

## **Carácter no discriminatorio del despido de trabajadores por razón del padecimiento de enfermedades crónicas.**

**José M.<sup>a</sup> CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO**

*Fiscal ante el Tribunal Constitucional*

**Diario La Ley**, Nº 7012, Sección La Sentencia del día, 8 de Septiembre de 2008, Año XXIX, Editorial **LA LEY LA LEY 1156/2008**

### **ANTECEDENTES DE HECHO Y PERSPECTIVA JURIDICA**

El demandante de amparo venía prestando servicios para una empresa constructora desde el 16 de julio de 2002 con la categoría profesional de oficial 1ª de albañil, causando baja por incapacidad temporal en fecha 2 de septiembre de 2002, iniciándose expediente al objeto de valorar su posible incapacidad permanente y dictándose al efecto por parte del INSS resolución de fecha 6 de noviembre de 2002 en la que se le declaró no afecto de ningún grado de incapacidad permanente.

Con carácter previo, y como consecuencia de otra baja por incapacidad temporal acaecida en fecha 18 de febrero de 1997, cuando el actor prestaba sus servicios para otra empresa, se inició también expediente para la valoración de la posible incapacidad permanente, denegándose tal declaración en virtud de resolución del INSS de fecha 22 de diciembre de 1998. Desde esa fecha y hasta la última baja del mes de septiembre de 2002, el trabajador ha venido sufriendo numerosas bajas por incapacidad temporal, debiéndose todas ellas al padecer una arterioesclerosis sistémica pronunciada; hernia discal c-6, c-7 con osteofito posterior derecho que estenosa el canal y presentando protusiones en la vértebras lumbares l-4 y l-5 y l-5 y s-1.

Como consecuencia de la última baja médica, la empresa dirigió al actor en fecha 12 de septiembre de 2002, carta de despido en la que se le comunicaba la adopción de la medida disciplinaria en base a la supuesta defraudación de la buena fé contractual, que la empresa situaba en el hecho de que el trabajador, al inicio de su relación laboral, no hubiera comunicado a la empleadora la existencia del cuadro clínico que se ha expuesto más arriba, así como la sucesión de las diferentes bajas por incapacidad temporal padecida a lo largo de los años anteriores y cuando el trabajador prestaba servicios para otras empresas. El recurrente presentó demanda por despido nulo ante los Juzgados de lo Social de Madrid, recayendo la misma en el Juzgado nº 35, que en fecha 11 de diciembre de 2002, dictó sentencia desestimando aquella y declarando sin más la improcedencia del despido pero no su nulidad.

Interpuesto recurso de suplicación frente a la anterior sentencia, postulando nuevamente la existencia de conducta discriminatoria del empresario, argumentándose la lesión del derecho a la igualdad por razón de enfermedad, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictó sentencia de 12 de mayo de 2003 confirmando íntegramente la de instancia. Contra la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, que fue inadmitido por auto de fecha 14 de abril de 2005, resultando de éste modo agotada la vía judicial

En la demanda de amparo origen de la sentencia que integra el presente comentario, se invoca la lesión del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, señalando al efecto que la decisión extintiva de la relación laboral constituiría un despido nulo, dado su carácter discriminatorio, pues se sostiene que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, entendiéndose que la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabiliten de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido, al ser ese acto contrario a la prohibición de discriminación del artículo 14 CE.

### **DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

El TC ha reiterado al analizar el artículo 14 CE, que dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas. A la anterior previsión, el TC ha añadido que no toda desigualdad de trato ante la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino sólo aquella desigualdad que introduzca una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que carezca de una justificación objetiva y razonable.

El supuesto que analiza el TC en su sentencia no se circunscribe a uno de los factores de discriminación expresamente citados en el artículo 14 CE, sino que lo que se plantea es la posible discriminación por razón de un

factor distinto cual es el de la existencia de una enfermedad crónica padecida por un trabajador, a quien se obliga a permanecer en el mercado de trabajo, —por entender que su enfermedad no es incapacitante—, pero a la vez, se le niega la estabilidad en el empleo permitiéndosele al empresario la libre opción por el despido indemnizado cuando advierte una posible merma de la rentabilidad económica que aporta esa fuerza de trabajo.

La sentencia comienza por inadmitir "*a limine*" los motivos planteados al abrigo de los artículos 15 y 18.1 CE., estimando que los derechos fundamentales protegidos por tales preceptos: integridad física e intimidad personal, no habrían sido invocados a lo largo de la vía judicial previa. Con ello se adentra la sentencia en el exclusivo examen del alegato de discriminación, que al amparo del artículo 14 CE plantea el recurrente. En relación con ello afirma que los órganos judiciales habrían considerado acreditado que el motivo real del cese lo eran las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma. Añade a continuación que no todo criterio de diferenciación como soporte de decisiones causantes de un perjuicio constituye un supuesto de discriminación, ya que señala que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal.

La conclusión a la que llega es que el efecto incapacitante de la enfermedad del trabajador solo tendrá relevancia en orden a la calificación como procedente o improcedente de su despido, y no podrá ser el sustrato de un despido nulo, salvo que en determinadas circunstancias, pueda llegar a constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, y solo cuando ese factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en el hecho de la enfermedad en sí o en la "estigmatización" como persona enferma de quien la padece. Considera finalmente el TC que resulta difícil identificar una categoría homogénea de personas con características comunes que estuviera integrada por quienes padecen enfermedades crónicas, y que tal pertenencia a ese supuesto grupo constituya un elemento de segregación.

### COMENTARIO

La sentencia que se examina —y a la que se añade un voto particular discrepante, coincidente con la tesis sostenida por el Fiscal—, se adentra en un tema novedoso para el propio TC, que no para la Jurisdicción, pues es idea repetidamente tratada por el orden jurisdiccional social y resuelta en casación unificadora por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desde la temprana STS de 29 de enero de 2001, sosteniéndose la tesis de que el despido en casos como el que aquí se plantea, debe de ser calificado de improcedente y no nulo.

En dichas resoluciones (la más reciente, STS de fecha 22 de enero de 2008) la razón que se apunta, —con base en los genéricos pronunciamientos del TC sobre el derecho a la igualdad—, es la de que la cláusula final del artículo 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, ya que en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en tal fórmula, son pues aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas. Por lo tanto, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la enfermedad, en cuánto generadora sucesiva de "bajas médicas" del trabajador, no constituiría un elemento identificador de un grupo de personas históricamente oprimido o segregado. Se descarta así aquel planteamiento que sostiene que la enfermedad —abstractamente considerada— haya sido una de las causas socialmente excluyentes que más gravemente han afectado a la humanidad.

La cuestión, además, presenta alguna otra perspectiva como es la derivada del contenido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, en tanto en ella se dispone que su finalidad es la del establecimiento de un "*marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*". Se alude pues a la discapacidad como posible causa generadora de discriminación y se trata entonces de averiguar si el concepto de discapacidad puede acoger en alguna medida el concepto de enfermedad. La respuesta a tal cuestión la ofrece la sentencia del TJCE —actual TUE— de fecha 11 de julio 2006, en la que entre otros extremos se declara que el concepto de "discapacidad" es un término que el legislador ha escogido deliberadamente difiriendo del de "enfermedad" y que en consecuencia, obliga a excluir la equiparación pura y simple de ambos.

No obstante los anteriores planteamientos, —opuestos como se ve a la estimación de la enfermedad como factor de discriminación—, ello no empece un estudio de la cuestión mediante el que se evite el tratamiento indiferenciado del concepto de "enfermedad", pues entendemos sería más preciso el enfoque de ésta materia si se distinguiera entre la mera enfermedad como alteración transitoria más o menos grave de la salud, y que por lo tanto es susceptible de afectar a lo largo de su vida a cualquier ser humano, de la enfermedad recurrente o enfermedad crónica, en la cual se

alcanza un cierto grado de irreversibilidad, ya que tras los episodios en los que ésta se manifiesta, la recuperación de la salud no resulta plena y definitiva (dentro de la natural evolución biológica de la vida), o al menos no con un cierto grado de permanencia temporal. Existiría entonces a nuestro entender, una categoría intermedia situada entre la simple enfermedad, —susceptible de ser padecida ocasionalmente por cualquiera—, y la discapacidad, caracterizándose ese "*tertium genus*" como una suerte de disfuncionalidad periódica, con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante.

No es tal la conclusión a la que llega la STC que se analiza en éste comentario, pues reconociéndose en tal resolución la posibilidad de que la enfermedad pueda en determinadas circunstancias constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE ("cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece"), estima que tal supuesto solo se dará cuando dicho rechazo se manifieste por sí mismo y al margen de cualquier consideración que permita ponerlo en relación con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral. A éste argumento añade el de las dificultades que podrían plantearse en orden a encontrar cierta homogeneidad entre personas afectadas por distintas patologías como para integrar un singular grupo humano.

El sustrato que abona el primero de tales argumentos, no parece que pueda llegar a tener en el ámbito laboral una existencia real, pues difícilmente se producirá una decisión empresarial extintiva de una relación laboral por la sola razón de padecer una enfermedad, y no porque tal enfermedad se erija precisamente en la causa del menor rendimiento del trabajador. No puede entenderse bien que se sitúe en éste caso el carácter discriminatorio de una decisión en la concreta condición social, y no en los efectos anudados a ella, en tanto éstos son los determinantes de una desventaja frente a los demás. El supuesto de discriminación más frecuente en el marco de las relaciones laborales, como es el que afecta a la mujer trabajadora por razón de las circunstancias asociadas al sexo —singularmente la maternidad—, hace ver que las decisiones que ordenan su despido no derivan del hecho de pertenecer al sexo femenino, sino de la menor rentabilidad que el empresario entiende que obtiene de un trabajador que ocasionalmente debe hacer uso de su derecho a la baja temporal. El segundo de los argumentos empleados en la sentencia, como lo es el de la dificultad de la homogeneización de un grupo humano, no resultaría insuperable teniendo en cuenta que la decisión judicial que resolviera sobre el despido podría configurar en cada caso la calificación de la enfermedad como crónica o recurrente, incluyendo en base a ello al demandante en tal categoría.

La especiales circunstancias del caso que resuelve la sentencia comentada, sitúan al demandante de amparo en un espacio intermedio en el que no le alcanza la protección que dispensa el ordenamiento jurídico para el normal mantenimiento de 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 resulta preciso se despliegue la acción protectora de la Seguridad Social. La conclusión no puede ser más desalentadora: el trabajador se verá abocado a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo, del que en el caso de obtenerlo, podrá ser sucesivamente privado al causar cualquier baja médica que precise la curación de su específica limitación funcional.