

DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD Y DESPIDO POR ABSENTISMO: UNA INTERPRETACIÓN CORRECTORA A LA LUZ DEL “CASO RING”

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

El nuevo Derecho común de Europa ha de buscarse en el Derecho del caso (case law), haciendo resurgir una solidaridad jurídica varias veces secular. Las leyes de las diversas naciones europeas difieren menos en la valoración de conflictos de intereses que en su formulación conceptual. Ante semejante realidad, es menester prestar toda la atención al Derecho vivo, al Derecho hecho por los jueces, superador de todo conceptualismo legal, para poder inducir del empirismo judicial un nuevo Derecho común

J. Puig Brutau. “Estudio preliminar” a R. POUND. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico. Comares. 2004

EXTRACTO

Palabras clave: discriminación por discapacidad, despido, absentismo laboral, jurisprudencia comunitaria, asunto Ring

Este estudio aborda las específicas adaptaciones que deben realizarse en la interpretación y aplicación de las causas de exoneración de responsabilidad civil cuando se presentan en el contexto de la prevención de riesgos laborales. Para ello se identifican, en primer lugar, los factores que condicionan esta necesidad de adaptación frente al régimen general. A continuación se examina cómo estos factores inciden en la interpretación y aplicación de las causas de exoneración de la responsabilidad que rompen el nexo causal. En concreto, la culpa de la víctima, el hecho de tercero y, fundamentalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito; otorgándose en este sentido una relevancia especial a estos dos últimas tanto por ser instituciones más problemáticas en su interpretación como por ser, en ocasiones, confundidas con las restantes vías de exoneración de responsabilidad.

ABSTRACT

Key words: Disability discrimination, dismissal, sickness absences, case European Law, “case Ring”

The doctrine established by the STJUE April 11, 2013, “case Ring”, was a remarkable fresh impetus in the treatment of disease as a possible factor of discrimination in the workplace. The Spanish judicial doctrine has tended to neutralize or reduce its importance. However, a detailed analysis of “European precedent”, as proposed by some judges of the social, requires a significant correction hitherto dominant Spanish jurisprudence on the treatment of dismissal due to illness. In particular, it requires no computing on sick leave Article 52. d) ET which are due to long-term ailments and limiting effects of the professional life of individuals, integrated into the legal text European jurisprudence.

ÍNDICE

1. NUEVAS REALIDADES, INNOVACIÓN LEGAL Y PROBLEMAS DE PERMEABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL AL CAMBIO
2. LA ENFERMEDAD COMO NUEVO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN: DE UN CONCEPTO EVOLUTIVO A UNA PRÁCTICA RENOVADA
 - 2.1.El impacto innovador de la Convención de la ONU en el derecho de precedentes comunitario: la doctrina Ring evoluciona, no rectifica, la doctrina Chacón Navas
 - 2.2.Las principales aportaciones de la doctrina Ring: una visión de síntesis.
3. DESPIDOS POR ABSENTISMO LABORAL Y REFORMA: ¿ABROGACIÓN, CORRECCIÓN O INDIFERENCIA A LA LUZ DE LA “DOCTRINA RING”?
 - 3.1.Enfermedades de larga duración y micro-bajas: el primado de la defensa de la productividad frente a los usos presuntos de absentismo profesional fraudulento
 - 3.2.La crítica jurídica interna desde la jurisprudencia comunitaria: la renuncia a una interpretación abrogatoria a favor de otra correctora.
4. EXPERIENCIAS RECIENTES DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO POR ENFERMEDAD COMO FACTOR SEGREGADOR: ¿UNA NUEVA ETAPA?
5. CONCLUSIÓN: “EPPUR SI MUOVE...”.

1. NUEVAS REALIDADES, INNOVACIÓN LEGAL Y PROBLEMAS DE PERMEABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL AL CAMBIO

Constituye un cierto tópico jurídico, evidenciado con recurrencia, lamentar el divorcio que suele existir entre lo que demanda la sociedad en cada tiempo, por lo general ávida de cambios y progresos, y la legislación que pretende ordenarla, por lo común resistente a ellos. Según este lugar común, la realidad social y sus demandas siempre irían por delante de la Ley -fuente conservadora-, por lo que sólo el afán y el saber hacer de jueces, al menos algunos, por mantenerla actualizada. Sólo éstos parecen capaces de mantener un pulso continuo a la realidad que muta, adaptando la norma escrita a constantes y renovadas demandas ciudadanas de progreso social -función innovadora de la jurisprudencia-. Ahora bien, es también frecuente, pero esto se destaca menos, que innovaciones legales, que promueven un proceso de transformación del Derecho, creando un “nuevo derecho legislado”, sean orilladas o neutralizadas por la doctrina judicial, primero, y por la jurisprudencia después, que se aferra, real o pretendidamente, aún en un sistema de Derecho codificado, a un rígido “derecho de precedentes” (“*stare decisis et quia non movere*”).

Por ejemplo, y para ir aproximándose de inmediato a la problemática objeto de este estudio, el artículo 37.1 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, prohíbe de forma expresa cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón bien de (a) sobrepeso bien de (b) obesidad, esto es,

por exceso del llamado “peso saludable”. De esta manera, la Ley, de un lado, responde perfectamente al imperativo de adaptación de la regulación normativa al estadio evolutivo de la ciencia médica, que incluye la “obesidad”, según la OMS, en la «Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud» de la OMS (CIE-10). De otro, resulta permeable a la importancia de los riesgos nutricionales también desde una vertiente social, dada la preocupante prevalencia en la actualidad de la obesidad. La seguridad alimentaria desborda, así, aspectos tradicionales para afrontar, desde los derechos de ciudadanía social de “nueva generación”, la existencia de riesgos sociales de segregación o marginación atendiendo a las nuevas realidades.

Pues bien, prácticamente un año después, hay jueces que, ajenos por completo al cambio, de legislación y de enfoque socio-jurídico, dictan sentencias para las que “no se aprecia que el sobrepeso que padece el trabajador tenga trascendencia a efectos discriminatorios”. Y ¿por qué? Pues porque, de una parte, nada diría la norma, ni nacional ni comunitaria y, además, es un problema social tan extendido que carece de sentido plantearse, pues “la obesidad afecta a gran parte de la población”.

Así, lo afirma sin rubor la *STSJ, Sala Social, de la Comunidad Valenciana, 9 de mayo de 2012, Rec. 823 /12*, siguiendo la doctrina, más restrictiva, de la STJCE de 11 de julio de 2006 (Chacón-Navas), que rechaza identificar la enfermedad como causa de discriminación. Ahora bien, el TJUE, sin cambio del marco normativo, ni originario -Tratados- ni Derivado, no tendrá problema para abrir la puerta a la protección antidiscriminatoria frente a la obesidad, no de forma abstracta, sino concreta -enfoque de equidad o de típica justicia del caso concreto-, cuando se den las circunstancias que muestran esa conexión entre esa situación y la discapacidad.

Eso sí, para ello asumirá un enfoque de interpretación evolutiva, no en el vacío, sino siguiendo cambios legislativos, como el Convenio de la ONU de tutela de los derechos de las personas con discapacidad (2006). Así lo establecerá la STJUE de 18 de Diciembre de 2014, C-354/13, respecto de la Directiva 2000/78/ del Consejo, de 27 de Noviembre. En suma, los nuevos marcos legislativos comunitarios, aunque no incluye la obesidad como discriminación de una forma expresa, sí exigen que sean reinterpretados los conceptos precedentes, y, claro está, revisadas las prácticas articuladas sobre ellos. La Convención de la ONU, ratificada por parte de la Unión -Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23)-, obliga, pues, a hacer una relectura de la discriminación por razón de la discapacidad.

Este es el enfoque, evolutivo, que promoverá la sentencia que, precisamente, está en la base de aquella nueva dimensión antidiscriminatoria de la lucha contra la obesidad. Se trata de la STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, aunque se conoce como caso Sra. RING que, dictada con posterioridad a la vigencia comunitaria de la norma universal en esta materia, lo que resalta expresamente, impone una nueva dirección, más práctica u operativa que conceptual, a su jurisprudencia precedente. No sólo el TJUE se hace más permeable que en sus “precedentes” a la interacción entre los conceptos de “enfermedad” y “discapacidad”, sino que impulsa una mayor practicidad social de sus conexiones en el actuar de los órganos judiciales nacionales. En el centro se sitúa la lógica relacional e interactiva, de modo que no es el factor causal lo que cuenta en el concepto de la «discapacidad», pues lo que prohíbe es toda limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, “a largo plazo” y que, al “interactuar con diversas barreras” -culturales, sociales, económicas o de toda índole-, puede llevar o (1) a impedir o, incluso, a (2) obstaculizar la participación efectiva de la persona en igualdad de condiciones con los demás, asumiendo un mayor riesgo social de segregación o diferenciación peyorativa en los actuales contextos, cambiados respecto del pasado. No es casual que la evolución coincida con la misma dinámica innovadora que en la jurisprudencia norteamericana¹.

Lamentablemente, buena parte de los órganos jurisdiccionales españoles no sólo no se han sentido concernidos por este envite, sino que, cuando lo han debido afrontar, en los pocos casos promovidos, lo han hecho de modo que vacían en gran medida su sentido práctico. Con ello, se estaría contrariando, a mi juicio, no sólo el espíritu sino la letra misma de esa nueva jurisprudencia comunitaria, en realidad del nuevo marco legislativo interpretado conforme a la realidad social actual. Una jurisprudencia que, manteniendo estable, en lo sustancial la base conceptual precedente, le proporciona un nuevo dinamismo para corregir, cuando no incluso abrogar, interpretaciones ancladas en una concepción de las relaciones entre enfermedad y discapacidad del pasado, indi-

¹ Tres casos de despidos basados en la obesidad mórbida de la persona, el último resuelto en 2014, han marcado la jurisprudencia norteamericana, influyente en la europea. Así: EEOC v. Resources for Human Development, Inc, y EEOC v. BAE Systems Tactical Vehicle Systems, LP, y finalmente, Whittaker v. America’s Car-Mart, Inc., case No. 1:13-cv-00108, in the U.S. District Court for the Eastern District of Missouri⁹⁴, este último resuelto el 24 de abril de 2014, equiparan la obesidad mórbida a la discapacidad, entendiendo que el supuesto es perfectamente subsumible en la Americans with Disability Act, ADA. Vid. Pilar Rivas. “¿La obesidad como causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”. En IUSLabor 1/2015, pp. 25 y ss.

ferentes a una nueva reconstrucción médico-social de ésta que ya carecen de razón, teórica y práctica, más allá, claro de una extremada defensa de las políticas de flexibilización del mercado de trabajo y de reducción de las cargas empresariales asociadas a la dimensión prestacional o positiva del derecho a la no discriminación por discapacidad.

Ahora bien, pese a que el estado de situación de nuestra doctrina judicial y de la jurisprudencia coincide con este desilusionante abstencionismo inmovilista, no han faltado algunas decisiones jurisdiccionales que han intentado, y en alguna ocasión incluso logrado -al ser confirmadas por la doctrina de suplicación-, dar un salto cualitativo en esta situación. De ahí, que el “precedente comunitario” de la “doctrina Ring” haya sido objeto de análisis en la más reciente experiencia forense española, sea en relación al juego del despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 52 letra a) ET-, sea respecto del despido objetivo por absentismo laboral (art. 52 letra d) ET), éste intensamente afectado por la reforma laboral. Especialmente destacable, es la Sentencia del Juzgado de lo Social -SJS- 33, de Barcelona, n. 339/2013, de 17 de septiembre, Autos 679/2013, a la “doctrina Ring”.

Esa resolución, sin duda, constituye uno de los mejores intentos, no será el único, como veremos, de llevar a la práctica socio-laboral, con valentía y buenas razones, sin perjuicio de algunas deficiencias -por exceso y por defecto-, el augurio de un sector autorizado de la doctrina científica, para la que el caso Ring cuestionaba la jurisprudencia española en materia. Ésta, como se sabe, mantiene separadas rígidamente las nociones de enfermedad y discriminación, pero ya carecería de razón de ser a partir del nuevo precedente comunitario -confirmado por el relativo a la obesidad como factor de discriminación posible-, un nuevo tópico jurisprudencial: “enfermedades equiparables o asimilables” a factores de discriminación². Ahora ya no debería ser posible, se decía, convalidar un despido que tenga como causa la alteración de la salud si en juego está una enfermedad equiparable o asimilable de este tipo, por lo que deberá ser calificado como nula:

“...La extinción impugnada, por lo tanto, al fundamentarse en las situaciones de incapacitado temporal generadas por la enfermedad asimilada...(a la luz de la STJUE 11.4.2013), queda fuera del ámbito de cobertura del art. 52 d) ET (interpretado en congruencia con la prohibición de discriminación del art. 2

² Vid. S.V. Sempere Navarro. “Discriminación laboral por enfermedad”. Actualidad Jurídica Aranzadi. 2013. N. 866

de la Directiva 78/2000). Por lo tanto, ha comportado no sólo la vulneración del art. 15, en los términos denunciados...sino que ha supuesto -también- una clara discriminación...” -SJS 33 Barcelona, n. 339/2013, FJ VII-.

Lamentablemente, según se analizará de inmediato, esta sentencia ha sido anulada por el TSJ Cataluña, como otras también críticas con diversos aspectos de la reforma. No obstante, ni las razones que esgrime, que vacían de novedad la doctrina Ring, son correctas, a mi juicio, como expresa una minoría de esa Sala, ni tampoco faltarán asuntos en los que, si bien respecto de la letra a) del art. 52 ET, tendrá éxito el intento de superar la jurisprudencia tradicional -SSTSJ Cataluña n. 1128/2015, de 17 febrero /2015 y Comunidad Valenciana, de 8 de mayo de 2014-. En las páginas analizaremos estas cuestiones con cierto detalle.

2. LA ENFERMEDAD COMO NUEVO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN: DE UN CONCEPTO EVOLUTIVO A UNA PRÁCTICA RENOVADA

2.1. El impacto innovador de la Convención de la ONU en el derecho de precedentes comunitario: la doctrina Ring evoluciona, no rectifica, la doctrina Chacón Navas

Sin desmerecer ni el gradual reforzamiento de la prohibición discriminatoria por causa de discapacidad en el marco normativo comunitario, ni el crecimiento de los programas a favor de la integración efectiva de estos colectivos en la Unión Europea, ha de reconocerse, al efecto que aquí más nos interesa, que fue la ratificación de la Convención de la ONU al respecto, en 2010, la que marcó un significativo, aunque no siempre bien evidenciado, punto de inflexión en la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, no puede ocultarse tanto el carácter restrictivo, en algún aspecto incluso arcaico, de sus “precedentes” antes de tal hito socio-normativo, cuanto su ambivalencia, típica de las normas que interpreta, obedientes a razones sociales y económicas. Restrictiva, porque el TJUE se resiste a aplicar la técnica de la analogía, de modo que conforme a una vieja “concepción autoritario-bizantina” del Derecho, considera que los listados de causas de discriminación de Tratados y Directivas, por más que pueda ir en aumento, son cerrados -a diferencia del modelo español ex art. 14 CE- y, en consecuencia, está estrictamente vinculado al acto de autoridad del legislador que pone la regla. El desbordamiento de la Carta Comunitaria de derechos fundamentales (versión consolidada de 2010), cuyo art. 21 fija una prohibición de discriminación general, fue de inmediato neutralizado o contenido por el TJUE, al entender que si una situación jurídica no está expresamente incluida en

un acto normativo de la Unión, el TJUE carecería de competencia para conocer de ella, sin que los derechos y principios de la carta puedan fundar por sí solos esa competencia (SSTJUE 16 de junio de 2011, C-617/10, Akeberg Fransson y 18 de diciembre de 2014, C-354/14, Kaltoft)³.

Consecuentemente, la configuración comunitaria de la prohibición seguirá hasta ese momento, y en buena medida todavía adolece de ello, encorsetada por una diversidad de tutelas, en la medida en que sigue siendo prevalente o prioritaria la protección de los factores clásicos de discriminación -nacionalidad, sexo, ideología o creencias...-, aquéllos con mayor tradición histórica, sea jurídica sea social, en detrimento de otros que, más recientes, hoy emergen en el plano social con análoga pujanza -orientación sexual, discapacidad, imagen, edad...-. El avance en estos es gradual, sin ninguna duda, mayor cuanto más se abren las instituciones europeas a la evolución del derecho universal -ONU, OMS-. La textura abierta de estos preceptos es clara.

Pero, sin ser tampoco ingenuos, recordaba que esta jurisprudencia es ambivalente, pues no tiene en absoluto un sentido linealmente evolutivo en la dirección de un estándar de máxima protección socio-económica y científico-técnica posible, sino que asume limitaciones por puras razones económico-mercantiles. Al respecto, y por lo que más afecta al este estudio, inequívoco es el apartado 17 de la Directiva, que tiene muy presente la protección de razones objetivas de las empresas advirtiendo cautelarmente que *“no obliga a...mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate..., sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.”*. Un análisis de costes que está en la normativa de la ONU a la hora de ponderar los deberes de prestación que el derecho social crea a los empleadores y que se concreta en el carácter razonable o proporcionado de las cargas para llevar acabo los ajustes razonables del puesto de trabajo que permitan al trabajador el ejercicio de su derecho a emplearse en igualdad de condiciones con lo demás -art. 2, párrafo cuarto Convención derechos de la personas con discapacidad-.

³ Para una análisis expositivo y crítico vid. J. Escribano Gutiérrez. *“Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”*. Relaciones Laborales, Editorial La Ley, Tomo I-2007, pp. 1150 y ss. Para un repaso de los aspectos más novedosos antes de 2010, vid. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. *“Novedades sobre discriminación en la Unión Europea”*. Revista Relaciones Laborales, La Ley, Tomo II-2008. Pp. 21 y ss.

De ahí, que incluso la STJUE 11 de abril, doctrina Ring, nos recuerde que una medida adoptada con objeto de “favorecer la flexibilidad del mercado de trabajo” -como sería reconocer, para la legislación laboral danesa que conoce y resuelve bajo la forma de cuestión prejudicial, un periodo de preaviso breve para despedir a quienes hayan estado de bajo por enfermedad durante más de 120 días-, podría considerarse que como medida dentro de la política de empleo susceptible de fundamentar una excepción por razón de interés general a la limitación o restricción de la prohibición antidiscriminatoria, eso sí, *“si los medios de esta finalidad son adecuados y...no exceden de lo necesario para alcanzar ese objetivo perseguido por el legislador...”* -apartados 77 a 86-. En otros términos, la flexibilidad de gestión del factor trabajo es un límite legítimo a la tutela antidiscriminatoria, siempre que resulte proporcionada y responda a un equilibrio razonable entre exigencias de libertad contractual y seguridad laboral.

En este contexto se explica el uso restrictivo del TCO -S. 62/2008- y del TS que de esta tutela hace, a favor de la mayor libertad empresarial, en relación a la sanción del despido basado en la enfermedad del trabajador, obstaculizadora de su actividad pero no incapacitante, salvo que vaya acompañado, y aquí está el auténtico *quid* jurídico, de un fin de segregación socio-laboral⁴. Precisamente, para evidenciar el carácter cambiante y evolutivo del modo de identificar esta situación, por el mayor riesgo que tiene la persona enferma, ha sido clave la ratificación de la Convención de la ONU, como remarca la doctrina Ring frente a su precedente Chacón Navas, y al margen de la cuestión, más nominal que efectiva, de si ha supuesto o no una rectificación de su “derecho de precedentes”.

Frente a una visión algo más simplificada y tangible, concreta, de la discapacidad, la nueva normativa expresa un concepto más complejo, ambiental o contextual e interactivo, por lo que la identificación de estos nuevos factores de riesgo cierto -no sólo de situación actualizada- segregacionista en la vida profesional se hará depender del contexto social en que se mueva. En consecuencia, más que a las condiciones de salud o dimensión biomédica de la persona, deberá atenderse a la interacción de los mismos con los factores ambientales y de la cual pueda resultar un conjunto de barreras o limitaciones, no ya sólo imposibilidades, para el ejercicio efectivo, es decir, útil, de su derecho a permanecer en el empleo en igualdad: *“...el concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido*

⁴ De interés también la STJUE de 13 de Noviembre de 2014 (C-416/13), si bien es apoya en la discriminación por edad para fijar la disconformidad a derecho de una edad máxima para acceder a policía local en España

de...limitación, derivada en particular de dolencias físicas...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” -STJUE 11 de abril de 2013, Ring, ap. 38-.

Cierto, ni la sentencia afirma en ningún momento que haya identidad total entre la salud y la discapacidad como factor de discriminación ni la protección puede ser inmediata apenas emerja la enfermedad, pues debe ser de larga duración -hasta aquí el precedente Chacón Navas-. Ahora bien, avanzando sobre esa idea consolidada, la ratificación de la Convención llevará a aceptar que, ciertas dolencias antes inauditas como discapacidad (en el caso dorso-lumbares), que suponían numerosos días de baja, por lo que fue despedida la Sra. Ring, procedía estimar que tales patologías son susceptibles de generar limitaciones a la participación plena de las trabajadoras en la vida profesional. Por eso el TJUE promoverá abiertamente, aunque entienda que con ello avanza sobre, no quiebra, sus precedentes, sin quebrarlos, esto es, sin rectificarlos, creando las condiciones precisas en las que la enfermedad puede ser causa de discapacidad, al generarle un riesgo adicional de padecer limitaciones profesionales. Por ejemplo, la mayor probabilidad de acumular días de baja por enfermedad y, por lo tanto, de alcanzar el límite de días que establezcan las normas -en el caso la danesa referida de 120 días- para posibilitar el despido, ocasionándole perjuicios añadidos por esa *acumulación de días de baja en el tiempo* -doctrina Ring, apartado 76-.

En tales casos, y al margen de la cuestión estrictamente conceptual -para unos identifica un nuevo concepto, el referido de “enfermedad equiparable” o “asimilable”; para otros no-, es manifiesto que el TJUE no sólo propone al juez una nueva dimensión social de discapacidad -la renovación conceptual es clara para mí-, sino también, y sobre todo, una nueva dinámica, más concreta y eficaz, de aplicación pragmática de la prohibición antidiscriminatoria. En vez de centrarse en la dialéctica abstracta enfermedad-discapacidad, como ocurrió en “Chacón Navas”, debe hacer un análisis más concreto, práctico, de la situación en que queda el trabajador a causa de una serie de dolencias que, de larga duración, sin incapacitarle, le colocan en una posición más vulnerable respecto a los demás para mantener su derecho al empleo en igualdad.

2.2. Las principales aportaciones de la doctrina Ring: una visión de síntesis

Clarificadas las relaciones entre los diversos precedentes comunitarios en materia de prohibición de discriminación y enfermedad, y destacada su novedad, aunque ello no implique, a diferencia de lo que sostiene cierto sector doctrina, rectificación en toda regla -aunque sea de forma velada u oculta-, es conveniente

presentar de forma resumida su principales aportaciones, a fin de poder compararla más netamente con las situaciones nacionales que aquí analizamos. A saber:

- La enfermedad no es en sí misma una causa de discapacidad, pero, si concurren ciertas condiciones sí puede suponer un factor de limitación indebida del derecho de las personas a participar de forma plena en la vida profesional.
- Que la Directiva se opone a una disposición nacional que permita despedir a un trabajador discapacitado cuando las baja médica haya sido consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar los ajustes razonables (65 a 68).
- la sentencia del caso Ring afirma en sus puntos 75 y 76 que *incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad, en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar de forma indebida, una enfermedad ligada a discapacidad al concepto general de enfermedad*, proscripción que ya señaló la sentencia Chacón Navas en su punto 44.
- que el trabajador discapacitado -o asimilado a esa situación- está expuesto a un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y por tanto a alcanzar el límite -120 días de la ley danesa-, por ello dicha regla puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y de este modo supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva (art. 2.2). Si bien eso sería así salvo si tal regla al tiempo que persigue un objetivo legítimo de política social o de empleo -presupuesto una libertad amplia de configuración del Estado miembro, se incluyen la promoción de la contratación y la flexibilidad del mercado de trabajo-, y resulte proporcional: *“no excede de lo necesario para conseguirlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano judicial nacional”*.

3. DESPIDOS POR ABSENTISMO LABORAL Y REFORMA: ¿ABROGACIÓN, CORRECCIÓN O INDIFERENCIA A LA LUZ DE LA “DOCTRINA RING”?

3.1. Enfermedades de larga duración y micro-bajas: el primado de la defensa de la productividad frente a los usos presuntos de absentismo profesional fraudulento

A pesar de la notoria evolución de la jurisprudencia constitucional en este punto, que pasó de la indiferencia práctica del derecho fundamental a la inte-

gridad personal ex art. 15 CE respecto del derecho social a la salud a una estrecha conexión, si media un riesgo concreto y previsible -STC 160/2007-, la posición mayoritaria en nuestro país sigue, jurisprudencialmente hablando, a diferencia de la mayoritaria crítica científica, sigue aceptando que despedir a un trabajador sólo por causa de enfermedad dará lugar a la improcedencia -SSTS, 4ª, de 5 de mayo de 2015, RCU 2659/2013, y 29 de septiembre de 2014 (RCUD 3248/2013)-. La trasposición de la Convención de la ONU en el Real Decreto Legislativo 1/2013 tampoco ha cambiado la situación, pese a que era una buena oportunidad, ante el cambio legal y la recepción de la nueva cultura protectora al respecto, como prueba la inclusión de nuevos conceptos como el de discriminación derivada de un acoso por asociación (doctrina Coleman, STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06). Sólo en algún caso, formalmente presentados bajo la simple, y falseada, dialéctica dual regla-excepción, la jurisprudencia ha abierto su muro para sancionar con la nulidad, ante la constancia de una intimidación o amenaza real, concreta al trabajador para que se reincorpore desde la situación de baja -STS de 31 de enero de 2011-.

En la práctica, en especial tras la crisis y la reforma laboral, estas situaciones, más o menos veladas, han sido práctica recurrente, de ahí que algunas doctrinas de suplicación hayan buscado en ese precedente un “caballo de Troya” para arrumbar la jurisprudencia más ortodoxa al respecto⁵. En este contexto de crítica jurisdiccional minoritaria, algunos jueces de instancia trataron de combatir las nuevas posibilidades que ofrecía la reforma para legitimar despidos por alteraciones de la salud, a través de la vía del art. 52 d), con lo que el legislador mediaría en esta problemática en un sentido contrario al esperado, esto es, facilitando la extinción con un coste menor de 20 días por año trabajado, en vez de los 45 -o 33 tras la reforma- del improcedente. La recurrente bandera de lucha contra el absentismo laboral volvía a enarbolarse a través de decisiones extintivas⁶, y, en consecuencia se hacía de peor condición a personas que, por causas ajenas a su voluntad, tenían ciertos padecimientos crónicos, aunque intermitentes.

⁵ Un repaso en T. Velasco Portero. “*El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?*”. Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Iutel. 2014, n. 29.

⁶ En las sentencias de 23 de enero y 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7877) se resolvió que “la finalidad esencial de esta norma es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el art. 52-d) del ET no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo...”

Una reforma tan intensa de esta causa extintiva como la expuesta, como no podía ser de otro modo, enseguida levantó fuertes críticas en un sector de la doctrina, que tras mantener que “el nuevo art. 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración” y que “la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho”, concluía que “es evidente la contradicción de este precepto con el art. 6 del Convenio 158 OIT, y asimismo su contraste con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles”⁷.

Puesto que el objeto de este estudio es estrictamente la relación entre la jurisprudencia comunitaria y el modo de producir -legislar- y aplicar una norma nacional, en nuestro caso las que tienen que ver con el despido por alteraciones de la salud en general, y en particular en el marco del artículo 52 d) ET, dejo aquí de lado las restricciones que, de forma deliberada o no, se han hecho recientemente por la jurisprudencia social al entendimiento de la reforma y que tienen un cierto efecto de contención de la vis expansiva que esta vía extintiva ha adquirido tras la reforma⁸, pero sin prejuzgar para nada su validez supra-legal, sea constitucional, comunitaria o internacional. Sin embargo, un puñado de decisiones judiciales de instancia se atrevieron a poner en cuestión esta legitimidad de la reforma, a propósito de expresas demandas por parte de los trabajadores

⁷ Vid. Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 13.

⁸ La prohibición de darle una eficacia retroactiva siquiera mínima, por lo que no computarán las ausencias tenidas antes de la reforma del precepto, aparece en la STS, 4ª, de 16 de octubre de 2013, RCU 446/2013), pues la corrección del sentido amplio que permitía el texto legal se debe a una lectura conforme a la doctrina constitucional: supondría una lectura expansiva de una norma que, en cambio, tiene un alcance restrictivo de garantías individuales, pues “*eliminan un requisito -el porcentaje de absentismo colectivo- para que el contrato pueda extinguirse a instancia del empresario por justa causa*” -FJ Tercero in fine-. Por su parte, la STS 7 de mayo 2015 RCU 1000/2014, fija la interpretación que debe darse al término “intermitencia” ex art. 52.d) ET. Pese a que la sentencia sigue la misma doctrina que la fijada por la STS 26 julio de 2005 RCU 3406/2004 en lo que concierne al supuesto de ausencias que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos; en cambio, fija una interpretación muy distinta para las ausencias que superen el 25% de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos, estimando, con dudoso criterio, que la intermitencia no es exigible.

despedidos por esta vía, solicitando bien que se presentara específica Cuestión de Inconstitucionalidad bien que se declarara su ilegalidad internacional, por contrariar el art.6 del Convenio n. 158 OIT. Por lo general, la doctrina de suplicación se ha enrocado en la plena validez de esta regulación, asumiendo el fin mercantilizar que expresamente confiesa, en aras de la defensa de la productividad ex art. 38 CE. En esta senda validadora, la STSJ Cataluña de n. 2529/13, de 4 de abril fue particularmente contundente en su defensa. Ningún problema observa en que se haya desvinculado la facultad extintiva del absentismo colectivo, individualizándose, aunque con ello se debiliten las garantías, pues el umbral colectivo era el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia.

Se introduce así, de un modo buscado, por el legislador una fuerte presión dirigida a que el trabajador renuncie a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por el miedo a estar por encima de los umbrales fijados en la normativa⁹, fomentándose un riesgo para la salud diferente y opuesto, el del “presentismo” de los trabajadores que temen perder su puesto con las microbajas de trabajo. Nadie duda, que las ausencias de corta duración, normalmente por dolencias de más difícil verificación objetiva, son las que más se prestan a usos fraudulentos, aunque es evidente que tal uso extendido, no generalizado, no puede ser presumido ni la vía extintiva es habitualmente la idónea para esta lucha contra la improductividad. Pero la doctrina judicial sigue comprensiva con esta regulación. Así, la STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 12 de febrero de 2002, consideraba legítimo este uso liberador “*de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible*”, por lo que, enfatiza la STJ Cataluña de 4 de abril de 2013 citada, tendría legitimidad “*una regulación que pretende, sin más, penalizar a los trabajadores que no sean suficiente productivos*”¹⁰.

⁹ vid. A. Arias Domínguez, *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013

¹⁰ También la STSJ Madrid núm. 843/2013 de 2 diciembre hace una interpretación acorde del art. 52. d) ET con el Convenio n. 158 OIT, de ahí que no plantee cuestión de invalidez alguna, ni constitucional ni internacional. Es interesante esta sentencia porque estima un recurso de suplicación contra una sentencia del Juzgado de lo Social n. 23 de Madrid que sí había considerado contrario el precepto al Convenio de la OIT: “*Ese desarrollo efectuado por la norma legal española no desvirtúa lo dispuesto en el convenio, pues no se abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencias temporales por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos... Discrepando del criterio de la sentencia de instancia, no consideramos que sea decisivo y trascendente para legitimar esta regulación el dato de la exigencia de un porcentaje total de absentismo de la plantilla, pues aun habiendo desaparecido tal elemento en la redacción del RD-L 3/12 y en la de la ley 3/12, subsiste el absentismo del trabajador individual determinado de una forma objetiva...*”.

En suma, para la gran mayoría de la doctrina de suplicación, ningún problema hay para legitimar esta reducción del trabajador a factor suficientemente productivo, sin reparar en que se están creando las condiciones para una estigmatización de todas aquellas personas que, por razones de enfermedad crónica, de larga duración, pero no incapacitantes, puedan sufrir bajas intermitentes, dificultando su continuidad. En cambio, *la SJS 33 de Barcelona, 339/2013, de 17 de septiembre -A. 679/13-*, sí consideró esta reforma legal contraria de plano a todas las fuentes supra-legales. No obstante, en el caso - se trataba de un despido por varias bajas derivadas de migraña crónica diagnosticada desde 2003-, decidió no plantear ni Cuestión de Inconstitucionalidad, ni Cuestión Prejudicial -como sí ha hecho este juez en numerosas ocasiones-, ni siquiera aplicar directamente la normativa internacional que, como el art. 6 Convenio 158 OIT, entendía infringida, siguiendo la habilitación del art. 96 CE. En este supuesto optó por una interpretación correctora aplicando directamente la doctrina RING. Al respecto, si bien se comparte el razonamiento de fondo, la inquietud que genera esta doctrina judicial nace precisamente porque parece mutar lo que sería un “deber judicial” en una “economía procesal de opción”, pues el juzgador excluye acudir al TCO porque eso dilataría la resolución del caso, dado que está tardando más de cinco años en hacerlo y eso es “inasumible por las partes y por el propio órgano judicial” -FJ V-.

3.2. La crítica jurídica interna desde la jurisprudencia comunitaria: la renuncia a una interpretación abrogatoria a favor de otra correctora.

Como es natural, y consciente plenamente de que se trata de un argumento de sociología del Derecho, que responde plenamente a la realidad y que evidencia la ineffectividad, incluso lo fallido, de nuestro modelo de justicia constitucional, a diferencia del de otros países europeos, el juez acudirá a otro expediente técnico-normativo para justificar esa elusión de la Cuestión de Inconstitucionalidad -CI-, como es el principio de conservación de la norma legal siempre que haya posibilidad de salvarla, a través de una lectura adaptadora o acomodada de aquélla a la Constitución, tal y como indica el artículo 5.3 LOPJ. El Juez de lo Social ha preferido, pues, una “interpretación correctora” del alcance de la reforma laboral, que tiene una eficacia más limitada en la práctica pero le asegura el control de la decisión restrictiva, que otra “interpretación abrogatoria”, con una eficacia potencialmente mayor -eliminaría del Derecho esa regla que considera a todas luces inconstitucional, pero cuyo resultado ni controla ni augura positivo, ya que saldría de su competencia, al tener que remitirla a un nivel superior, bien al TCO bien, incluso, por estar en juego normas de Derecho Comunitario, al TJUE -Cuestión Prejudicial-.

Tampoco acude, como se decía, al expediente de la inaplicación de la norma nacional a favor de la supra-legal, pese a que, para el juez de lo social, el art. 52. d) ET constituye un “*incumplimiento de una norma internacional jerárquicamente prevalente...*” -FJ Cuarto, punto 2, ab initio-, cual es el art. 6 del Convenio n. 158 OIT. En virtud del artículo 96 CE, *le hubiera bastado con evidenciar esta antinomia con el principio de legalidad supra-estatal, para abrogar la reforma para el caso concreto.*

La solución al caso, afirmando para su asunto la plena nulidad del despido, la obtiene de una relectura del artículo 52 d) ET, a la luz de la citada STJUE de 11 de abril de 2013, asunto RING. Este juez de lo social sí asume el desafío impulsado por el juez comunitario de darle practicidad a la visión evolutiva del concepto de discapacidad, en un renovado contexto legal o normativo y en una realidad social mutada igualmente. Para ello, procede a integrar en el texto legislativo, a mi juicio con corrección técnica, que no contempla el nuevo tipo de enfermedades ligadas, asociadas o asimilables a la discriminación, para excluirlas del cómputo, esto es, las citadas “enfermedades equiparables”, aquella que “*curable o incurable, acarrea una limitación derivada de dolencias... 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...*” -STJUE 11 de abril de 2013, punto 41-. El fallo llevaría a entender el despido nulo, generador, además de una indemnización adicional

Pero no fue ese el criterio de la *STSJ Cataluña, núm. 3548/2014, de 15 mayo*, dictada frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 17 de septiembre de 2013 (A. 679/2013). Lo más destacado para este estudio es su posición, que aquí no compartimos, por lo evidenciado en el apartado anterior, respecto al significado del *precedente RING*. A su juicio, éste no aportaría doctrina novedosa alguna en relación al *precedente Chacón Navas*, por lo que, tras una detenida comparación entre uno y otro, ninguna modificación substancial habría que hacer¹¹. No obstante, la Sala de suplicación realiza un esfuerzo suplementario argumental por seguir y resolver las pautas marcadas por el precedente Ring, a fin de no dejar cabos sueltos.

¹¹ El contraste con la visión de la doctrina científica es manifiesto. Vid. A.V. Sempere Navarro. “Discriminación laboral...”. op. cit. p. 2. B. Cuba Vila. “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: medidas de ajuste razonable”. Revista de Información Laboral, Lex Nova. Valladolid, n. 3, 2015, pp. 5 y ss.

Así, de un lado, como primer criterio complementario, si bien “sólo a meros efectos dialécticos”, concluye que la “migraña con aura episódica pero incapacitante”, residiendo lo “incapacitante” no en la migraña misma “sino la exacerbación episódica o crisis que se produce con frecuencia mensual”, difícilmente puede entenderse que “la discapacidad que produce lo sea a largo plazo”, máxime “cuando tiene buena respuesta al tratamiento”. Por lo tanto, ni sería, a su juicio, una dolencia de larga duración -primer requisito exigido por la jurisprudencia analizada-, ni tampoco generaría limitación significativa. De otro, aun aceptándose que sea realmente una de las dolencias limitadoras, asume un fin legítimo de la diferencia de trato. Primero, porque, sería lícita política de flexibilización del mercado de trabajo “penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos o la de combatir el absentismo”. Segundo, porque los medios arbitrados por el legislador al conformar el art. 52 d) del ET serían “adecuados y necesarios, pues los limita sólo a supuestos de bajas cortas, ya que las de más de 20 días no se computan a efectos de justificar el despido ni tampoco cuando, con independencia de su duración obedezca a...un tratamiento médico de cáncer o cualquier otra enfermedad grave” -FJ Tercero, in fine-.

En suma, ni conceptual ni operativamente habría razón alguna para impulsar un cambio expansivo de la tutela antidiscriminatoria por discapacidad, sin que se revele punto de inflexión alguno que desautorice la hermenéutica que se ha venido siguiendo en atención a derecho de los precedentes nacionales. Consecuentemente, la perplejidad para el jurista del trabajo es máxima ante una negación tan radical de una evidencia palmaria pues, como se dijo, la sentencia Ring expresamente llama la atención sobre el momento en que dicta un precedente y el otro -apartado 37-, siendo su fallo, además, muy diferente. Asimismo, entrando en el análisis concreto de su eventual consideración como dolencia limitativa de una vida profesional plena ni sería de larga duración ni, en todo caso, sería desequilibrado en aras de la mejora de la productividad que lleva insita esta medida.

Cierto, puede ser discutible el carácter o no de larga duración de la dolencia, si bien se remonta a 2003, lo que evidencia una lectura formal y restrictiva de la situación. Pero asumir una cosificación tan extrema del trabajador al servicio de la productividad tiene muy difícil encaje en aras del requerido “*equilibrio razonable entre los intereses opuestos...en lo que atañe a las bajas por enfermedad*”, como exige la sentencia ring -apartado 90-.

La resistencia al cambio, tanto legislativo cuanto jurisprudencial, o cuando menos a la nueva dinámica abierta por la sentencia Ring, y luego confirmada por otras posteriores -como la relativa a la obesidad y las condiciones para conside-

rarla como factor de discriminación-, con un irracional apego al “precedente” -quizás escaldada la Sala por haber sido pionera en exigir ese plus de tutela y encontrarse con el revés del TS, luego avalado por el TC, para cerrar el TJUE con el precedente Chacón Navas-, se mantendrá en otra posterior resolución. Pero ya con menor firmeza, hasta el punto de incluir un voto particular de cuatro Magistrados que dan otro sentido al precedente Ring, superador de la situación precedente, si bien ahora no respecto del art. 52 d), sino en relación al despido disciplinario por pretendida reducción voluntaria de su rendimiento, en un contexto de accidente de trabajo in itinere. Se trata de la STSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 4753/2014, de 1 julio, Rec. 956/2014, que vuelve a anular otra sentencia del Juzgado de lo Social n. 33 -S. 19 de noviembre de 2013, A. 398/13- en la misma línea que la anterior, si bien ahora sobre la modalidad de despido objetivo últimamente citado¹².

En este caso, una trabajadora de telemarketing, en una gran empresa del sector (CONNECTA CALL CENTER, S.L.: 400 empleados), contratada como “teleoperadora especialista” y adscrita al servicio denominado “campana Planeta”, es despedida por reducción de su rendimiento. En una reunión con la responsable de la plataforma, el mes de febrero de este año, 2013, las nueve trabajadoras adscritas al servicio fueron felicitadas por la misma por su profesionalidad. En fecha 1.3.13 sufrió un accidente de tráfico camino del trabajo, que le provocó un “latigazo cervical” del que fue asistida médicamente en la mutua de accidentes, siéndole librado comunicado de baja médica en la misma fecha, iniciando proceso de incapacidad temporal que finalizó con alta médica el día 28.3.13. Diez días después del accidente, en fecha 11.3.13, estando en situación de incapacidad temporal, la demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario, “por disminución en su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada en períodos anteriores, y transgresión buena fe contractual.”

¹² Pese a la amplitud con que las regulaciones, nacionales, comparadas, comunitarias, sobre esta materia conciben los actos discriminatorios, es una lección de experiencia que se concentran prácticamente en el despido. Así lo evidencia la jurisprudencia comunitaria y la jurisprudencia norteamericana. Además de la tantas veces citada Chacón Navas destaca la sentencia Coleman (2008), la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-363/12 (se alegaba una rara enfermedad que le impedía tener hijos, pero no trabajar), la 18 de diciembre de 2014, asunto C-354 (obesidad). Sin embargo, para la necesidad de un análisis más amplio, también desbordando la Directiva, en la Convención de la ONU, vid. M. Rodríguez-Piñero. “Despido por enfermedad y discriminación”. Relaciones Laborales, op. cit.

En la fecha del despido, 11.3.13, cuatro de las trabajadoras adscritas al servicio “campana Planeta” (de un total de nueve) estaban en situación de incapacidad temporal, por lo que la dirección de la demandada decidió -a propuesta de la supervisora- el despido de las cuatro, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio. La demandante, 6 meses después (6.9.13) fue diagnosticada de trastorno de ansiedad generalizado por un perito médico, sin que conste tratamiento médico específico. Sí ha hecho 20 sesiones de rehabilitación funcional en una mutua privada por la “*cervicalgia*” resultante del latigazo cervical. La demandante es madre soltera, con hijos menores a su cargo. Pues bien, en este caso, el juez entendió nulo el despido, además de por diversas normas internacionales, ya reseñadas, por aplicación también de la sentencia Ring, concluyendo su carácter discriminatorio.

Pues bien, dejando fuera la doctrina del fraude de ley, indicando la persistencia de ese “derecho de precedentes” al que se siente vinculada, considera que tampoco es posible una relectura de la situación conforme al art. 15 CE, por no ser de aplicación la doctrina de la STS de 31 de enero de 2011, sino, más bien para el caso, la STS de 12 de julio de 2012, que legitima, apelando al principio de gestión económica de la empresa, un despido del trabajador en período de prueba que sufre un accidente de trabajo el primer día de actividad. En este caso, que resulta muy sugerente, había un informe del servicio de prevención en el que se exigía una serie de medidas preventiva para evitar los riesgos de futuro, lo que llevó a un análisis de costes que haría más rentable su extinción. Cuenta esta sentencia también con voto particular en el que se entiende aplicable la STS de 31 de enero de 2011. Igualmente descarta, por razones análogas a las indicadas en la resolución anterior, la relevancia del precedente Ring, utilizado profusamente en la decisión de instancia.

En cambio, para el voto particular, de acuerdo con lo que ha establecido el magistrado del juzgado de lo social, en el plano fáctico, y con directa invocación del precedente comunitario Ring, resulta adecuada la valoración de que “se trata de una enfermedad de larga duración, causante de una dolencia física que no permite incorporarse al trabajo, equivalente a una genérica definición de discapacidad”. Por lo tanto la decisión de despedirla, sólo para haber causado baja médica por esta causa, vulnera el derecho fundamental de la trabajadora, y debe ser declarado nulo el despido, por imponerlo así el artículo 55-4 E.T. Sí se reduce la indemnización, por considerarla excesiva. En definitiva, aquí se reclama la fuerza innovadora del precedente Ring, llegando a la conclusión que un despido basado en la alteración de la salud padecida por el trabajador, en muchos casos, ya no será improcedente sino nulo.

Pues bien, aunque la línea de doctrina judicial mayoritaria sigue siendo la resistente, la que permanece anclada rígidamente en el derecho de precedentes¹³, este voto particular parece haber hallado respaldo, dentro de la propia Sala catalana, para convertirse, en ciertos casos, en doctrina judicial. Ciertamente, no en relación al despido objetivo por absentismo, sino respecto de a la otra modalidad de despido objetivo donde los problemas de salud son tenidos en cuenta de forma directa para habilitar, bajo ciertos presupuestos, una extinción y que, en consecuencia, más se prestan a relecturas garantistas a la luz de la prohibición de discriminaciones atendiendo a las limitaciones para participar en la vida profesional que pueden derivarse de sus dolencias.

No obstante, no faltan sentencias que, como la STSJ Galicia, n. 907/2014, de 11 febrero, Rec. 3917/2013, que declara la nulidad del despido por absentismo porque, en este caso, la enfermedad sí supuso un factor de estigmatización, si bien, a diferencia de las referenciadas de Cataluña, no concede indemnización automática. Para ello, no invocan ninguna ruptura en la hermenéutica tradicional, sino que se limitan a poner en práctica, con un criterio de valoración más laxo, la doctrina del TCO, según la cual, como recordamos, la enfermedad sí puede ser un factor discriminatorio cuando concurren circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Ello sucederá (a) en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero también en (b) los casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de dolencia.

Precisamente, eso es lo que sucedería en el caso gallego, considerando la Sala gallega que el artículo 52.2 ET no da cobertura a este tipo de despido, porque excluye del cómputo de las ausencias, a tal efecto, de aquéllas que tengan una justificación legal, y en concreto la enfermedad o accidente no laboral que exceda de 20 días. No da, pues, cobertura la norma a un despido por el hecho de estar enfermo, o de tener una enfermedad que socialmente se considere un

¹³ Aunque esta presunción de legitimidad parece ser la más extendida en las doctrinas de suplicación. Vid. STSJPV 528/2013, de 19 marzo: “La empresa despide a la trabajadora haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores que permite la extinción del contrato de trabajo por ausencias al trabajo intermitentes aún justificadas e incluso en supuestos de enfermedad salvo los supuestos legales allí reconocidos. No busca por tanto el empresario agravio alguno al derecho fundamental de la trabajadora a su integridad física sino salvaguardar la buena marcha de la empresa a través de un mecanismo previsto legalmente siendo que el ámbito de discusión es si debe aplicarse o no la normativa en su redacción actual” -FJ Tercero-.

estigma. De este modo, partiendo del principio de coherencia de las regulaciones legales con el principio de juridicidad social que arma el Estado Constitucional Social de Derecho, tan claro y elemental a la vista de los preceptos constitucionales como ignorado por el legislador de la reforma y avalado por el TCO - STCO 8/2015, de 22 de enero-, no parecería, valora el TSJ, nada razonable reconocer tales derechos para luego “*dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo. Concretamente en el supuesto de autos, por estar en situación de incapacidad temporal, de larga duración*”.

En consecuencia, concluye que “en el caso de autos no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues como exige el Tribunal Constitucional, no se pone en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación. Considerando con la juzgadora de instancia, que ha habido vulneración de derechos fundamentales...”.

4. EXPERIENCIAS RECIENTES DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO POR ENFERMEDAD COMO FACTOR SEGREGADOR: ¿UNA NUEVA ETAPA?

En otros juzgados de lo social con especial permeabilidad o sensibilidad a la influencia del Derecho Social Internacional en general, y del Derecho Social comunitario en particular, en la conformación del Derecho nacional, por encima de los textos de las leyes internas y, desde luego, de las voluntades de sus legisladores, también se han impulsado iniciativas orientadas a modular el rigor del derecho de precedentes nacional tradicional. Algunos de ellos, como los ya comentados, han fracasado, la mayoría en realidad, se insiste, pero otros sí han conseguido pasar el filtro de las doctrinas de suplicación, adquiriendo tal configuración. Conviene advertir, no obstante, que todo este tipo de decisiones responden en extremo al “*case Law*”, a la justicia del caso concreto y que, en consecuencia, debe mantenerse condicionado, para su proyección más amplia, a la identificación de circunstancias análogas, más o menos ampliamente entendidas, sin incurrir en un exceso de generalización o de falacia voluntarista, por más que contenga razones, con capacidad de ser solución defendible más allá de este puñado de casos semejantes.

Es el caso de la SJS n.19 de Barcelona, Sentencia de 24 julio 2014, Autos 258/2014, en relación ahora a un despido por causas objetivas de la letra a) - ineptitud sobrevenida-, para la cual, en aplicación del art.52 a) ET en relación con la prohibición de discriminación del art. 2 de la Directiva 78/2000, que califica como discriminación directa todo acto desfavorable que tenga por causa la

discapacidad y la Decisión 2010/48, debe concluirse el carácter antidiscriminatorio del despido. De un lado, y como razonamiento teórico principal, razona la sentencia -FJ Cuarto-, que la hermenéutica judicial de dicho precepto, según la cual resultaría procedente el despido que, aun no alcanzando grado de incapacidad permanente, resultara incapaz en la realización de su trabajo -siempre que la enfermedad fuera posterior a la fecha de iniciación-, habría sido superada por el asunto RING, que ha ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2 b de dicha Directiva. Ésta sería aplicable también *“a los supuestos de enfermedades de larga duración -no necesariamente crónicas-, que puedan provocar limitaciones para la ejecución del trabajo, en el caso de la demandante -que padece una patología cardiovascular crónica-, para manipular cargas superiores a 10 Kg función que, aunque con carácter puntual, debe efectuar en su actividad laboral...”*

Consecuentemente, atendiendo a esa conexión entre la patología de la trabajadora y las medidas extintivas que adopta la empresa, resultará, para la juzgadora, claro que el despido se ha producido, con amparo en el informe del servicio de prevención:

“...en atención a la patología cardiovascular crónica que le ha sido diagnosticada, patología que dio lugar al período de incapacidad temporal y alta por mejoría y a la que la empleadora atribuye la incompatibilidad con el desempeño rentable de la actividad contratada. Instrumentalizando el informe del servicio de vigilancia de la salud elaborado por Mutua (apta con restricciones)...Con dicha aptitud aparta del mercado de trabajo a una persona que presenta una enfermedad crónica, generadora de un grado de discapacidad permanente que, aunque haya motivado la apertura de un proceso de incapacidad temporal, no le ha impedido ni le impide el desempeño de su actividad laboral utilizando las medidas preventivas...(...). No sólo no se obliga con ello a la empleadora a realizar inversiones y ajustes en el puesto de trabajo, aún razonables en la terminología del TJUE, sino que la empleadora ya dispone de los medios para que las tareas que no puede desempeñar la demandante por su patología crónica –sobrecargas superiores a 10 KG- se eviten con la utilización de los recursos preventivos a su disposición...” -FJ Quinto-.

Pues bien, la STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) n.1128/2015, de 17 febrero, Rec. 7053/2014, confirmará la decisión de instancia -condenatoria por discriminación-. Sin embargo, no lo hará, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria, ni de la sentencia Ring, como sostenía la jueza, ni de la sentencia Chacón Navas, como aceptaba a tal fin la defensa de la trabajadora, para la que aquélla tiene la virtud de clarificar ésta, pero, pare este caso, no aportaría

derecho nuevo. La Sala reclama su precedente de pleno fijado por la citada STSJ Cataluña n. 4753/2014, de 1 julio, en el que fija la tesis de la identidad conceptual entre ambos precedentes, sin posibilidad de atribuirle al precedente Ring evolución o desarrollo expansivo alguno: “Aun admitiendo que la Directiva Comunitaria debe ser interpretada conforme a la Convención de la ONU (ratificada por la UE con posterioridad al pronunciamiento que se cita de 11 de junio de 2006) mantiene esta Sala de lo Social que el concepto de discapacidad no difiere del recogido en la sentencia Chacón Navas...”.

Procede reiterar nuestra crítica por lo que creemos es una profunda incomprensión de la mayoría de la Sala social de suplicación catalana, dicho sea con el debido respeto y en aras de la función crítica de la doctrina científica, que se queda anclada en una estricta cuestión de tipo conceptualista para relativizar, en exceso, el sentido real de la nueva dinámica, y fallo, fijados. Este no es sino el de renovar el juicio de valoración y aplicación práctica por parte del juez nacional respecto a la interacción entre la enfermedad y las limitaciones en la vida profesional, para asegurar un análisis más realista, práctico. Pero no hará falta este enfoque para la nulidad.

En el caso concreto, “los datos a considerar en orden a esta litigiosa calificación”, serían suficientemente elocuentes como para alcanzar un juicio de nulidad sin deslizarse por ese proceloso ámbito del impacto de la sentencia Ring. Sin embargo, no adopta la sentencia una vía factible atendiendo a su razonamiento, como hubiera sido una relectura del artículo estatutario a la luz del derecho a la integridad personal ex art. 15 CE, lesionado cuando se pone en riesgo concreto a la persona por no aplicar las medidas de PRL exigibles, en línea doctrinal, si bien sobre hechos diversos, tanto de la STCO 162/2007 como de la STS 31 de enero de 2011. Así:

“...Consta probado...que, tras reincorporarse a su puesto de trabajo, “la demandante trabajó con normalidad”, como también se acredita que el Informe del Servicio de Prevención la consideró “apta con restricciones con prescripción de evitar manipulación de cargas superiores a los 10 kg”....Pues bien la empresa, lejos de realizar “*los ajustes razonables para que continuara trabajando*“ (en los términos que refiere el artículo 3 del Anexo Primero del RD 487/1997 de 14 de abril sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entraña riesgos, en particular dorso lumbares para los trabajadores);..., sin poner a disposición de la trabajadora los “equipos de elevación” que poseía ni trasladar el contenido del Informe evacuado por el Servicio de Prevención en el ámbito propio de su actividad (arts. 30 de la LPRL y 20 de su Reglamento) a los representantes de los trabajadores (arts. 29 y 31 del Convenio

Estatual del Sector) procedió a la extinción del contrato...en un contexto del que solo cabe deducir la nulidad que por la presente se confirma” -FJ Sexto-.

Pues bien, siguiendo lo sustancial del razonamiento de la juzgadora de instancia, que ha decidido incrustar la solución del problema en el marco de la protección antidiscriminatoria de la Directiva concluirá que estamos (a) ante una *“limitación derivada de dolencias físicas...que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional”* sin que, por parte del empleador, (b) se adopten los *“ajustes razonables para que continuara trabajando”*. De ahí que, en la opción entre improcedencia y nulidad opte por ésta. Para justificar su posición invoca un “antecedente” jurisdiccional del TSJ de Valencia, en cuya Sentencia de 8 de mayo de 2014, que sanciona con la nulidad el despido porque:

- se había producido a los pocos días de recibir el actor el alta médica del proceso de incapacidad temporal por lumbalgia de tres meses de duración, cuando
- la empresa tenía la solicitud de cambio de puesto acompañada del informe del Servicio de Prevención que lo calificaba como apto con limitaciones - imposibilidad de levantar pesos superiores a los 10 kilos-.
- Por lo que se trata de una dolencia física -lumbalgia- que produce una limitación de larga duración -no solo la baja médica duró 90 días, sino que la previsión era que no podía seguir desempeñando las mismas tareas-
- que al interactuar con diversas barreras -como es un puesto de trabajo en el que se debían levantar pesos de hasta 10 kilos y realizar tareas con frecuentes encorvamientos- impedían la participación en la vida profesional en igualdad.

En suma, la conclusión es que “estamos ante el concepto de discapacidad que contempla la Directiva 2000/78...por lo que la calificación de nulidad del despido del demandante que hace la sentencia recurrida se ajusta a lo previsto en el artículo 55.5 del ET, que califica como tal el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley”. Consecuentemente, al margen de la polémica conceptual en torno al valor evolutivo del precedente Ring para promover un cambio más sustancial, lo cierto es que, en la práctica, sí se está produciendo un análisis más esmerado por parte de los Tribunales en orden a determinar cuándo decisiones extintivas basadas en el bajo rendimiento que le ocasionan trabajadores que tienen limitaciones laborales por sus enfermedades, aunque no les incapacite para ello conforme al enfoque clásico -acceso a una prestación de Seguridad Social-, ocultan discriminaciones. Por lo que el camino que mantuvieran doctrinas de suplicación especialmente rebeldes al derecho de los precedentes nacionales en esta materia, que separa

rígidamente enfermedad y discriminación por discapacidad, como la STSJ Canarias de 25 de enero de 2011 -que sigue el criterio de una anterior suya, de 22 de diciembre de 2010 (Rec. 1314-2010)-, encuentran nuevos desarrollos.

5. CONCLUSIÓN: “EPPUR SI MUOVE...”.

Como demostró la doctrina jurídica más solvente, ya hace décadas, cuánto más hoy ese aserto es verdad, ni siquiera en los modelos basados en el “sistema del precedente”, como los de tipo anglosajón, la vinculación a éste, en nuestra tradición a la jurisprudencia dominante, nunca puede entenderse como un rígido “*estar a lo decidido y no alterar lo que tiene firmeza*”, ya que el deber, mayor o menor en cada caso, de seguir ese precedente, esa jurisprudencia vinculante, está condicionado siempre por el derecho-deber de revocarlo cuando aparecen razones sólidas que así lo exijan -STCO 37/2012-¹⁴. Como para el “libro de la sabiduría jurídica eterna” de los romanos, cuyo legado no siempre hemos sabido interpretar bien en el sistema continental, el “Derecho” no lo es sólo, o no lo es tanto, porque fuese “ley”, sino porque “era Derecho”, y para conformarlo se necesita la decisión judicial que le de vida (*ius honorarium*). Pero ésta tampoco puede permanecer ajena al proceso evolutivo de realidades sociales, opiniones jurídicas y casos concretos que presupone, y/o a menudo impulsa, el “nuevo derecho legislado”.

En suma, ni el “nuevo derecho legislado”, ni “el derecho de los precedentes”, pueden esculpirse en piedra, ni aquél debe ignorar a éste ni éste debe desconocer a aquél para que haya un desarrollo progresivo y poderoso del Derecho, el que sólo puede ser informado y formado por la acción, dialógica y conflictiva, del entero sistema de fuentes. En un Estado constitucional de Derecho, a su vez enmarcado en una comunidad regional y cosmopolita más amplias, no puede caerse ni en el “arbitrio del legislador”, bajo la falacia voluntarista y la concepción neo-autoritaria que atribuye la primacía de la creación jurídica a la Ley por su sola voluntad, ni en el arbitrio de los jueces, que se resiste a considerar nuevo Derecho a la Ley si no pasa ésta por el tamiz del “derecho de los precedentes”. Soy consciente de que este planteamiento general,

¹⁴ Para el derecho anglosajón, eliminando viejos mitos y tópicos, auténticos errores transmitidos de generación en generación jurídicas, vid. J. Puig Brutau. Estudio Preliminar a R. Pound. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Comares. 2004. p. XXVI.

más dialógico y comunicativo que el monista que se está instaurando en el Derecho del Trabajo a partir de la reforma laboral de 2012, suscita importantes controversias en su proyección global para la intensa tensión que vive esta rama del Derecho, no sólo nuestra disciplina, a raíz de esta etapa de “Derecho Excepcional” e intensa re-mercantilización del conjunto de las instituciones jurídico-sociales. Pero no es esa la cuestión que ahora afronto en este estudio.

Aquí, sobre este punto de vista de teoría del Derecho, creo que el asunto Ring, aquí analizado con detalle, es merecedor de un análisis y de una práctica mucho más intensa de la que hasta ahora ha merecido para la doctrina judicial mayoritaria. Si valorado de forma amplia este precedente marca un hito evolutivo en la comprensión de la discapacidad, abriéndolo a modernos factores de estigmatización socio-laboral (la enfermedad en general, la obesidad en particular...), en particular hay que concluir que obliga a reinterpretar el art. 52 a) y d) ET, en lo que atañe al tratamiento del despido asentado, directa o indirectamente, en determinado tipo de enfermedades. Al respecto, sobre ese precedente, y pese a la doctrina de suplicación que sigue mostrándose indiferente a su impacto innovador, considero que hay que consolidar aquella otra doctrina judicial de instancia que promueve una relectura de la norma estatutaria superadora de la jurisprudencia que, hasta el momento demasiado pétreamente, lo interpreta. El sentido de esa reinterpretación, que es más correctora del texto, integrando en él la normativa y jurisprudencia comunitarias, y de la jurisprudencia, modulándola, que abrogatoria de ésta, debe ser el de evitar, por exigencia del efecto útil de la normativa de protección antidiscriminatoria, una aplicación de estos preceptos legales manifiestamente peyorativa para los trabajadores que, en un número nada desdeñable y por sufrir enfermedades de larga duración y que provocan limitaciones para una vida profesional razonablemente equiparada a los demás (enfermedad asimilable a la discapacidad), tienen mayor riesgo de acumular situaciones de incapacidad temporal (con el correspondiente incremento de la posibilidad de ser despedidas). En suma, las situaciones de incapacidad temporal derivadas de este tipo de enfermedades equiparables a la discapacidad ni podrán ser objeto de despido ni, claro está, deben ser computadas a efectos del art. 52 d) ET, al derivar de “discapacidad”, en la dimensión comunitaria del término.