabilidad del contrato de trabajo para la empresa, debido a la incapacidad funcional para el trabajo durante los períodos de la baja laboral (mientras dure la situación de incapacidad temporal) pero también, otras veces, por el bajo rendimiento del trabajador enfermo lo que justifica empresarialmente el despido (porque hay una decisión de conveniencia empresarial para romper el contrato por la falta de rentabilidad que provocan las bajas del enfermo¹⁰) o que éste es el motivo principal de extinción del contrato de trabajo (no una suerte de posible discriminación por enfermedad). En fin, se encuentra así un auténtico sustento justificativo en el criterio económico o de rentabilidad de la empresa para despedir al enfermo, interpretando que aquella motivación no es un factor discriminatorio, pues no lo es en el estricto sentido de discriminación al que alude el art. 14 CE .

Para abordar esta cuestión se parte de la distinción entre las dos partes diferenciadas que contiene el at. 14 CE, entre el principio de igualdad (igualdad ante la Ley y su aplicación dirigido a los poderes públicos) y la prohibición de discriminación (discriminaciones que suponen una violación cualificada de la igualdad, siendo esos criterios de diferenciación expresamente rechazados y como principio la no discriminación resulta aplicable, también, a las diferencias de trato prohibidas entre particulares). La prohibición de discriminación no puede equivocarse con el principio general de igualdad, la prohibición de discriminación exige la presencia de un factor de diferenciación que merece un rechazo especial por parte del ordenamiento jurídico, y

⁹ Un completo estudio sobre esta cuestión y en general las vinculaciones entre el despido y la enfermedad en TOLEDO OMS A. (2008), El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal. Cuadernos de Aranzadi Social nº 31, versión electrónica.

¹⁰ Rodríguez-Piñero califica ese argumento de la conveniencia empresarial como "discutible y manipulable" recordando que en ocasiones sustenta la licitud de la extinción por enfermedad en el caso de despido objetivo ajustado a los requisitos del art. 52 e) ET y otras su improcedencia, es decir su ilicitud, pero sobre todo porque el argumento podría servir de fundamento para adoptar medidas incluso discriminatorias que, además, permiten que un acto ilícito tenga una causas razonables (con la consiguiente paradoja de una razonabilidad que no está amparada por el ordenamiento jurídico), RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (2008), "Despido por enfermedad y discriminación", Relaciones Laborales. Revista crítica de Teoría y Práctica num. 20/2008, versión electrónica, pag. 3. El autor también nos recuerda que muchas discriminaciones del mundo laboral no son arbitrarias (no son irrazonables) sino que pueden estar generadas por el mercado y ser impuestas por la lógica de la empresa; sin duda eso es real, baste ahora recordar muchas decisiones de despido de mujeres embarazadas -de otros momentos pero cercanos a nuestro tiempo- que, muchas veces, respondían a esa misma rentabilidad empresarial atribuible ahora al despido del enfermo.

añade el Tribunal Supremo que para ello se toman en cuenta condiciones históricas ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de valores constitucionales en que se funda la convivencia democrática en una sociedad democrática y pluralista, se trata de condiciones que son además de desventajosas abiertamente contrarias a la dignidad de la persona¹¹. Por ello llega el Tribunal a la controvertida solución de que la enfermedad (la enfermedad genéricamente considerada¹²) no es factor discriminatorio en el sentido del art. 14 CE (con la única salvedad, que más abajo se relata, de que pudiera serlo cuando concurra un elemento de segregación). Esta opinión también es recogida por la STC 62/2008, pero lo hace de manera sibilina al tratar en este caso la enfermedad desde la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo, concluyendo que -en el caso que conoce de un trabajador despedido a los diez días de formalizarse su contrato de trabajo, estando en situación de baja motivada por una lesión cervical que arrastraba desde hacía años- la empresa no despide al trabajador por estar enfermo (sic.), ni por perjuicios excluyentes relacionados con la enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo. Desde esa óptica se concluye que la enfermedad no constituye un factor de discriminación.

Sin más, se 'respalda' la conveniencia de la empresa en los despidos por enfermedad, al observarse la existencia de un factor de rentabilidad en la decisión extintiva, por ello la decisión extintiva es improcedente (ilícita en los términos previstos por el actual art. 55.3 ET) pero en ningún caso puede ser calificada de nula por no tener como móvil una causa de discriminación prohibida. Con este parecer se olvida que existe un instrumento jurídico, como más adelante analizamos, las contribuciones y prestaciones sociales, que se diseñaron precisamente para proteger a los trabajadores frente a estos casos, inadmisión al trabajo y despidos -masivos o no- por causa de enfermedad -entre otros supuestos-. Pero debido a la ubicación en el texto constitucional y, consiguientemente, al bajo nivel de protección otorgado a la Seguridad Social en nuestra Norma Fundamental, art. 53.3 CE, su lesión no es merecedora de amparo constitucional. Hay quien ve en esas argumentaciones de la rentabilidad empresarial una verdadera paradoja como justificante para negar protección a los enfermos en situación de incapacidad temporal, ya que no es admitido ese razonamiento

¹¹ Así se recoge en la STS de 29 de enero de 2001 y reitera, entre otras resoluciones, la STS 11 de diciembre de 2007.

¹² Tampoco, según STS de 11 de diciembre de 2007, la incapacidad temporal puede ser considerada un factor discriminatorio en el marco del contrato de trabajo pues entiende el Tribunal que se trata de una contingencia inherente a la condición humana general y no un carácter propio de un grupo concreto de personas.

de la productividad para otros colectivos no pudiendo ser el elemento de razón que erradique la presencia de discriminación o el móvil discriminatorio¹³, entendiendo que en este caso podrían agruparse los trabajadores afectados por esas medidas extintivas como colectivo de “incapacitados temporales”. Al tiempo que se entiende por esa doctrina crítica que al menos debería exigirse al empresario que acredite el real perjuicio económico y éste a su vez se valore en términos de proporcionalidad ante la opción del despido o extinción de la relación contractual. Sin embargo, es difícil acoger la teoría de la proporcionalidad cuando estos despidos son considerados improcedentes (en la ilicitud poco o ningún sentido tiene medir la proporcionalidad de una decisión extintiva, otra cosa sería que se abordase la nulidad o procedencia del despido –como, por cierto, parece que propone esa doctrina crítica con las resoluciones jurisprudenciales-). En todo caso, sopesando en términos de proporcionalidad la rentabilidad de la empresa o la pérdida de ésta y la posición del trabajador enfermo casi siempre tendría más opciones de dominar la protección jurídica del trabajador enfermo.

Aunque a esas consideraciones cabe una excepción que permitiría atender a la posible presencia de discriminación y, en consecuencia, declarar la nulidad del despido del trabajador por causa de su enfermedad cuando se aprecie por los juzgadores en la conducta extintiva del empresario que al enfermo se le segrega y/o diferencia por su enfermedad. O, más ampliamente acudiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que caracteriza la prohibición de discriminación por un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental de ejercicio de libertades es la naturaleza odiosa de la diferencia que, o bien, la convierte en elemento de segregación, o bien, de persecución, lo que constituye un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes¹⁴. En fin, los motivos de discriminación prohibidos implican un juicio de *irrazonabilidad* de la diferenciación, que habrán de ser examinados en cada supuesto concreto para valorar el posible alcance discriminatorio, atendiendo a la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser tomadas como factor de la diferenciación¹⁵; para así poder apreciar si la diferencia ha de analizarse desde la perspectiva de la prohibición de discriminación del art. 14 CE (por ser inadmisibles).

Así parece que ante determinadas enfermedades, a las que se les concede un carácter de estigmatización social, el ejemplo recurrente puesto por la jurisprudencia, doctrina judicial y la doctrina son siempre los enfermos afectados por el VIH, esto es

¹³ SÁNCHEZ TORRES E. (2006), “La enfermedad como causa improcedente de despido...”, cit., pág. 5.

¹⁴ STC 62/2008, de 26 de mayo (en su FJ 5º).

¹⁵ *Ibidem*.

enfermos del SIDA o los seropositivos portadores de aquel virus¹⁶. Ya que en estos casos la causa del despido siendo la enfermedad lo será en tanto en cuanto aquellos enfermos se encuentran socialmente estigmatizados, lo que sí entraría dentro del trato discriminatorio por razón de la enfermedad atendiendo a la segregación que sufren¹⁷. El Tribunal Constitucional en este plano indica que la enfermedad en circunstancias determinadas puede constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE y, por lo tanto, encuadrable en la cláusula genérica de prohibición de discriminación, repitiendo como ejemplo la enfermedad como elemento de segregación o la estigmatización de la persona enferma.

III. Y MUY CERCA DE LA DESPROTECCIÓN

Lo primero que nos corresponde apuntar es el olvido, moderno e incomprensible, a la protección de la enfermedad en el marco de los contratos de trabajo. Los derechos de los trabajadores se vieron singularmente protegidos con la aparición de los Seguros Sociales; son positivo y negativo de una misma imagen. Sin duda, la mayor conquista social de los trabajadores es la protección social. El primero de los seguros sociales que surge en la Historia fue, precisamente, el de la protección a la enfermedad (*Krankenversicherung*) en la Alemania del canciller Bismark, creado por Ley de 15 de julio de 1883.

Siguiendo la inveterada tradición marcada por el seguro de enfermedad el Derecho español de Trabajo vino protegiendo a los trabajadores frente al despido cuando existía una enfermedad y por esta causa quedaba suspendido el contrato de trabajo¹⁸, o en su caso la ruptura contractual operaba por el reconocimiento al trabajador de una pensión de Seguridad Social que permitía al enfermo obtener una renta de subsistencia. Como regla general un contrato de trabajo suspendido no podía verse extinguido, salvo

¹⁶ Sobre esta cuestión BLASCO JOVER C. (2006), "El despido del trabajador seropositivo o enfermo de SIDA", *Aranzadi Social*, nº 5, BIB 2006/756.

¹⁷ Así la mencionada STS de 29 de enero de 2001 establece que para los casos de determinados enfermos, por ejemplo enfermos de SIDA, "lo que caracteriza a la prohibición de discriminación es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista".

¹⁸ La Ley de contrato de trabajo de 1944 -aprobada por Decreto de 26 de enero de 1944-, en su art. 79.1^o no permitía la finalización del contrato de trabajo durante su suspensión derivada de accidente o enfermedad, añadiendo un sin duda enigmático "cuando la incapacidad no pueda atribuirse al trabajador", por el plazo temporal que determinasen las leyes o reglamentaciones y, en su defecto, el uso o costumbre. En aquella legislación, como en la actual, se contemplaba la enfermedad como un motivo legal de suspensión del contrato de trabajo, siendo necesaria la expedición del correspondiente parte de baja por los médicos de la sanidad pública.

conurrencia de circunstancias que impidieran la continuidad de la actividad empresarial. Pero, sin embargo, aquella protección legal se rompe con la reforma laboral de 1993-1994. Fue el legislador español quien admite y permite, a partir de entonces, el despido de trabajadores enfermos, al derogar el art. 55.6 ET, cuyo texto literal era el siguiente “*el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia*”¹⁹. A partir de entonces los juzgados y Tribunales, salvo excepciones (honrosas²⁰), declaran improcedentes y no nulos los despidos de trabajadores enfermos.

Ante estas situaciones, ya se indicó por alguna doctrina que la reforma laboral de 1994 anulaba garantías de los trabajadores en los momentos que quizá más se necesitan pero también que la medida generaría unos menores ingresos a la Seguridad Social y, en consecuencia, un importante ahorro al empresario²¹. Ciertamente aquella reforma suponía, asimismo, un ahorro diferido a la Seguridad Social. En especial en aquellas circunstancias en que no se tengan los periodos de carencia necesarios para lucrar no ya la propia IT sino incluso pensiones de incapacidad permanente, o también, por poner otro ejemplo, cuando la evolución de la enfermedad se encuentra en un estadio que no merece aun el reconocimiento de incapacidad permanente –ahorro que se aprecia más con el progresivo endurecimiento a su acceso, en particular el producido con la reciente reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre -.

Así los enfermos son expulsados del trabajo (al ser despedidos por su enfermedad) y de la protección de Seguridad Social (al no reconocerles una protección por razón de su enfermedad). Un ejemplo de esta esperpéntica respuesta del ordenamiento jurídico vigente la encontramos, precisamente, en la STC 62/2008, de 26 de mayo, como pone

¹⁹ El sentir de ese precepto aparecía, entonces, reproducido en el art. 108.2 e) de la LPL. En aplicación de aquella legalidad los despidos de trabajadores durante la suspensión de sus contratos se declaraban nulos, así por todas STS de 27 de noviembre de 1984.

²⁰ Con el parecer de que está presente una discriminación por razón de la salud de quien está en una situación de incapacidad temporal declarando la nulidad del despido, SSTSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000, de 2 de abril de 2001, de 31 de enero de 2005 y de 28 de julio de 2006 (aunque este Tribunal tras las resoluciones del Supremo que afectan a su doctrina acoge la declaración de improcedencia a partir de la STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2007). También es de destacar la sólida argumentación que contiene la STJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (publicada en La Ley. Año XXVIII nº 6651, de 17 de febrero de 2007), que acoge la nulidad del despido por entender vulnerados los arts. 10 y 15 de la CE (aunque finalmente estas resoluciones son casada por el Tribunal Supremo). En fin, muchas sentencias de juzgados de lo social que alcanzan a las dictadas a día de hoy (en un acto de pequeña ‘rebelión’ colectiva de los órganos judiciales unipersonales ante la injusticia del despido por enfermedad, donde la única razón de despedir es que el trabajador está enfermo) califican la nulidad de estos despidos.

²¹ Así opinaba, entre otros, BLANCO MARTÍN, J.M. (1994), “La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral”, en Valdés Dal-Ré (dir.): La reforma del mercado de trabajo, Lex Nova 1ª ed., Valladolid, pág. 450.

de manifiesto de manera muy esclarecedora el voto particular y también algún comentarista de esa resolución²².

El enfermo además de padecer su sufrimiento no tiene, en el vigente ordenamiento español, reconocido un derecho de conservar su puesto de trabajo y a veces recibe tan sólo una protección limitada de Seguridad Social; aunque en otras ocasiones ni siquiera ésta.

Ciertamente hay enfermedades blindadas bajo sanción de despido nulo, por ejemplo cuando están directamente relacionadas con el embarazo o la maternidad, así lo ha dejado claro entre otras la STC 17/2007, de 12 de febrero, al apreciar en estos casos discriminación por razón de sexo, en particular durante el embarazo, en relación con las bajas laborales producidas durante el estado de gestación. Así lo recoge expresamente también la legislación actual, en concreto el art. 55.5 ET declarando la nulidad del despido por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural. Del mismo modo caerían bajo la calificación de nulidad del despido los supuestos en los que se aprecie en relación con la enfermedad un elemento de segregación del enfermo, en esos casos sí se apreciaría una discriminación prohibida por el art. 14 CE utilizando la cláusula general de su inciso final. Este último supuesto entrarían lo antes citados supuestos de portadores del virus VIH y los enfermos del SIDA, así también lo ha entendido la doctrina judicial. Pero, del mismo modo, correspondería ser ampliados a muchas otras enfermedades que por sus características deberían protegerse frente a la decisión de despedir por razón de la enfermedad que se padece; sin duda en esa enumeración abierta han de tener acogida todas las enfermedades crónicas (aunque, por el momento, esta no sea la interpretación ofrecida por nuestro Tribunal Constitucional ya que en la STC 62/2008, de 26 de mayo, no admite la enfermedad crónica como causa de discriminación prohibida).

IV. RENTABILIDAD ECONÓMICA Y DESPIDO. LA ENFERMEDAD ¿UNA EXCEPCIÓN?

Sin duda el trabajador enfermo, por la patología que sufre, no podrá asistir con regularidad a su trabajo debido a que su estado de salud durante la enfermedad le impide el normal desarrollo de sus actividades, incluido su trabajo.

Hay quienes opinan que un trabajador que tenga problemas de salud más o menos cronificados que le impidan trabajar de manera continuada e inicie regularmente

²² Se califica de desalentadora la resolución que aboca al trabajador a la búsqueda de un puesto de trabajo que, de obtenerlo, se verá privado de él al causar la baja médica para su curación, así CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO J.M. (2008) "Carácter no discriminatorio del despido de trabajadores por razón del padecimiento de enfermedades crónicas", Diario La Ley num. 7012/2008, versión electrónica, pág. 3.

situaciones de incapacidad temporal de corta duración, puede ser causa de una onerosidad agravada para la empresa y de alguna manera sobrevenida en el contrato. A fin de cuentas el art. 52 d) del ET admite el despido objetivo motivado en el absentismo laboral e incluye la enfermedad con periodos de recuperación breves o procesos intermitentes como causa justificativa de aquél ²³; lo que puede llegar a suponer el despido objetivo del enfermo como una causa lícita, atendiendo a la situación objetiva que dicha enfermedad provoca en la normal actividad de la empresa siempre que se ligue al alto índice de inasistencias al centro de trabajo y permitiendo el despido en atención al llamado interés (productivo) de la empresa. El empresario debe hacer frente a unos costes y a unos problemas organizativos que económicamente hacen que el contrato de trabajo que en su momento se firmó no resulte ahora presentada la enfermedad rentable o no derive de él la rentabilidad esperada (si además a ello se adicionan otros requisitos de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, llegando a superar el 5%).

Sin embargo, para estos concretos casos de enfermedad del trabajador nació precisamente el seguro de enfermedad y sobre ellos se apoya todo el actual Sistema de Seguridad Social. Negar la propia formación histórica de la protección a las enfermedades de los trabajadores (comunes o profesionales) implicará tener que volver a empezar a construir, nuevamente, un modelo de protección pública. El Estado – mediante sus legisladores y jueces- tolera acciones aisladas de despidos de enfermos pero, seguramente, no toleraría una reacción en masa de estas características ²⁴. Por

²³ Precisamente este precepto tiene su antecedente legal en el art. 39.1.d) del Real Decreto-ley 17/1977, que vino a proteger la enfermedad (o el accidente) de larga duración. Desde entonces se vincula las bajas por IT de corta duración al absentismo, desde entonces está instaurada en nuestro ordenamiento jurídico la sospecha sobre la realidad de la enfermedad. Pues para luchar contra el absentismo no se da carta alguna de naturaleza a las incapacidades temporales cuando son de corta duración (y quizá se pensará en el abuso de repetidas interrupciones buscando evitar su juego. lo que, a decir verdad, no se ha conseguido a la vista de las altas tasas de absentismo laboral).

²⁴ Al respecto resultan interesantes las argumentaciones del Juzgado de los Social nº 33 de Barcelona, en Sentencia de 24 de febrero de 2005, de trabajadores despedidos como advertencia al conjunto de la plantilla de que reduzcan las situaciones de incapacidad temporal, lo que puede ser considerada una segregación grupal, resolución citada por así SÁNCHEZ TORRES E. (2006), “La enfermedad como causa improcedente de despido...”, cit., pág. 4. En este sentido la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006 vino a confirmar la apreciación de segregación del grupo de despedidos y válido el parecer del Juzgado y la declaración de nulidad de los despidos pero el Tribunal Supremo no acepta esta argumentación y declara la improcedencia de aquellas decisiones en STS de 11 de diciembre de 2007, recordando su teoría construida en 2001 de que la enfermedad no caracteriza a un grupo (sino que es inherente a la persona) y no puede por ello ser considerada un factor discriminatorio en el marco de las relaciones laborales. Aquella STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006 ha sido comentada por CÁMARA BOTÍA A. (2007), “De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador”, *Aranzadi social*, nº 14, (BIB 2007/538).

supuesto que la Sociedad civil no lo aceptaría, porque está cuestión la piedra basal del modelo de Seguridad Social diseñado a lo largo de más de cien años ²⁵.

Sin duda, el empresario está obligado a soportar la función social de la maternidad, pero desde 1994 se le quita el peso de soportar el de la morbilidad que también tiene su elemento social digno de protección, lo que nos aparece incuestionable; peso, éste último, que tampoco asume responsablemente el Estado. En fin, se desprotege de manera consciente al trabajador.

La facilidad para este despido de trabajador enfermo, en términos económicos, es incluso mayor que ante otros despidos improcedentes, ya que, si el trabajador enfermo se encuentra con su contrato suspendido y en situación de incapacidad temporal (art. 45.2 ET), no existe obligación de abono por el empresario de salarios de tramitación pues se están percibiendo (normalmente) prestaciones de Seguridad Social. La indemnización que recibirá el trabajador es perfectamente conocida *a priori*, será la que le corresponda en atención a su antigüedad en la empresa, a razón de 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades.

Adelantando en este momento nuestro parecer, creemos que es necesaria y urgente una reforma legal que impida al empresario despedir por la mera causa del padecimiento de una enfermedad del trabajador, muy en particular ante enfermedades crónicas. Ante estos casos el factor de la rentabilidad de la empresa para justificar la extinción de un contrato (sea por causas objetivas o el despido disciplinario sin causa o con causas falsas) no puede sobreponerse a la persona y la enfermedad es intrínseca a la persona, a toda persona. Por ello, la enfermedad del trabajador ha de configurarse como una excepción a la defensa de la rentabilidad de la empresa, ayudada por la acción legislativa que permita (como ya se hizo con el embarazo, por ejemplo con las medidas denominadas 'coste cero') reducir los diferentes costes que para las empresas se adhieren a la situación de incapacidad temporal por enfermedad, que sin duda son los principales elementos que desembocan en la toma de decisión del empresario de despedir al trabajador enfermo.

En nuestra opinión, y a la vista de las respuestas judiciales -que hasta la fecha aplican la legalidad vigente de manera estricta- al tratarse de una cuestión de legalidad

²⁵ El recurso de amparo presentado ante el TC que se resuelve a través de la STC 62/2008 , también colocaba al Constitucional bajo esos parámetros; recordando cómo nace la Seguridad Social para paliar las situaciones de ruina económica provocadas en los trabajadores que, cuando enfermaban, no tenían sustento alguno. En fin que los enfermos eran discriminados, segregados o excluidos entonces, en las primeras fases de la Revolución industrial y fue gracias al instrumento Seguridad Social (articulando las prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente) cómo se les apartó de aquella exclusión. Llega a indicarse que aceptar que la incapacidad temporal pueda ser la causa extintiva del contrato de trabajo retrotrae al momento de la Revolución industrial y supone la quiebra de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho.

ordinaria (ya que por el momento en sede judicial y constitucional se descarta que afecte a Derechos Fundamentales o suponga móvil discriminatorio) debe rescatarse en el texto del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral la declaración de nulidad del despido durante la suspensión contrato de trabajo por incapacidad temporal; pudiendo también optar por introducir la nulidad del despido del trabajador por enfermedad a la dicción actual del art. 55.5 ET (“será también nulo el despido en los siguientes supuestos...”). Al menos para las enfermedades crónicas.

V. LA OTRA LUCHA DE LA ENFERMEDAD, LA ENFERMEDAD FRENTE A LA SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD

La sospecha que recae sobre el tratamiento normativo de la enfermedad es la misma que, con carácter general, cae sobre la incapacidad temporal y se relaciona con el absentismo laboral.

De manera que si son ciertos los indicadores que se publican parece que una media de seis jornadas laborales por año son pérdidas por cada trabajador que inasiste a su trabajo. También se pone de manifiesto que el 72% del total del tiempo de trabajo, llamado ‘perdido’, se debe a ausencias cortas y frecuentes, es decir, inferiores a siete días, mientras que las restantes ausencias son de duración superior a aquellos siete días. Las llamadas ausencias de larga duración en España se relacionan precisamente con la enfermedad, concretamente las más frecuentes con los dolores músculo-esqueléticos, y también con las diferentes patologías relacionadas con el estrés y la salud mental. Ciertamente hay una asociación a simular enfermedades para “excusar” la asistencia al trabajo, pero hemos de cuestionarnos si el deficiente control (empresarial y de las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social) de esa mala práctica puede repercutir, como de hecho sucede, en la rebaja de protección al enfermo real. Y preguntarnos hasta dónde puede ser legítima esa rebaja.

Sin duda, nuestros legisladores vienen optando por ejercer un implacable y riguroso control a la enfermedad y a la incapacidad temporal motivado por la ya aludida permanente sospecha que recae sobre quien se ausenta del trabajo, pero ello conduce a que el gran número de fraudes en el disfrute de la incapacidad temporal colocan al enfermo real en un lugar que no le corresponde. Sobre él recaen no sólo los férreos controles legales sino la duda de su enfermedad y el consiguiente recorte de su protección. No importa tanto que la enfermedad sea cierta sino la gran bolsa de absentismo laboral que genera la enfermedad fingida. Las respuestas de muchos operadores jurídicos, incluido el legislador, es (ha venido siendo), insistimos, la desprotección al enfermo.

No podemos dejar, si quiera, de mencionar que la propia regulación del despido objetivo que contiene el art. 52. d) ET admite dentro del absentismo las bajas por enfermedad (aun justificadas) y en particular las que son de corta o media duración, esto es las que no alcanzan los veinte días, permitiendo incluso que se llegue a un despido objetivo de los trabajadores enfermos si concurren los otros requisitos contemplados en ese precepto. Estas regulaciones manifiestan que el Derecho es desdichado en su protección a la enfermedad, admitiendo de plano la extinción de la relación laboral por la mera presencia de enfermedad (más aun cuando los Tribunales interpretan que ese periodo de veinte días debe referirse a las concretas bajas y no con respecto a una misma enfermedad). Aunque no en todo caso.

VI. LAS CLAVES DE LA SENTENCIA 62/2008, DE 26 DE MAYO. UNA RESOLUCIÓN PARA LA REFLEXIÓN

El Tribunal Constitucional se enfrenta al despido discriminatorio por enfermedad bajo estos parámetros: En un supuesto de hecho del despido de un trabajador de cincuenta y cuatro años de edad, que viene trabajando como albañil desde hace casi treinta años. Sufre desde hace años una enfermedad músculo-esquelética, que le causa dolores en la espalda, con lesión en las vértebras cervicales. Debido a esos padecimientos ha solicitado por dos veces la declaración de incapacidad permanente, una con cuatro años de anterioridad al despido que ahora llega en amparo ante el Tribunal Constitucional, la otra incoada unos días después de ese despido (sin duda buscando una protección para sobrevivir tras esa extinción de su contrato), pero en ambas ocasiones le ha sido denegada por el INSS, por no considerar que sufra lesiones incapacitantes para el ejercicio habitual de su profesión. El trabajador que tiene siete hijos. No tiene trabajo al haber sido despedido (su enfermedad y su edad tampoco le ayudarán a encontrarlo), ni derecho a prestación (pensión) de la Seguridad Social. La causa esgrimida en la carta de despido era la transgresión de la buena fe contractual, al amparo del art. 54.2 d) ET, el motivo alegado era que teniendo el trabajador una lesión/enfermedad previa en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción en la carta se le imputa como falta culpable no haberlo comunicado y ocultarlo de manera intencionada. La empresa señala que por el desconocimiento de esa enfermedad contrata al trabajador. El Tribunal finalmente resolverá que la decisión extintiva se ha producido por considerar la empresa que la enfermedad incapacita al trabajador para desarrollar su trabajo recordando que la decisión es improcedente (y así se declaró judicialmente), pero no afecta a un móvil discriminatorio.

El Tribunal rechaza entrar a valorar la posible lesión de los arts. 15 y 18 CE , derecho a la integridad física y moral y derecho a la intimidad²⁶, debido a que no ha existido la debida alegación de los mismos, en los términos procesalmente exigidos, en particular ante la falta de alegación en los procesos previos al Recurso de amparo. El art. 18 CE en ningún caso se invocó, y aunque sí se invoca el art. 15 CE en la instancia, la sentencia no lo menciona y el recurrente en suplicación no incluye como motivo de su recurso aquella incongruencia omisiva, de modo que ya no se hace mención de la posible vulneración del art. 15 CE en vía de recurso (ni expresa ni implícitamente). Por ello no admite la invocación del art. 15 CE contenida en el recurso de amparo (a pesar de que la carta de despido remitida al trabajador y analizada tanto en la instancia y como suplicación se fundaba en el hecho de haber ocultado el trabajador al empresario su estado de salud y, además, el propio TSJ funda su resolución sobre la base de que el despido precisamente se produjo debido a la enfermedad que sufre el trabajador, que es la que, a su vez, produce las sucesivas bajas laborales en otras empresas previas a la contratación).

Es decir que, como apreciará el lector, una parte importante del problema que plantean los despidos de trabajadores enfermos quedan sin resolverse en esta resolución del Tribunal Constitucional, que por razones procesales ha eludido entrar a conocer de esa posible lesión de la integridad física y moral. Habrá que esperar a nuevos procesos constitucionales, mejor preparados, que hagan pronunciarse sobre esta cuestión al Tribunal. Aunque en la Justicia ordinaria ya se ha cerrado la posible afectación de esos otros Derechos Fundamentales, así por ejemplo las SSTS de 22 de noviembre y 11 de diciembre de 2007 descartan que esté implicado el art. 15 CE . En concreto se indica con rotundidad que el Derecho a la protección a la salud (art. 43 CE) no puede ser asimilado al Derecho a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE). Recordando, lo que por desgracia ya sabemos, que en nuestra Constitución el art. 43 CE ha sido integrado como un *Principio rector de la política social y económica* no como *Derecho Fundamental*. Eso sí, sin negar las (inter)conexiones que se producen entre ambos derechos. Y, el propio TC en Sentencia 220/2005, de 12 de septiembre , ya

²⁶ Otro Derecho Fundamental que podría entrar en juego sería el art. 24.1 CE, en particular cuando se pudiera entender que el despido de quien se acoge a la incapacidad temporal supone una represalia al trabajador por el ejercicio de un derecho legalmente reconocido. Desplegando aquí su efectividad la llamada garantía de indemnidad. Bajo esta estela, en un caso muy particular concurriendo otras especiales circunstancias como la irregularidad de la contratación, se pronunciaba la STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2001. Sin embargo ese amparo fundado en el art. 24 CE y la garantía de indemnidad en un despido por enfermedad fue denegado por la STS de 12 de julio de 2004 . También, entre la doctrina defendiendo, la alegación del art. 24 CE como causa que puede llevar a la declaración de nulidad del despido de los incapacitados temporales, y recordando la consideración del mismo como derecho autónomo, SÁNCHEZ TORRES E. (2006), "La enfermedad como causa impropia de despido...", cit., pág. 11

indicaba que el citado precepto de la Constitución española no incorpora una suerte de derecho a las bajas laborales por enfermedad u otras situaciones de incapacidad temporal cubiertas por el Derecho de la Seguridad Social que pueda ser considerado como Derecho Fundamental.

De forma que la STC 62/2008 aborda sólo la posible discriminación del despido del enfermo en términos del art. 14 CE, examinando si existe una discriminación por despedir por la situación enfermedad en la que se encontraba el trabajador de baja²⁷. Comienza el constitucional manifestando que la presencia de discriminación por razón de la enfermedad temporal no está presente en los hechos probados no apreciando en la decisión extintiva la existencia de discriminación por razón de enfermedad temporal (sic.). Aleja la posible discriminación, ni tan siquiera indiciaria, aludiendo que la relación laboral apenas acababa de celebrarse hacía diez días y que era la primera vez que el trabajador era contratado con aquella empresa (como si estos factores fueran relevantes a la hora de discriminar). Alude a la causa alegada por la empresa la transgresión de la buena fe por no habersele comunicado la enfermedad que padecía el trabajador (lesión en las vértebras cervicales) ni sus reiteradas bajas laborales en otras empresas del sector, ni que ya había solicitado una declaración de incapacidad permanente aunque no le fue concedida. Más aun se indica que la causa del despido, según las pruebas practicadas fueron las bajas previas a la iniciación de la relación laboral y el hecho de su ocultación a la empresa, lo que hacían que la prestación laboral que ahora se iniciaba no fueran rentables para la empresa. Concluye el Tribunal con un argumento incomprensible (al menos para quien suscribe estas páginas): que no existe indicio alguno de que la enfermedad fuera la causa del despido, de forma que el despido se produce por la enfermedad preexistente y no por el proceso de incapacidad temporal que tan sólo es el mecanismo para conocer la empresa la presencia de la enfermedad, cómo si efectivamente fuera disoluble lo uno de lo otro. Como si la discriminación por enfermedad no mirase atrás (lo acontecido antes) para fraguarse de futuro (la decisión extintiva de la relación laboral vigente por causa de la enfermedad).

Pero es que, además, el Tribunal Constitucional pone freno a la enfermedad como criterio que pudiera entrar en los factores de discriminación prohibidos por el art. 14 CE, argumentando que las enfermedades son situaciones *“que necesariamente afectan a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional”* aludiendo que *“difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter*

²⁷ La resolución ya tiene importantes comentarios, destacan los de realizados por: CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO J.M. (2008) “Carácter no discriminatorio del despido de trabajadores por razón del padecimiento...”, cit.; GARCÍA NINET J.I. (2008), “Reflexiones al hilo de la STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008 , de la Sala Primera.” Tribuna Social num. 211/2008 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (2008), “Despido por enfermedad...”, cit.

general como factor de discriminación". Sorprende esta argumentación cuando el propio Tribunal Constitucional, en más de una ocasión, ha admitido por ejemplo la edad como una causa de discriminación amparada por el art. 14 CE, de la que también son predicables esos mismos caracteres de abstracción y generalidad y no por ello la excluyen de poder ser un posible factor de discriminación ante determinadas circunstancias y en particular ante determinados grupos de edad o no [al margen de que la edad sí esté expresamente contemplada tanto en la Directiva 2000/78/CE como en los arts. 4.2 c) , 17.1 y 54.2 g) ET ; por cierto, en el caso del art. 17 ET desde su versión de 1980].

Desoyendo al Ministerio fiscal que entendía que sí había suficientes elementos concurrentes en el caso analizado para estimar la presencia de discriminación prohibida por el art. 14 CE, pero por entender que la situación que atravesaba el trabajador era reconducible a un *tertium genus* o categoría intermedia –a medio camino entre enfermedad y discapacidad- en atención a la patología sufrida que facilitaba la aparición recurrente y cíclica de la enfermedad sin llegar a ser incapacitante de forma permanente, que le coloca en un grupo social que es abocado a la exclusión del mercado laboral y sin protección social, el TC no admite la presencia de un factor de discriminación e indica que ese grupo sería tan genérico que no conforma una categoría homogénea; no siendo posible que el concepto de discriminación se extienda hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional concluye que no hay discriminación, que no se puede subsumir en la cláusula genérica de *"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"* la decisión extintiva del empresario; para aplicar esa regla el tratamiento habría de ser tal que respondiera a un criterio de inadmisibilidad constitucional similar a los expresamente contemplados por el art. 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión u opinión). Sólo estaríamos ante discriminación si se encontrase un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad o en la estigmatización de la persona enferma por padecer la enfermedad o de persecución o un rasgo o condición personal innata y resultase un comportamiento contrario -radicalmente contrario- a la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

En todo caso el hecho de que en el despido la situación de la enfermedad fuera tenida en cuenta como causante de un efecto incapacitante para el desarrollo del trabajo, de forma que entiende el Tribunal que el motivo de la extinción contractual ha sido no el estar enfermo (sic.), ni por perjuicios excluyentes relacionados con la enfermedad sino por considerar el empresario que la enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo y si la hubiera conocido no hubiera celebrado la contratación laboral. (Sin embargo, no existía ninguna declaración de tal incapacitación ni al momento de la celebración del

contrato de trabajo ni al de su extinción, más bien al contrario sólo se conoce una denegación expresa de la situación de incapacidad permanente –aunque se remontase ésta a cuatro años antes- y es difícil atender a que se le dé tal valor por el Tribunal al simple parecer de la empresa de la enfermedad como incapacitante para ejercer una actividad profesional que, además, la aleje todo halo discriminatorio por enfermedad. Pues lo único realmente cierto tanto en el momento de la contratación como en el del despido –tan sólo 10 días después- era la presencia de una enfermedad que padecía desde hace años el trabajador).

El Tribunal alejando de toda consideración con el reconocimiento de las incapacidades, situando en planos diferenciados relación laboral y reconocimiento de prestación de la Seguridad Social, viene a concluir que el *despido relacionado con la incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad* no constituye una decisión discriminatoria (obsérvese la larga perífrasis escogida para evitar tratar de plano la discriminación por enfermedad). La solución se sitúa en términos de legalidad ordinaria (que no corresponde resolver al Constitucional) que debatirá en cada caso la procedencia o improcedencia del despido en atención a la concurrencia de causa extintiva y, en su caso, a la gravedad de los hechos.

La resolución no es aceptada por uno de los Magistrado de la Sala 1ª, que emite su voto particular (el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez). Se trata de una breve argumentación en la que se disiente del parecer general de la Sala porque entiende que sí se debió otorgar el amparo al trabajador, por considerar que el trabajador estaba afecto de una enfermedad crónica, que conforma una categoría intermedia entre la simple enfermedad y la discapacidad (tal y como había argumentado el Ministerio Fiscal a este respecto) y que la acción del despido sí era subsumible en la cláusula genérica de prohibición de la discriminación del art. 14 CE “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, más aun cuando estaban afectados el derecho al trabajo (art. 35 CE) y la protección de la salud (art. 43 CE), que obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad de las resoluciones judiciales.

A pesar de no reconocer la Sentencia la situación de desventaja en la que quedarán ciertos trabajadores (despedidos y sin prestaciones continuadas de Seguridad Social), alegada por el Ministerio Fiscal, hay una levísima llamada por el Tribunal a los poderes públicos, para que adopten medidas de política sanitaria, formación y readaptación profesionales o en su caso las propias de la Protección social (en relación con los arts. 40.2, 41 y 43 de la CE) como instrumentos para la consecución del modelo de Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), que bien podría hacer suya el legislador.

Para finalizar, el supuesto tratado por el TC en su Sentencia 62/2008 pone de manifiesto -aun de manera colateral- la insuficiencia de la nueva lista de las

enfermedades profesionales renovada hace escasamente dos años por RD 1299/2006, de 10 de noviembre . El albañil sufre una enfermedad músculo-esquelética en la espalda típica de los trabajadores de la construcción, sin embargo, no se reconoce como enfermedad profesional derivada del ejercicio de una actividad profesional.

VII. UNA LLAMADA DE ATENCIÓN AL LEGISLADOR

La insatisfacción que dejan las respuestas judiciales (la justicia ordinaria y también las resoluciones del Tribunal Constitucional) no deberían sino provocar una reforma legal. La necesidad de la reforma normativa es inaplazable en este caso. Para nosotros es indispensable un cambio legislativo que explicita en el texto del Estatuto de los Trabajadores la nulidad de estos despidos por enfermedad (que pudieran ser tan amplios como en la protección al embarazo, maternidad, paternidad o suspensiones por cuidado de hijos o familiares, etc., esto es, no sólo en el momento de la incapacidad temporal sino también inmediatamente antes o después de acogerse a ella los trabajadores); aunque alguna doctrina cree que lo que debe cambiar es la interpretación judicial y con ello ya bastaría para calificar como nulos estos los despidos en situaciones de incapacidad temporal ²⁸. Si el Derecho español del Trabajo quiere merecer el calificativo de *lusto* ha de impedir que al enfermo se le despida por el hecho de padecer una enfermedad.

A nuestro parecer, no existe justificación razonable para la continuidad de una respuesta normativa (como la declaración de improcedente del despido del enfermo por causas de la enfermedad) que tritura la esencia misma del fundamento de la protección a la enfermedad del trabajador. Si el legislador no quiere ser tan *generoso* como lo fue antes de 1994, debería al menos considerar seriamente dar un trato de protección a los enfermos crónicos y también, por qué no apuntarlo, a quienes se encuentran convalcientes por motivo de una enfermedad profesional o por las lesiones producidas tras un accidente derivado de contingencias profesionales.

La continuidad de la regulación vigente, sumada a las interpretaciones judiciales (que aplican una Ley errada o que, en todo caso, conduce a soluciones muy injustas), además de ofrecer una de las más grandes muestras de incoherencia normativa de nuestro ordenamiento laboral en relación con la Seguridad Social, hace que el Derecho se aleje de la Justicia, por supuesto también de la *Justicia social* que predica la cláusula

²⁸ Con estas demandas de cambio interpretativo, SÁNCHEZ TORRES E. (2006), "La enfermedad como causa improcedente de despido...", cit., pág. 11. La autora también critica la restrictiva interpretación que desde los Tribunales se realiza al art. 14 CE cuando se aborda el problema de la enfermedad.

de Estado social y democrático de Derecho, del art. 1.1 de la CE , que, recordemos, señala entre sus valores superiores la justicia.