

ENFERMEDAD, DISCAPACIDAD Y DESPIDO

(Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05) *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad

Complutense de Madrid

Ltrado de la Seguridad Social

Académico Correspondiente de la Real Academia de

Jurisprudencia y Legislación

Extracto:

DESPIDO de trabajadores en situación de incapacidad temporal. Improcedencia. Discapacidad y enfermedad. Interpretación del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Inclusión dentro de su ámbito protector de una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma. La Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad. Debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, siendo necesario que la limitación sea de larga duración. Una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. La prohibición de la discriminación se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o dispo- nible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

Palabras clave: despido, incapacidad temporal, discapacidad y no discriminación.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 288, marzo 2007 y en *Normacef Social*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El supuesto de hecho de la sentencia, las cuestiones prejudiciales y otras cuestiones procesales.
 1. Los hechos y la prueba indiciaria.
 2. Las cuestiones prejudiciales planteadas y las observaciones del órgano jurisdiccional *a quo*.
- III. El marco normativo, comunitario y nacional.
 1. El Derecho comunitario aplicable.
 2. El Derecho español aplicable al caso.
- IV. Discapacidad y dependencia.
- V. El concepto de discapacidad.
 1. Noción de «discapacidad» deducible de nuestro ordenamiento jurídico y su comparación con las definiciones internacionales.
 2. La definición de «discapacidad» por el Tribunal de Justicia comunitario.
- VI. «Discapacidad» y «enfermedad»: ¿discapacita la enfermedad?
 1. Planteamiento general.
 2. La discapacidad como una de las consecuencias naturalmente derivadas de la enfermedad.
- VII. El despido del trabajador en baja por enfermedad: ¿es nulo por discriminación basada en su «discapacidad»?
- VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 11 de julio de 2006, dictada en el asunto C-13/05, merece ser comentada por dos órdenes de razones, en primer lugar porque trata de un tema de indudable trascendencia social cual es la licitud del despido de un trabajador que se encuentra enfermo y precisamente por ese solo hecho, en segundo lugar porque ha sido pronunciada a requerimiento de un órgano jurisdiccional español, el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid.

Semejantes circunstancias procuran a la sentencia objeto de comentario un innegable alcance práctico y al propio tiempo teórico, en cuanto permiten poner en tela de juicio nuestro ordenamiento jurídico así como la interpretación que del mismo viene ofreciendo nuestra jurisprudencia.

Efectivamente sabido es que nuestro ordenamiento jurídico regulaba en un primer momento expresamente las consecuencias del despido de aquel trabajador que se encontraba en incapacidad temporal (IT) (en aquel momento denominada incapacidad laboral transitoria, en siglas ILT), teniendo consecuentemente suspendido su contrato de trabajo ¹, estableciendo para aquel acto unilateral extintivo empresarial la mayor sanción civil, su nulidad, si no estuviese justificado (amparado en una justa causa), al establecer que «se declarará nulo el despido (...) cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo, y no se apreciase precedente el despido» ².

¹ Según el artículo 45.1 c), de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), era causa de suspensión del contrato de trabajo, la «incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional de los trabajadores».

² Se establecía en el artículo 102 del Real Decreto Legislativo (TRLPL) 1568/1980, de 13 de junio, lo siguiente: «En el fallo de la sentencia el Magistrado de Trabajo calificará el despido de "precedente", cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. En caso contrario será calificado de "imprecedente". Solo se declarará «nulo» el despido cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos establecidos en el número 1 del artículo 55 del ET, cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase precedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley».

Posteriormente, aun manteniendo la ley que la «IT de los trabajadores» era causa de suspensión del contrato de trabajo ³, dejó de considerar concretamente esa situación en el marco del despido, limitando la declaración de nulidad del mismo que al supuesto en que tuviera «como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» ⁴, al que se añadieron posteriormente otros supuestos ⁵, por lo cual la jurisprudencia consideró que aquella severa consecuencia de nulidad del acto extintivo había sido sustituida por la ley por las consecuencias atribuidas a los despidos simplemente ilícitos, esto sin causa justa, su improcedencia.

No es necesario aquí incidir en las diferentes consecuencias que se generan con las declaraciones de nulidad y de improcedencia del despido, bastando con resaltar sus efectos radicalmente diferentes, al indicar la ley que «el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir» ⁶, en tanto que cuando el despido «sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos, o el abono de (determinadas) percepciones económicas que deberán ser fijadas en la sentencia» ⁷.

³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET, artículo 45.1 c).

⁴ Establece el artículo 108 de la LPL, en la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (art. 14.2):

«1. En el fallo de la sentencia, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo.

Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma, establecidos en el número uno del artículo 55 del ET, será calificado como improcedente.

2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

3. Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo.»

⁵ Quedando, en lo que interesa, el artículo 55.5 del ET, con el siguiente contenido:

«5. (Según redacción dada por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, artículo séptimo, tres). Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) (Según redacción dada por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, disposición adicional séptima.siete). El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.»

⁶ Artículo 55.6 del ET.

⁷ Consistentes, según el artículo 56.1 del ET, en: «a) Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades; b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación».

Semejante cambio legislativo no fue fácil de asimilar por los operadores jurídicos, que no acertaban a ver una motivación racional en el mismo, más allá del mero voluntarismo y del ejercicio más o menos arbitrario del poder que una desenfocada y superada democracia participativa, que no deliberativa⁸, atribuye a quien(es), mediando una férrea disciplina de partido, en cada momento utilizando el conveniente marketing electoral ganan unas elecciones generales, alcanzando mayorías parlamentarias⁹.

La cuestión está pues en la justificación de aquella modificación legislativa y de su aplicación e interpretación jurisprudencial, y si acaso para cuando el trabajador está enfermo y en baja laboral la simple declaración de improcedencia del despido, cuando no está justificado y sea procedente, violenta el Derecho comunitario. Para ello es un buen punto de partida la sentencia que se comenta, sin que por ello queramos significar que el Alto Tribunal comunitario con semejante resolución haya resuelto la cuestión, pues esta sentencia, valga adelantarlo, no es irreprochable.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA, LAS CUESTIONES PREJUDICIALES Y OTRAS CUESTIONES PROCESALES

Es preciso para un adecuado análisis y comprensión de la sentencia objeto de comentario adentrarse en las pretensiones ejercitadas para lo cual, como es natural, ha de aludirse, siquiera brevemente, a los hechos de la litis y al derecho aplicado y aplicable. De la misma manera para poderse formar un ponderado criterio sobre esta sentencia han de indicarse las cuestiones prejudiciales planteadas, acompañadas, en este supuesto concreto, de las observaciones explicativas del contenido de su resolución que al Alto Tribunal comunitario hizo llegar el juzgador *a quo*.

1. Los hechos y la prueba indiciaria.

1.1. El supuesto fáctico.

Doña Sonia Chacón Navas (en adelante S), trabajadora que prestaba sus servicios para Eurest Colectividades, S.A. (en adelante E, S.A.) empresa dedicada a la restauración, fue dada de baja por enfermedad con fecha 14 de octubre de 2003, percibiendo la correspondiente prestación por IT.

⁸ Como precisa GREPPI, A. [2006], *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, editorial Trotta, Madrid, pág. 43, «nadie duda de que el Estado de derecho es el marco indispensable en el que habrá de encontrar acomodo cualquier propuesta para la renovación del ideal democrático, pero lo que no está claro es que una constitución, establecida con el consentimiento de uno, de pocos o de muchos, o la práctica interpretativa que de ella se deriva pueda sostener por sí misma la legitimidad del sistema político (...). El giro deliberativo (...) abre una vía privilegiada para hacer frente a estas dificultades (...). Sin romper puentes con la tradición del constitucionalismo, la teoría de la democracia vuelve a enfrentarse con el problema de los fundamentos de la legitimidad democrática».

⁹ De acuerdo con FERRAJOLI, L. [2006], *Galantismo*, editorial Trotta, Madrid, pág. 84, «no podemos olvidar que las amenazas más graves para la democracia provienen hoy de dos potentes ideologías de legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado como Grund-norm del presente orden globalizado»; vid. CORTINA, A. [2006], *Educación para una ciudadanía ACTIVA*, El País, de 30 de diciembre, pág. 15 (Opinión).

La trabajadora S, que había cumplido los deberes informativos y demás comunicaciones al empresario relativas a su baja laboral, y que permanecía en situación de IT con la consiguiente baja médica para el trabajo, el 28 de mayo de 2004 recibió escrito de la empresa E, S.A. mediante el cual se le comunicaba su despido, con fecha de efectos 31 de mayo de 2004, sin especificarse en la carta de despido el motivo por el que el empresario había decidido unilateralmente extinguir (despido) su contrato de trabajo, si bien en la propia carta aquel empresario E, S.A. reconocía la improcedencia del despido y ofrecía a la trabajadora S la pertinente indemnización.

La trabajadora S, disconforme con aquella decisión extintiva empresarial, interpuso la correspondiente demanda, alegando que su despido era «nulo» y no «improcedente» porque vulneraba el principio de «igualdad de trato y no discriminación», dado que desde hacía ocho meses se encontraba de baja por enfermedad y en situación de IT, solicitando que se condenase a la empresa a su readmisión.

En el acto de la vista, celebrada el día 16 de septiembre de 2004, la trabajadora se reiteró en el contenido de su escrito de demanda, esto es, que desde el 14 de octubre de 2003 se encontraba de baja por enfermedad, estando a la espera de ser operada, por lo que estimaba que existían indicios suficientes para considerar su despido discriminatorio. El empresario E, S.A. se opuso a la demanda, alegando que la demandante, contrariamente a lo por ella afirmado, no había aportado prueba o indicio suficientemente consistente de que hubieran sufrido actos discriminatorios o se hubieran vulnerado por parte de aquel empresario alguno de sus derechos fundamentales.

El 21 de septiembre de 2004, el órgano jurisdiccional *a quo* (Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid) solicitó informe de la Inspección Médica sobre la IT de la trabajadora demandante S, precisando que en particular se le informara a partir de qué fecha había sido dada de baja por enfermedad y si aquella situación morbosa continuaba existiendo. El 11 de noviembre de 2004 la Inspección Médica, respondiendo al requerimiento del juzgador *a quo*, confirmó que la trabajadora S se encontraba de baja por enfermedad desde el 14 de octubre de 2004 y que no era previsible su alta médica a corto plazo.

Habida cuenta que la trabajadora S había acreditado suficientemente que se encontraba en situación de baja médica por enfermedad cuando fue despedida, y que, por contra, su empresario E, S.A. no había siquiera alegado, ni mucho menos probado, hechos que acreditaran motivos suficientes para haberla despedido, siendo así que las alegaciones e indicios aportados por la trabajadora S implicaban una inversión de la carga de la prueba, según reiterada jurisprudencia constitucional ¹⁰,

¹⁰ La jurisprudencia constitucional sobre la «prueba indiciaria», que comporta la inversión de la carga de la prueba, es muy abundante y se encuentra sólidamente establecida. Es ejemplo de la misma la STC 168/2006, de 5 de junio, en la cual se indica lo siguiente:

«Como recordábamos en la STC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, sistematizando y resumiendo nuestra reiterada doctrina anterior, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario, bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Bajo estas premisas ha venido aplicando nuestra jurisprudencia la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6).

el juzgador *a quo* falló a favor de la trabajadora, concluyendo que había sido despedida exclusivamente por la circunstancia de que se hallaba en situación de baja laboral por enfermedad, declarando la nulidad del despido y condenando al empresario a su «inmediata» readmisión.

1.2. Una cuestión procesal: la «inversión de la carga de la prueba».

Resolución del juzgado *a quo* que, además de ajustarse a la doctrina jurisprudencial constitucional, según ya se ha indicado, resultaba congruente, con las previsiones contenidas en la Directiva 2000/78, según la cual:

- «Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada», si bien «no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante (padece) una determinada (...) discapacidad» (exposición de motivos ¹¹).

Por ello, hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2; y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4). La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas.)»

Para una más completa consideración de aquella doctrina me remito a mis trabajos «La carga de la prueba ¿Es razonable la jurisprudencia constitucional que invierte el principio de la carga de la prueba en los procesos en materia de libertad sindical? (Comentario a la STC núm. 308/2000, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2000)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 217, abril 2001, págs. 130 y ss; «La prueba indiciaria (Comentario a la STC, Sala Primera, de 30 de enero de 2003, núm. 17/2003)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 243, junio 2003, págs. 115 y ss.

¹¹ Conforme a dicho mandato legal la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 3), establece que «cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales».

- «Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» (art. 10.1), sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante¹².

Ha de advertirse que aquellas previsiones de la normativa comunitaria sobre la carga de la prueba no impiden que en la misma se indique que «los Estados miembros no estarán obligados a aplicar las normas sobre la carga de la prueba a los procedimientos en los que corresponda a los tribunales o a otro órgano competente investigar los hechos», considerándose «procedimientos de esta índole aquellos en que el demandante no está obligado a probar sus alegaciones sino que corresponde al tribunal o al órgano competente investigarlas».

¹² En íntima relación con aquellas norma están las previsiones contenidas el artículo 11 de la aludida Directiva, según el cual: «Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».

Como precisa la jurisprudencia constitucional (SSTC 12/2006, de 9 de enero, y 120/2006, de 24 de abril, entre otras muchas: «La transgresión de la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 144/2005, de 6 de junio, FJ 3). En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [arts. 24.1 de la Constitución Española y 4.º 2 g) del ET; SSTC 14/1993, de 18 de enero; 38/2005, de 28 de febrero; y 182/2005, de 4 de julio].

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5.º c) del Convenio núm. 158 de la OIT (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 29 de junio de 1985), norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Esa restricción la hicimos extensiva en la STC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, «a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación *in natura* cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho». En este sentido cabe citar también la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquel de acciones judiciales.»

La vinculación entre la «prueba indiciaria» con la imposición, en su caso, a la parte demandada de soportar la carga de la prueba (inversión de la carga de la prueba), y la «garantía de indemnidad» ha sido puesta de manifiesto por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Como precisa la STC 120/2006, «también es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos (en los que se cuestione la garantía de indemnidad) tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba».

Así la inversión de la carga de la prueba «no se aplicará a los procedimientos penales» (art. 10.3) ni en los procedimientos en los que «la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente» (art. 10.5).

2. Las cuestiones prejudiciales planteadas y las observaciones del órgano jurisdiccional *a quo*.

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, con arreglo a lo establecido en el artículo 234 del Tratado CE ¹³, planteó al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- ¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1.º establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad ¹⁴, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?
- Subsidiariamente y para el supuesto que las situaciones de enfermedad no encajasen dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de incapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una seña identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78?

El juzgador *a quo*, tras indicar al Alto Tribunal comunitario que en la jurisprudencia española existían precedentes según los cuales aquel tipo de despido se calificaba de «improcedente», y no de

¹³ Según el artículo 234 del Tratado CE:

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado.
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo.
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.»

¹⁴ Que obliga también en el plano convencional, pues como indica la Directiva 2000/78, «los Estados miembros deben fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales y, según las prácticas propias de cada país, con las organizaciones no gubernamentales, para estudiar y combatir las distintas formas de discriminación en el lugar de trabajo», deben «prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de que se contravengan las obligaciones derivadas de la (...) Directiva» y pueden «confiar la aplicación de la presente Directiva a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos, en lo relativo a las disposiciones que entran en el ámbito de los convenios colectivos, siempre y cuando los Estados miembros tomen todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados establecidos por la (...) Directiva».

«nulo», puesto que en el Derecho español la enfermedad no figura expresamente entre los motivos de discriminación prohibidos en las relaciones entre personas privadas, sin embargo consideraba que existía una «relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad».

Efectivamente, el juez que planteó las cuestiones prejudiciales no solo se cuestionaba si acaso existía alguna relación entre «discapacidad» y «enfermedad», esto es, si de algún modo, aquellas, la enfermedad y la discapacidad, estaban relacionadas, sino que afirmaba semejante relación. Para fundamentar su criterio acude a la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CERF) de la Organización Mundial de la Salud, que concibe la discapacidad como una noción genérica, que incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación para indicar los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y sus factores contextuales, ambientales y personales.

Según aquel juzgador la enfermedad puede producir deficiencias que discapaciten al individuo, por ello la protección frente a prácticas discriminatorias fundadas en la discapacidad de los trabajadores deben dispensarse desde el momento en que se compruebe la persistencia de la enfermedad, lo contrario sería tanto como vaciar en buena medida la protección pretendida y fomentar prácticas discriminatorias. Semejante protección se hace más necesaria cuando se observa que la enfermedad puede llevar a una discapacidad irreversible, precisa el juez *a quo*.

Además de aquellas consideraciones aquel juzgador estimaba que la enfermedad constituía una señal identitaria no expresa ni específicamente citada en la normativa comunitaria y que debía añadirse a aquellas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

III. EL MARCO NORMATIVO, COMUNITARIO Y NACIONAL

Si generalmente y en relación con los más diversos supuestos fácticos han de tenerse en cuenta tanto la regulación jurídica comunitaria como el contenido del ordenamiento jurídico nacional correspondiente, en este caso semejante doble perspectiva tiene sobrado fundamento, debiéndose, no obstante indagar en la relación entre los sistemas jurídicos nacionales y el Derecho comunitario que es en el supuesto contemplado sin duda alguna singular, escapándose, hasta cierto punto, de los cánones habituales.

1. El Derecho comunitario aplicable.

En relación con el Derecho comunitario aplicable debe tratarse tanto de los títulos competencias que, en el Tratado CE, habilitan y posibilitan en la materia objeto de consideración la actividad legislativa ordinaria comunitaria, como de esta misma.

1.1. Fundamento de las competencias legislativas de la Unión Europea en relación con las prohibiciones de discriminación por discapacidad.

La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, norma comunitaria básica en la materia, tiene su fundamento en el artículo 13 del Tratado CE. El Tratado de Niza modificó¹⁵ sutilmente aquella disposición cuyo contenido es el siguiente:

«Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de (...) discapacidad.»

La expresión con la que se inicia la redacción del precepto transcrito, «sin perjuicio de las demás disposiciones del Tratado», pone de manifiesto su carácter subsidiario, por lo que no parece que quepa tener en consideración ninguna otra disposición de aquel Tratado como base jurídica de las acciones que deban tomarse con arreglo a dicho precepto.

Ciertamente a la protección de los discapacitados en el mercado de trabajo puede pretenderse encontrar también en base a los artículos 136¹⁶ y 137.1 j) del Tratado CE¹⁷. A tenor de este último

¹⁵ Disposición que, en su versión anterior a la vigente, establecía lo siguiente: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

¹⁶ Según el artículo 136 del Tratado CE: «La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

¹⁷ A su tenor: «1. Para la consecución de los objetivos del artículo 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c). 2. A tal fin, el Consejo: a) podrá adoptar medidas destinadas a fomentar la

precepto la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en la lucha contra la «exclusión social», no obstante lo cual «presenta un carácter distinto del que tiene el artículo 13 del Tratado CE. Crea una base jurídica que permite completar la armonización de algunos aspectos de la política social de los Estados miembros. Por ese motivo constituye una base jurídica más amplia que el artículo 13 del Tratado CE, tanto *ratione persone* como *ratione materiae*, puesto que también resulta aplicable a categorías de «excluidos» distintas de las contempladas en el artículo 13 del Tratado CE y porque puede perseguir objetivos diferentes de la mera prohibición de discriminación¹⁸».

La diferencia del alcance entre ambos preceptos [arts. 13 y 137.1 j) del Tratado CE] se manifiesta, también, en los distintos tipos de medidas que pueden tomarse sobre la base del artículo 137, apartado 1, letra j). Además «la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad establecida en el artículo 13 del Tratado CE, tal como la desarrolla la Directiva 2000/78, implica un requisito cualitativo general que los Estados miembros deben cumplir cuando legislan y adoptan actos administrativos en materia de empleo y ocupación con respecto a los discapacitados y que también deben cumplirse en las relaciones horizontales entre empresarios y trabajadores en el mercado laboral»¹⁹. Por ese motivo, concluye el Abogado General:

«Es correcto elegir el artículo 13 del Tratado CE como única base jurídicas de la prohibición general de discriminación por motivo de discapacidad.»

A la luz de semejante apreciación debe repararse en que «de los trabajos preparatorios para la adopción del artículo 13 del Tratado CE y de los términos del mismo se desprende que los autores

cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrá adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. El Consejo decidirá con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, excepto en los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1 del presente artículo, en que el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités. El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento previsto en el artículo 251 sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1 del presente artículo. 3. Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2. En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta una directiva con arreglo al artículo 249, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva. 4. Las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de Seguridad Social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de este. No impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el presente Tratado. 5. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.»

¹⁸ Conclusiones 42 y 43 del Sr. L.A. GEELHOED, en adelante el Abogado General, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006.

¹⁹ Conclusión 44 del Abogado General.

del Tratado fueron reticentes en la elaboración de esta disposición complementaria de no discriminación. A medida que avanzaban las negociaciones para la firma del tratado de Ámsterdam se iban restringiendo cada vez más las propuestas iniciales de dicho artículo»²⁰.

Según precisa el Abogado General²¹ aquella reticencia se nota en que da ocasión a una base jurídica que solo vale para la adopción de «acciones adecuadas», en que la descripción de los motivos por los que se prohíbe la discriminación es exhaustiva, a diferencia de los clásicos tratados internacionales sobre derechos humanos y, por ejemplo, también del artículo II-21 del Tratado Constitucional, que formulan de manera enunciativa la lista de motivos por los que se prohíbe la discriminación, en que la restricción relacionada tiene carácter subsidiario antes mencionado y en que para la aplicación del artículo 13 del Tratado CE resulta necesario que la acción considerada se sitúe dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad²².

Añadiendo que «además de los argumentos basados en los trabajos preparatorios del Tratado y en razones gramaticales, también existen motivos de fondo que rechazan una interpretación extensiva»²³.

Según aquel ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario «existen argumentos convincentes para que la interpretación del artículo 13 del Tratado CE y «de las acciones adecuadas» adoptadas con arreglo a esta disposición, como en el caso de (...) la Directiva 2000/78, se tomen en cuenta las definiciones y delimitaciones establecidas en estas normas»²⁴.

Procede, pues, «tomar en serio las definiciones y delimitaciones establecidas en la Directiva 2000/78, dado que los efectos económicos y financieros de la prohibición de discriminación por razón de incapacidad se dejan notar sobre todo en los ámbitos cubiertos, efectivamente, por el Tratado, pero respecto de los que la Comunidad tiene, como mucho, competencias compartidas, aunque más a menudo complementarias. Este es el caso de la política de empleo, respecto de la cual la

²⁰ Conclusión 46 del Abogado General.

²¹ Conclusión 47.

²² Añadiendo el ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, en su conclusión 50, que «el objeto de algunas discriminaciones prohibidas enumeradas en el artículo 13 del Tratado CE, como la discriminaciones por razón de (...) discapacidad, implican que toda forma de desigualdad prohibida que se comprueba en el trato tiene como reverso de la misma moneda:

- El derecho material a la igualdad en el acceso a la profesión o a la empresa, o al mantenimiento en las mismas,
- así como el derecho material a la igualdad de condiciones laborales, al beneficio que compensen o reduzcan las limitaciones causadas por (...) discapacidad de una formación particular o de infraestructuras».

Precisa además aquel ilustre miembro del Tribunal de Justicia comunitario que «habida cuenta de las consecuencias potencialmente drásticas, en el plano económico y financiero, que tales prohibiciones de discriminación puedan tener en las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí y en las verticales entre autoridades públicas y los ciudadanos interesados, el legislador suele definir con precisión, en el ámbito nacional, el alcance de tales prohibiciones, incluidas las excepciones y limitaciones justificadas, así como las medidas que razonablemente deban tomarse con carácter compensatorio». Efectivamente, «las especificaciones de la Directiva 2000/78 introduce con respecto a la prohibición de discriminación por motivos de (...) discapacidad, en particular en sus artículos 5.º y 6.º, indican que también el legislador comunitario era consciente de estas repercusiones económicas y financieras potencialmente drásticas».

²³ Conclusión 49.

²⁴ Conclusión 48.

Comunidad tiene una reducida competencia de coordinación, regulada en los artículos 125 a 130 del Tratado CE, y de la política social, respecto de la cual, según el artículo 137 del Tratado CE, apartado 1, primera frase, se "apoyará y complementará" la acción de los Estados miembros en una serie de aspectos»²⁵.

Por todo lo anterior, «el Tribunal de Justicia tendrá que respetar las opciones hechas por el legislador comunitario en la normativa de desarrollo del artículo 13 del Tratado CE en lo que se refiere a la definición de la prohibición de discriminación y a la delimitación material y personal de dicha prohibición y que no podrá ampliar estas opciones alegando la delimitación general de este artículo "dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad", añadiendo el Abogado General que "todavía queda menos margen para ampliar el ámbito de aplicación material del artículo 13 del Tratado CE al amparo del principio general de igualdad"²⁶».

Aquel ilustre miembro del Tribunal de Justicia comunitario no es partidario de una interpretación extensiva del artículo 13 del Tratado CE ni de la normativa adoptada por el legislador comunitario en su desarrollo, por el contrario de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia comunitario en su sentencia de 22 de noviembre de 2005 (asunto C-144/04, Mangold)²⁷, señalando que tal interpretación tendría el efecto de crear «un punto de apoyo, como defendió Arquímedes, a partir del cual pueden utilizarse las prohibiciones de discriminación definidas en el artículo 13 Tratado CE para corregir, sin intervención de los autores del Tratado ni del legislador comunitario, las consideraciones hechas por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que todavía tienen atribuidas²⁸».

²⁵ Conclusión 52 del Abogado General.

²⁶ Conclusión 53 del Abogado General.

²⁷ En la que entre otras cosas estableció lo siguiente:

«74. (...) la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su artículo 1.º, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

75. Por lo tanto, el principio de no discriminación por razón de (...) debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. Cuando una normativa nacional está comprendida en su ámbito de aplicación, (...) el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad con dicha normativa con tal principio (en este sentido, véase la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Cabañero, C-442/00, ..., apartados 30 a 32).

76. Consiguientemente, el respeto al principio general de igualdad de trato, (...), no puede, por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de (...), especialmente en lo relativo a la organización de las vías de recurso adecuadas, la carga de la prueba, la protección contra las represalias, el diálogo social, las acciones positivas y otras medidas específicas de aplicación de dicha Directiva.

77. En estas circunstancias, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de (...), garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de este, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, apartado 21, y de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, apartado 30).»

²⁸ Conclusión 54.

Teniendo en cuenta, añada aquel miembro del Tribunal de Justicia comunitario, «que según el Tratado CE, el centro de gravedad de estas competencias comunitarias en la materia sigue estando en los Estados miembros, aun cuando el legislador comunitario activara las competencias comunitarias en la materia, no es deseable llegar a tal resultado, tanto desde la perspectiva de la sistemática del Tratado como desde el punto de vista del equilibrio institucional ²⁹».

Desde esa perspectiva, «el Tribunal de Justicia, en su calidad de juez comunitario, debe disponer de una base de competencias indiscutible y superior si se desea corregir las decisiones que, de conformidad con los requisitos impuestos por la Constitución nacional, adopte un legislador nacional que, además, actúe dentro del respeto de las competencias que tenga atribuidas ³⁰».

1.2. La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Directiva 2000/78 es de capital importancia en el derecho social europeo, lo cual supone que ha de contemplarse tanto desde una perspectiva general, bien que ajustándose a la materia objeto de consideración en la sentencia que se comenta, como de la regulación concreta contenida en la misma y pertinente al objeto de este comentario.

1.2.1. Aspectos generales de la protección dispensada por la Directiva 2000/78, contra el despido del trabajador en baja por enfermedad.

Dado que «las disposiciones de la (...) Directiva (2000/78) establecen requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de introducir o mantener disposiciones más favorables», de tal manera que «la aplicación de la (...) Directiva no puede servir para justificar retroceso alguno con respecto a la situación ya existente en cada Estado miembro», su contenido es indisponible para las legislaciones de los Estados miembros. Por ello su exposición de motivos (considerandos) constituye un punto de valor inapreciable para poder indagar en cuál es el «estado de la cuestión» en el Derecho europeo, y además imprescindible para poder interpretar aquella norma comunitaria correctamente estableciendo su concreto contenido y alcance, habida cuenta, además, del uso que hace de conceptos jurídicos indeterminados.

²⁹ Precizando, «a mayor abundamiento», lo siguiente: a) «Hacer operativas en la práctica las prohibiciones de discriminación aquí relevantes (por discapacidad) requiere siempre que el legislador haga opciones dolorosas, si no trágicas, cuando pondera los intereses en juego, como los derechos de los discapacitados»; b) «No es infrecuente que la aplicación de estas prohibiciones de discriminación requiera unas compensaciones financieras, que se considerarán razonables, entre otras, en función, de los recursos económicos disponibles, del nivel de bienestar general de los Estados miembros de que se trate»; c) «En el ámbito nacional no se hacen tales consideraciones en un vacío de Estado de Derecho. Por regla general suelen ser cotejadas con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales y con las disposiciones relevantes de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos».

³⁰ Conclusión 55.

Recuerda la indicada norma comunitaria que de conformidad con el artículo 6.º del Tratado de la Unión Europea, esta «se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario».

El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación, precisa la aludida norma comunitaria, «constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, (...), los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. (También) el Convenio N.º 111 OIT prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación».

Es importante, resalta la Directiva, «respetar estos derechos y estas libertades fundamentales», añadiendo que ya «la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas (...) con discapacidad».

Las Directrices para el empleo aprobadas por el Consejo Europeo subrayan, según se expone en la Directiva 2000/78, «la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad».

El empleo y la ocupación, insiste la aludida norma comunitaria, son «elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal», consecuentemente «la discriminación por motivos de (...) discapacidad (...) puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas». A tal fin, se afirma en aquella Directiva:

«Se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de (...) discapacidad ³¹.»

³¹ Singular trascendencias tienen las siguientes precisiones efectuadas en la exposición de motivos aludida, según las cuales: a) «Las disposiciones de la (...) Directiva no se aplicarán a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo»; b) «La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos

Solamente «en muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a (...) una discapacidad, constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado ³²».

Las personas que hayan sido objeto de discriminación, «basada en la discapacidad, (...) deben disponer de medios de protección jurídica adecuados». Efectivamente:

«La aplicación efectiva del principio de igualdad exige una protección judicial adecuada contra las represalias.»

En otro caso la protección contra la discriminación por discapacidad sería ilusoria. La situación contemplada en la sentencia objeto de comentario puede considerarse que supuso una represalia, en sentido amplio, en cuanto se trata de un supuesto en que un empresario despide a una trabajadora por el hecho de haber acudido a los servicios públicos de salud a los efectos de que los profesionales sanitarios (médicos, farmacéuticos y demás personal auxiliar) le apliquen las pericias, remedios y técnicas, que la ciencia médica aconseja para recuperar la salud perdida debido a un proceso morboso, y le den la pertinente «baja» laboral que esa misma ciencia médica estima precisa para su restablecimiento, con la suspensión consiguiente de su obligación de trabajar, dado su estado patológico.

Con la afirmación antes referida se quiere significar que la protección contra represalias empresariales no se debe limitar y reconducir a la «garantía de indemnidad», en los términos más estrictos que le atribuye nuestra jurisprudencia constitucional ³³, apoya esta consideración el que aquella jurisprudencia deja entrever una concepción más amplia, al afirmar que aquella garantía ha pasado «a formar parte del entramado esencial de derechos fundamentales, que le deben ser respetados al trabajador tras su incorporación a la empresa».

competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas»; c) «La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad»; d) «La (...) Directiva no obliga a contratar, ascender, 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 o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad»; e) «Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayudas».

³² Es más, «la prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una (...) discapacidad, determinada».

³³ Según la cual (por todas, SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero, y 54/1995, de 24 de febrero) «conlleva que del ejercicio de acciones judiciales, o de los actos preparativos o previos al proceso, no puedan seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para quienes ejercen las acciones instando la actuación judicial, siendo que tal garantía es especialmente relevante en el ámbito de la Jurisdicción Social dada la existencia de una relación de clara subordinación y dependencia de una de las partes del contrato, lo que supone que en este ámbito con mayor probabilidad pueda darse la situación de represalia que tal garantía constitucional intenta obviar».

En ese sentido se pronuncia una determinada jurisprudencia menor (SSTSJ de Asturias de 9 julio de 2004, y de Cantabria de 24 de abril de 2006), según la cual «una interpretación estricta del ámbito protegido por la garantía de indemnidad puede chocar con la letra de las disposiciones sobre protección contra represalias pues, según se ha visto, en ellas se prevé la protección tanto de las acciones judiciales como de las reclamaciones efectuadas en la empresa», añadiendo que «esas actuaciones que caen fuera de la cobertura del artículo 24.1 de la Constitución Española podrían ser atendidas mediante otros instrumentos»³⁴.

1.2.2. Preceptos concretos de la Directiva 2000/78, atinentes al caso y tomados en consideración por el Tribunal de Justicia comunitario, en la sentencia objeto de comentario.

En la sentencia comentada el Alto Tribunal comunitario alude expresamente a los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º de la Directiva 2000/78, así como a la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989.

Procede comenzar indicando que la Directiva en su artículo primero establece su alcance situando a la discapacidad en paridad con las más espectaculares, tradicionales y afamadas formas de discriminación. Concretando en su artículo segundo, titulado «concepto de discriminación», que a los efectos de la indicada norma se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en la indicada norma comunitaria. Precizando lo siguiente:

- Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en la propia norma, entre ellos por «discapacidad».
- Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una discapacidad, respecto de otras personas, salvo que:
 - Dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
 - Respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

³⁴ Así, destaca la STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2006, «en el asunto resuelto por la STC 197/1998 se acudió a la libertad de información del artículo 20 CE para fundar la nulidad del despido en represalia, partiendo de la idea de que «la comunicación de información veraz» (en este caso a un órgano judicial como testigo) es también una manifestación de dicho derecho. Una medida de represalia empresarial por declarar como testigo vendría a suponer la sanción del ejercicio del derecho y deber del recurrente de informar verazmente al órgano judicial en su calidad de testigo».

Según su artículo 3.º, relativo al ámbito de aplicación, «dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad», la Directiva se aplicará a «todas las personas», por lo que respecta «tanto al sector público como al privado», incluidos los organismos públicos, en relación, entre otros aspectos ³⁵, con «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración» ³⁶;

La sentencia objeto de comentario hace referencia y transcribe parte del contenido de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales (apartado 26 ³⁷) refiriéndose a los «minusválidos», pero siendo así que un trabajador enfermo no es un minusválido, valga esta adelantada afirmación, a tenor de los conceptos de uso más general, obviamos una referencia particularizada a la indicada Carta comunitaria.

2. El Derecho español aplicable al caso.

En relación con nuestro ordenamiento jurídico la sentencia alude al artículo 14 de la Constitución, cuyo contenido por su sobrado conocimiento es ocioso referir, así como a los artículos 55 y 56 del ET de los que, por las mismas razones, no procede aquí tratar.

Sin embargo no se contiene en aquella sentencia alusión alguna al artículo 4.º 2 c) del ET, que debe ser tomado en consideración pues su contenido es pertinente al contenido de la sentencia objeto de comentario, al establecer como uno de los «derechos básicos» de los trabajadores no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, «por razón de discapacidad».

Tampoco alude la sentencia objeto de comentario a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuya consideración es en todo punto precisa, dado que mediante la misma se pretende adecuar (aun cuando no se explicita, por no ser norma de adaptación en sentido estricto) nuestro ordenamiento al contenido de la Directiva 2000/78.

³⁵ Esos otros aspectos son: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) ...; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

³⁶ En su artículo 5.º la Directiva referenciada señala que «a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

³⁷ Titulado «minusválidos», establece lo siguiente: «26. Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social. Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda».

Se considera por aquella ley que las medidas contra la discriminación son «todas aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable» (art. 6.º 1), y que la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad «comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho» (art. 18.1).

Pero la ley limita su objeto a «establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos», entendiéndose «por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social», por lo que no entra en cuestiones referentes a relaciones laborales ni establece explícitamente, como sin embargo sí lo hace la Directiva [art. 3.º 1 c)] que la legítima.

IV. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que razonablemente no pudo ser tenida en cuenta por la sentencia comentada no da un concepto de «discapacidad», pero sí de «dependencia» estableciendo una vinculación entre ambos, al sentar en su artículo primero la siguiente definición de esta última:

«El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.»

Al propio tiempo de aquella norma se colige una falta de identificación, que no de relación, entre «enfermedad» y «discapacidad», sin que por ello proscriba que la enfermedad pueda desembocar en una discapacidad temporal. La situación de dependencia se califica en diferentes grados, no por el origen o causa de la situación de dependencia ni por su duración, sino únicamente por sus efectos sobre la autonomía del individuo. Así se establece, en el artículo 26 de aquella ley que «la situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

- a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal;

- b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal;
- c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal».

Esos grados, a su vez, «se clasificarán en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiera», y «los intervalos para la determinación de los grados y niveles se establecerán en un baremo a acordarse en el «Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

Aquel baremo: a) Establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia, y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso; b) Valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental; c) «Tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF), adoptada por la Organización Mundial de la Salud», lo que es de singular importancia a los efectos de este comentario».

La determinación de la inclusión en uno u otro epígrafe del aludido «baremo» ha de llevarse a efecto mediante una «valoración» que «se realizará:

"Teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona."

Además de considerarse el entorno en el que se viva y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas».

Si bien en la determinación de los «grados» de dependencia no se considera variable temporal alguna, ello no supone que sea irrelevante a los efectos de la norma, muy al contrario se integra en la noción misma de «dependencia». Al extremo de poderse afirmar que exigencia de «permanencia» en la noción de «dependencia» que maneja la ley, («estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de... la enfermedad) es determinante para poder afirmarse que, en nuestro sistema, la enfermedad no aboca necesariamente en una situación de "dependencia"».

Exigencia de «permanencia» que es criticable, en tanto que es impropia porque limita arbitrariamente y sin fundamento objetivo alguno la «situación real y efectiva o contingencia de dependen-

cia» (concepto real o fáctico que no jurídico), al extremo de que la protección por «dependencia», que establece la referida ley, no supone un cambio o mejora relevante en nuestro sistema de protección social, en cuanto que aquella exigencia funciona(ba), a la postre, como un requisito más para poder acceder al sistema de prestaciones (servicios sociales, LISMI, etc.) ya establecido, muy parecido al establecido en aquella norma, y que venía siendo gestionado por diversas entidades públicas (por el INSERSO, en el ámbito nacional). Además y se compadece mal con la CIF, al extremo de procurarse una contradicción interna, en la propia norma.

Por ello es conveniente aludir a una noción más amplia y más ajustada al «hecho de la dependencia», de acuerdo con el cual la falta de autonomía o «dependencia» de quien sufre una situación de enfermedad no ha de considerarse excepcional. Esto es, la enfermedad conlleva naturalmente la «dependencia», especialmente cuando es determinante de una «baja» para el trabajo, repárese en los supuestos en que el trabajador, en cuanto que paciente por indicación médica haya de aguardar cama o simplemente reposo.

V. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

No es fácil establecer una noción aceptable de discapacidad. Si se parte de las regulaciones jurídico-positivas, se observa que históricamente se ha tendido a identificar discapacidad con minusvalía, como sucede en nuestro ordenamiento en el cual se alude a «discapacidad» o «discapacitados» en numerosas normas sociales del más alto rango como sinónimo de «minusvalía», y que, como es natural, se reproduce en las de rango inferior y actos administrativos generales ³⁸.

En el ámbito transnacional cabe citar el Convenio n.º 159 OIT, adoptado el 20 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y ratificado por España el 17 de julio de 1990, en el se produce la misma equiparación bien que sea el resultado de un modo de operar peculiar, que consiste en denominar «persona inválida» a quien es una "persona discapacitada", mediante la siguiente definición contenida en su artículo primero; «se entiende por «persona inválida» toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida».

También la OIT en sus Recomendaciones n.º 99, de 22 de junio de 1955, y sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, n.º 168, de 20 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y n.º 169, de 27 de junio de 1984, sobre la política del

³⁸ Pudiéndose citar a título de ejemplo la Orden TAS/1541/2006, de 9 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, y la Resolución de 6 de julio de 2006, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se convoca la concesión de subvenciones sometidas al Régimen General de subvenciones en el área de atención a personas con discapacidad, durante el año 2006.

empleo (disposiciones complementarias), incide en la misma equiparación, mediando el mismo sistema, al indicar, en la primera de ellas, que «el término «inválido» designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental», en la segunda que «la expresión «persona inválida» se refiere a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo estén sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida», y en la tercera al integrar entre los grupos de personas desfavorecidas a los «inválidos».

1. Noción de «discapacidad» deducible de nuestro ordenamiento jurídico y su comparación con las definiciones internacionales.

Ya la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en su artículo 54.2 establece implícitamente aquella equiparación al indicar que «los minusválidos» en edad laboral tendrán derecho a beneficiarse de la «prestación de recuperación profesional de inválidos»³⁹.

En la normativa social posterior se va introduciendo el término «discapacidad», no obstante lo cual realmente no se produce más que un cambio semántico, en cuanto que se mantiene una estrecha correlación cuando no identificación plena entre los conceptos de minusvalía-discapacidad-invalidez, lo que se mantiene hasta los momentos actuales.

Así, en el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (art. 2.º 2), con ocasión del establecimiento de determinadas bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social, se indica que los empleadores, «incluidos los Centros Especiales de Empleo», que contraten indefinidamente a «personas con discapacidad» tendrán derecho a determinadas bonificaciones mensuales de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, durante toda la vigencia del contrato. La misma bonificación se establece para el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de «personas con discapacidad» o de transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con «trabajadores con discapacidad».

La correlación discapacidad-minusvalía-invalidez, así como una auténtica parificación entre discapacidad y minusvalía se ponen de manifiesto en la norma indicada en el apartado anterior, cuando establece que para tener derecho a aquellos beneficios se requiere que los «trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía» igual o superior al 33 por ciento, considerándose

³⁹ Disposición que sucede al contenido de la Sección 4.ª sobre «rehabilitación y reeducación de inválidos» del Capítulo V del Título Primero del texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y que reproduce el contenido del texto articulado aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, el cual a su vez tenía el pie forzado de la base decimoquinta, apartado C de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, en el cual se aludía a la «Reeducación y rehabilitación de inválidos», y a que «el régimen de Seguridad Social» habría de organizar «con la amplitud necesaria, los Centros y Servicios de recuperación fisiológica, reeducación, readaptación y rehabilitación profesional de los trabajadores inválidos».

incluidos a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de «incapacidad permanente» en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por «incapacidad permanente» para el servicio o inutilidad para el trabajo.

Es más, aquel Real Decreto-Ley 5/2006 regula, en su disposición adicional primera, el «contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad», estableciendo que, bajo tal modalidad contractual, «las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a «trabajadores con discapacidad» desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, «con un grado de minusvalía» igual o superior al 33 por ciento o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una «pensión de incapacidad permanente» en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por «incapacidad permanente» para el servicio o inutilidad para el trabajo».

Por su parte la Ley 13/1982, de 7 de abril, considera minusválido a «toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». Esta última norma, que se titula «de Integración Social de Minusválidos», identifica minusvalía y discapacidad cuando en sus artículos 37 (según redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) y 37 bis (añadido por aquella Ley 62/2003), establece, en el primero de los aludidos preceptos, que será finalidad primordial de la política de empleo de «trabajadores con discapacidad» su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido.

En el segundo de los mencionados preceptos de la Ley 13/1982, se acentúa aquella parificación entre minusvalía y discapacidad, al precisarse que, para garantizar la plena igualdad en el trabajo el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas «por motivo de discapacidad», que los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las «personas con discapacidad» acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre ⁴⁰, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se limita a equiparar las nociones de «discapacitado» y «minusválido» siendo una norma de continuidad respecto a la Ley 13/1982. Conse-

⁴⁰ Según se indica en su exposición de motivos: «Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad».

cuentemente, a los efectos de aquella ley, tienen la consideración de «personas con discapacidad» aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía «igual o superior al 33 por ciento», considerándose afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento «en todo caso, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Aquella práctica identificación está en la base misma de la creación del Real Patronato sobre Discapacidad (art. 57 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre) como un organismo público adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pues sucede al Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía en el ejercicio de las funciones que esta última institución desarrollaba, al punto en que hasta tanto no se produjo el desarrollo reglamentario de aquella previsión legal, los órganos del Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, se mantuvieron subsistentes y conservando su denominación, estructura y funciones.

El reduccionismo que supone la práctica identificación entre «discapacidad» y «minusvalía» se pone de manifiesto cuando se repara en que el término «discapacidad» alude a cualesquiera limitaciones funcionales, bien consistan en deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales, sean permanentes o temporales, se trate de un simple proceso morboso que requiera atención médica o una enfermedad mental, con ciertas consecuencias que afectan más o menos a la autonomía personal, y que sin embargo la «minusvalía», alude a la situación de una persona con discapacidad tomando en consideración su entorno, y las «barreras» que en el mismo se encuentra, sean de naturaleza física o de orden socioeconómico, lo que llama a una cierta gravedad de la limitación y a su relativa permanencia.

Aquel término «discapacidad» se utiliza y es más propio del ámbito de las normas sociales que en otros sectores del ordenamiento jurídico, pero no por ello puede dejarse de efectuar una correlación con las normas fundamentales de nuestro ordenamiento que regulan la capacidad de las personas, pudiendo concluirse que la noción de «discapacitado» que se maneja en la normativa social se encuentra cerca de la falta de capacidad de obrar del menor de edad y concepto civil de «incapacidad»⁴¹.

Efectivamente si se considera en nuestro ordenamiento jurídico, la legislación sobre menores⁴² «refleja progresivamente una concepción de las personas (...)»⁴³ como sujetos activos, par-

⁴¹ Según se establece en los artículos 200, 1.263 y 1.264 del CC: «no pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados; 2.º Los incapacitados», que «la incapacidad (...) está sujeta a las modificaciones que la Ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece», y que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

⁴² Mediante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de «Protección Jurídica del Menor».

⁴³ Menores de edad, en el caso del entrecomillado que está cogido de la Ley Orgánica 1/1996, esta norma, pero que bien puede sustituirse por incapacitados o «discapacitados».

ticipativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás», que la misma legislación admite que «el conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección (...) es promover su autonomía como sujetos», que asimismo considera que «de esta manera podrán (los menores) ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro», y que la «concepción del sujeto» sobre la que descansa aquella norma no es otro que el de «las necesidades (de los menores) como eje de sus derechos y de su protección», resulta que la correlación «discapacidad-minoría de edad-incapacitación» queda establecida.

Aquella identificación entre «discapacidad» y «minusvalía» se modera en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. No obstante si se repara, en que la noción misma de «dependencia» se define como el estado de carácter «permanente», resulta que no existe un desapego definitivo de la noción de «discapacidad» respecto del concepto de «minusvalía».

Ese empeño, en la permanencia de la limitación de la autonomía personal como único criterio válido para la calificación de la «dependencia» puede ser más o menos discutible, pero no es objetivo y desde luego no es acertado, resultado inadecuado para pretender calificar o definir la «discapacidad». Afirmación a la que se ve refrendada por últimas las convenciones y normas internacionales que ya no exigen el requisito de la «permanencia» para considerar existente una «discapacidad», sino que bien lo aligeran, aludiendo al mantenimiento de las limitaciones funcionales durante un largo período de tiempo bien simplemente no toman en consideración el factor temporal. Así sucede en la Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidades, aprobada en su sesenta y una sesión celebrada en 13 de diciembre de 2006, que considera discapacitados (*persons with disabilities*) a quienes sufren a un deterioro físico (*physical, mental, intellectual or sensory impairment*) de larga duración (*long-term*), pero no necesariamente permanente, que les impide, dada la interacción de diferentes barreras, una plena y efectiva vida social y en relación con los demás. La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud, sin embargo se limita a definir la discapacidad como «la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad que se considera normal para un ser humano», sin añadir exigencia alguna en cuanto a su alcance temporal.

2. La definición de «discapacidad» por el Tribunal de Justicia comunitario.

El Tribunal de Justicia comunitario no alcanza a establecer un concepto de «discapacidad» más afortunado que el deducible de nuestro ordenamiento jurídico. Efectivamente en la sentencia objeto de comentario se discurre sobre el concepto de discapacidad con escasa fortuna, para ello comienza el Tribunal de Justicia comunitario por señalar que «el concepto de discapacidad no viene

definido en la propia Directiva 2000/78», precisando el Abogado General ⁴⁴ que el concepto de «discapacidad» es un «concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica», y que «no solo como término médico-científico, sino también en su significado social, está sujeto a una evolución relativamente rápida», al extremo de que «no cabe descartar que determinadas deficiencias físicas o psíquicas tengan la consideración de discapacidad en un contexto social determinado, mientras que en otro no sea así».

Añadiendo el ilustre miembro del Tribunal de Justicia que aquella «versatilidad y sensibilidad del concepto discapacidad, según el contexto en que se inscribe, puede llevar a grandes diferencias en la interpretación y aplicación de la prohibición de discriminación», lo cual si por un lado «aboga a favor de una interpretación uniforme», por otro, «la combinación de la dinámica y variación que se produce en la percepción científica y en la idea que la Sociedad se forma del fenómeno de la discapacidad impone prudencia a la hora de buscar la uniformidad».

El dinamismo propio del concepto mismo de «discapacidad» se pone de manifiesto cuando se repara en que «a lo largo de la historia social de los dos últimos siglos se ha ampliado indudablemente el círculo de personas consideradas discapacitadas», lo cual «está relacionado con la drástica mejora de la salud pública en las sociedades de mayor bienestar». Mejora que «tuvo como consecuencia que quienes no podían disfrutar de la misma, por estar discapacitados debido a dolencias físicas o psíquicas más o menos permanentes, se hacían más visibles» ⁴⁵.

Ese es precisamente el caso de la enfermedad, que en cuanto impide para el trabajo y por ese solo hecho se ha llegado a considerar en un determinado momento histórico que produce «discapacidad», bien que no se denomine así, sino como «IT» (más alusiva a la «discapacidad» producida por la enfermedad o el accidente era la expresión «incapacidad laboral transitoria»). Pero semejante discrepancia semántica no puede llevar a la conclusión de que el fenómeno sociosanitario al que se hace referencia con ambos términos («discapacidad» e «IT») sea sustancialmente diferente.

Efectivamente, «los progresos de las ciencias biomédicas han llevado a entender mejor las dolencias físicas y psíquicas que causan discapacidades». Así han contribuido igualmente a la ampliación del concepto de «discapacidad» ⁴⁶, por lo que afirmar que el «contexto social en que se mueven los discapacitados puede ser importante para responder a la cuestión de estos son considerados como tales» ⁴⁷, es en sí mismo contradictorio, pues una cosa es que un determinado pensamiento ético o incluso político (por todas las ideologías totalitarias, más o menos etnicistas, etnicismo biológico o cultural, valga en nazismo) juzgue y considere de una determinada manera a los sujetos discapacitados, o que los sistemas de protección social les otorguen derechos prestacionales, y otra completamente distinta es que un sujeto esté o no «discapacitado», esta es una noción estrictamente técnica (que se obtiene aplicando conocimientos derivados de las ciencias médicas y sociales).

⁴⁴ Conclusión 57.

⁴⁵ Conclusión 60 del Abogado General.

⁴⁶ Afirma el Abogado General en su conclusión 61.

⁴⁷ Como hace el Abogado General en su conclusión 62.

En una afirmación, señaladamente ambivalente y más que discutible, el Abogado General indica lo siguiente, «como una de las características con las que la literatura distingue la discapacidad de la enfermedad se menciona a menudo la permanencia de la deficiencia física o psíquica. Efectivamente, en la mayoría de los casos ese criterio sirve de ayuda. Sin embargo existen enfermedades que se van desarrollando progresivamente y que durante un período considerable privan a los pacientes seriamente de sus funciones, de modo que estos se ven tan drásticamente limitados que en la vida social no se distinguen sustancialmente de los discapacitados "permanentes"».

Según ya se indicó si bien la sentencia objeto de comentario destaca que el concepto de «discapacidad» no viene definido en la propia Directiva 2000/78, de seguido precisa que aquella norma comunitaria «tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto (discapacidad)». Porque la «discapacidad» prevista en la Directiva 2000/78, según el Tribunal de Justicia, «es un concepto de Derecho comunitario que en el ordenamiento jurídico comunitario debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate ⁴⁸».

Aquella afirmación es obediente a «las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad (de las que) se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar», concreta la sentencia que se comenta.

Por ello, concluye la sentencia, el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto de una «interpretación uniforme». Ahora bien, semejante uniformidad interpretativa no deja de presentar una aguda problemática. Efectivamente ⁴⁹:

- Si, por una parte, la necesidad de que el concepto de «discapacidad» contenido en la Directiva sea objeto de una interpretación uniforme, es «obvia por motivos de contenido, aunque solo sea para garantizar que el ámbito de aplicación personal y material de la prohibición de discriminación presente un mínimo de unidad necesaria. El grupo de personas protegidas y la delimitación de las deficiencias funcionales que deben tomarse en cuenta no pueden ser divergentes. De otro modo, variaría dentro de la Comunidad la protección que dispensa esta prohibición de discriminación».

⁴⁸ Conclusión 64 del Abogado General; el mismo criterio se mantiene en las SSTJCE de 18 de enero de 1984, asunto 327/82, EKRO, de 19 de septiembre de 2000, asunto C-287/98, LINSTER, de 9 de noviembre de 2000, asunto C-357/98, YIADOM, de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00, SENA, de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/00, ADOLF TRULEY, y de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, ZITA MODES.

⁴⁹ Según precisa el Abogado General en sus conclusiones 65 y 66.

- Por otra parte, «sin embargo cuando se elabora una interpretación uniforme del concepto de «discapacidad» deben tenerse en cuenta la dinámica (...), en la percepción social del fenómeno "discapacidad" como una limitación funcional causada por una deficiencia psíquica o física, la evolución de los conocimientos médicos y biomédicos y las grandes diferencias contextuales en la apreciación de una gran variedad de discapacidades».

Todo ello aboga porque sea «preferible no intentar dar definiciones más o menos exhaustivas del concepto de «discapacidad»». De tal modo que «así dentro de la Comunidad (quepa) asegurar una interpretación y aplicación convergentes del concepto de "discapacidad", sin menoscabar el carácter abierto del mismo»⁵⁰, y el Tribunal de Justicia comunitario, siguiendo en buena medida aquel ponderado y cauteloso criterio, concluye lo siguiente:

«Debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.»

VI. «DISCAPACIDAD» Y «ENFERMEDAD»: ¿DISCAPACITA LA ENFERMEDAD?

1. Planteamiento general.

Ya en los inicios de la legislación en materia de protección social, «se elaboraron disposiciones especiales para personas que ya no podían participar en el proceso laboral por haber sufrido una incapacidad permanente tras un accidente de trabajo. Posteriormente, se creó una subsistencia mínima mediante el abono de prestaciones sociales a las personas que por su discapacidad no estaban en condiciones de sustentarse por sí mismas⁵¹».

Efectivamente, el *leitmotiv* de los sistemas de protección social, desde sus iniciales versiones asistenciales, seguidas de los seguros sociales hasta los posteriores sistemas de Seguridad Social⁵², se encuentra en la imposibilidad de la satisfacción de las propias necesidades, incluso más perentorias para la supervivencia (individuales y colectivas), debido a «discapacidades», con el más diverso origen, señaladamente en la enfermedad, con sus secuelas discapacitadoras más o menos duraderas que naturalmente conlleva.

⁵⁰ En conclusiones 67 y 68 del Abogado General.

⁵¹ Conclusión 70 del Abogado General.

⁵² Sobre el trabajo en la antigüedad y durante el medievo, así como acerca de la aparición de los primeros mecanismos de protección social, ALONSO OLEA, M. [1994], *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid (5.ª edición), págs. 131 a 264.

Ha de repararse que con el transcurso del tiempo se produjo una auténtica evolución, en los mecanismos de protección social, en el sentido de que van apareciendo sistemas o mecanismos más eficaces de cobertura que abarcan grupos cada vez más amplios de población, contribuyendo decisivamente a la cohesión social y al desarrollo individual, con aumento sustancial de la longevidad y mejora de la calidad de vida. Extremos en los que es determinante la efectividad de los mecanismos de protección contra la enfermedad y sus consecuencias discapacitadoras.

En aquella evolución la vinculación del factor trabajo a la aparición de los mecanismos y sistemas de protección social es patente. La vigencia del *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social en cuanto limitadora de la libertad de contratación, que es observado rígidamente durante la etapa inicial de la Revolución Industrial, va a dejar paso a la actividad legiferante, administrativa y prestacional de los Estados, destacando la protección por accidentes de trabajo y los sistemas de seguros sociales.

La protección contra la «discapacidad», temporal o más duradera, que generan el accidente y la enfermedad (profesional o común, con origen o no en el propio trabajo)⁵³, limitativa de la autonomía individual y de la posibilidad de atender a la propia subsistencia mediante la prestación del trabajo por cuenta ajena, que implica el cobro de un salario, acelera el desarrollo de los sistemas de protección social.

Efectivamente, «en un principio, partiendo de la situación de necesidad de los sujetos en general, se pretendió cubrir esta por un mecanismo de beneficencia o asistencia privada o pública, por el que se socorría a los indigentes en sus necesidades más básicas (...). Las insuficiencias de este mecanismo no iban a superarse con la técnica de la previsión, ya en su modalidad de ahorro o en su manifestación de previsión colectiva»⁵⁴. La detracción de recursos presentes para hacer frente a las necesidades futuras (ahorro) o el desarrollo de un mutualismo heredado del espíritu cofrade y gremial⁵⁵ (ejemplo de ello son las sociedades de socorros mutuos creadas por Real Orden de 28 de febrero de 1839), no pudo con los desastres sociales provocados por la Revolución Industrial. Hubo de superarse el rígido abstencionismo estatal proclamado por la «tradición clásica de la economía», para que el sistema de protección social mediante los Seguros Sociales irrumpiera, abruptamente en la historia. Entonces la decisiva intervención del Estado para salvar la caótica situación de los trabajadores⁵⁶ y para paliar los efectos de la «gran ofensiva» sobre la «gran tradición clásica de la

⁵³ La cercanía entre la enfermedad y el accidente la ponen de manifiesto aquellas enfermedades que son accidentes de trabajo, según una reiteradísima jurisprudencia, como precisa la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006, «el artículo 115.2 e) de la LGSS considera dentro del accidente de trabajo las enfermedades que no siendo profesionales contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, tanto enfermedades físicas como psíquicas (en este sentido, por ejemplo STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 1999, sobre el síndrome del «quemado»; o sobre las consecuencias psíquicas derivadas de una situación de acoso sexual o de *mobbing* (SSTSJ de Galicia de 24 de enero de 2000, y de Navarra de 30 de abril de 2001, respectivamente)».

⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. [2001], *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, pág. 28.

⁵⁵ Sobre ese espíritu gremial RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.* (*Sistema de Seguridad Social*), pág. 32.

⁵⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.* (*Sistema de Seguridad Social*), pág. 29.

economía»⁵⁷, «llevó al nacimiento de los denominados seguros sociales»⁵⁸. Inicialmente trasladando al empresario la responsabilidad por los accidentes de trabajo sufridos por sus trabajadores permitiendo y provocando en un primer momento, obligando más tarde, al empresario a asegurarlos en entidades privadas dedicadas a esa actividad económica, y finalmente mediante el establecimiento del seguro social obligatorio.

Es aproximadamente desde 1900, en nuestro país, cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la protección de los trabajadores. Los Seguros Sociales se van a desarrollar en España con el mismo retraso con que se recibe la «Revolución Industrial», pero con mucha más intensidad con la que se llevó a cabo una débil e inacabada industrialización. Efectivamente la Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo, con su reglamento aprobado por Real Decreto de 28 de julio del mismo año, constituye un hito en la previsión social, siendo también destacable la Real Orden de 2 agosto del mismo año (sobre los mecanismos preventivos de accidentes de trabajo). La Ley de 10 de enero de 1922 incrementa la cobertura así como las prestaciones.

Especial relieve en la historia de los mecanismos y sistemas de protección social en España tiene la aparición de los Seguros Sociales. El primero de ellos, el «retiro obrero», establecido por Real Decreto de 22 de marzo de 1919, y que mediante la Ley de 1 de septiembre de 1939 se transforma en el subsidio de vejez, convirtiéndose por Decreto de 18 de abril de 1947 en Seguro de vejez e invalidez, representa un momento singular que inicia un desarrollo mantenido, y mejorado, ininterrumpidamente.

El conjunto de los Seguros Sociales se complementa con un extraordinariamente efectivo sistema de protección de base profesional, conformándose el auténtico germen de lo que más tarde será el sistema español de Seguridad Social. Efectivamente mediante la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento de 25 de mayo de 1942 se establece el «mutualismo laboral», organizado fundamentalmente por sectores y ramas de actividad, que va a prestar una atención decisiva a la protección y corrección de las «discapacidades», mediante ayudas y prestaciones reeducadoras, rehabilitadoras y asistenciales.

La Ley de bases de 28 de diciembre de 1963⁵⁹ supuso un cambio radical en el panorama de la protección social nacional, iniciándose la andadura del sistema español de Seguridad Social a par-

⁵⁷ Sobre la «gran tradición clásica de la economía» y la «ofensiva general» vid. KENNETH GALBRAITH, J., *Historia de la Economía*, Ariel, Barcelona 1991 (5.ª edición), págs. 71 a 153.

⁵⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit. (Sistema de Seguridad Social)*, pág. 29.

⁵⁹ Sitúa en esta norma el inicio de la Seguridad Social en España, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. [2002], *Derecho de la Seguridad Social* (Director, DE LA VILLA GIL, L.E.), Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 49. Afirmar RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit. (Sistema de Seguridad Social)*, pág. 27, «La seguridad social como institución no parece, tal como la concebimos hoy día, en el principio de los tiempos; aunque ya entonces existían situaciones de necesidad, individuales o colectivas, que requerían ser protegidas. El proceso de aparición de esta disciplina es largo y laborioso, caracterizado en sus albores por su carácter asistemático y disperso, pues un verdadero Sistema implica un conjunto de contingencias y prestaciones para hacer frente a las mismas, que tiene muy poco que ver con la protección particularista propia que se dispensaba antes de su aparición».

tir del Texto articulado I de 28 de diciembre de 1966, de prolongada vigencia, hasta que se aprueba el texto refundido (de aquella norma con la Ley de 1972) de 1974, con los desarrollos legislativos posteriores que, por conocidos, no es preciso indicar ⁶⁰.

Como conclusión de aquella evolución puede afirmarse ⁶¹ que «la conciencia de que las discapacidades no pueden dar pie a discriminaciones injustificadas en el mercado de trabajo ni en cualquier otra parte de la vida social ha ido desarrollándose paulatinamente después de la Segunda Guerra Mundial. Ha dado lugar a una modalidad específica del principio de igualdad, centrada en la discriminación por motivo de discapacidad».

2. La discapacidad como una de las consecuencias naturalmente derivadas de la enfermedad.

Según el Tribunal de Justicia comunitario:

«Al utilizar en el artículo 1.º de la (...) Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de "enfermedad".»

Pues «la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un lago período». Por lo tanto, concluye lo siguiente:

- «Para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración».
- «La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad».

⁶⁰ Sobre la evolución de la Seguridad Social en España, AA.VV., *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2001.

⁶¹ Siguiendo al Abogado General conclusiones 71 a 73, que añade que «el progreso de los conocimientos médicos, junto con las crecientes posibilidades tecnológicas, ha tenido como consecuencia que, en un número de casos cada vez mayor, es posible encontrar una compensación de la deficiencia y/o limitación de las restricciones derivadas de dicha deficiencia, de modo que los discapacitados puedan reanudar en parte o en todo sus actividades laborales, a diferencia de antes, cuando el trato particular de los discapacitados en el mercado de trabajo y en cualquier aspecto de la vida social estaba justificado porque (ya) no cumplía los requisitos para ejercer un empleo o realizar otra actividad», y que «el hecho de que se disponga cada vez más de posibilidades razonables para compensar las discapacidades o para restringir las consecuencias de esta implica que cada vez resulta más difícil encontrar una justificación aceptable para las diferencias de trato por motivo de la discapacidad».

En la misma línea el Abogado General tras indicar que los «discapacitados son personas con serias limitaciones funcionales (discapacidades) causadas por deficiencias físicas, mentales o psíquicas», afirma que para aludir a «discapacidades»:

«Debe(n) tratarse de limitaciones, de carácter duradero o permanente, que tengan su origen en un problema de salud o en una malformación fisiológica de la persona afectada. (Por lo tanto) el problema de salud, como causa de la limitación funcional, debe diferenciarse, en principio, de esa(s) limitación(es).»

«En consecuencia», afirma:

«Una enfermedad como causa de una posible futura discapacidad no puede asimilarse, en principio a tal discapacidad y, por lo tanto, no constituye ningún indicio para la prohibición de discriminación, en el sentido del artículo 13 del Tratado CE, en relación con la Directiva 2000/78.»

Afirmación, no irreprochable, que sin embargo matiza, a continuación de modo convincente, por más que se pueda no compartir. Efectivamente, indica de seguido aquel ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario lo siguiente:

«Solo existe una excepción a esta regla si a lo largo de la enfermedad se manifiestan limitaciones duraderas o permanentes que también puedan calificarse de discapacidades, sin perjuicio de la enfermedad que sigue su curso.»

Ciertamente, semejante observación tampoco es irreprochable, en el sentido de que si no se toma el carácter «duradero» de la limitación como criterio definidor de la «discapacidad», de inmediato surge una cuestión y problemática irresoluble (racionalmente), más allá del mero voluntarismo político, y que puede plantearse en los siguientes términos ¿cuánta ha de ser la «duración» de la(s) limitación(es) a la autonomía individual para poderse considerar que constituyen una «discapacidad»?

En el discurso del ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario no es irreprochable la comparación que efectúa entre enfermedad y discapacidad, pues lo que realmente ocurre y debe afirmarse es que la enfermedad, en cuanto que genere una «baja» laboral, normalmente causará una «discapacidad» temporal, una disfuncionalidad en la actividad de la persona enferma que debe conceptualizarse como «discapacidad», en cuanto afecte seriamente a su autonomía personal.

VII. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN BAJA POR ENFERMEDAD: ¿ES NULO POR DISCRIMINACIÓN BASADA EN SU «DISCAPACIDAD»?

El «contrato de trabajo podrá suspenderse» por la «IT de los trabajadores» [art. 45.1 c) del ET]. Al cesar la IT el trabajador tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado.

Los artículos 45.1 c) y 48.2 del ET contemplan como causa de suspensión del contrato de trabajo la IT de los trabajadores, siendo causa de extinción del contrato de trabajo «el reconocimiento de una incapacidad permanente total o absoluta, no así una parcial [art. 49.1 e) del ET], siendo el alta médica, exteriorizado a través del correspondiente parte, el hecho que determina la reanudación de la relación laboral con reaparición para las partes vinculadas de los derechos y obligaciones inherentes a la misma» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 22 de febrero de 2005).

Incluso producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente (art. 48 del ET) ⁶².

Tanto es así que «declarada administrativamente la inexistencia de invalidez permanente, desaparece la causa de suspensión contractual que prevé el artículo 45.1 c) del ET y surge el (...) deber de reincorporación inmediata, de cuyo incumplimiento el empresario puede deducir las consecuencias extintivas disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento que derivan de la falta de justificación por el trabajador de la incomparecencia tras el alta médica o declaración de inexistencia de invalidez permanente ⁶³ (...pareciendo) obvio por tanto, que cuando el trabajador es dado de alta médica o cuando su solicitud de invalidez es rechazada en vía administrativa, tiene la obligación de reincorporarse a su puesto de trabajo de inmediato, pues de igual manera que la resolución que declara el inicio de la incapacidad laboral justifica la inasistencia al trabajo, tal justificación desaparece con la que pone fin a tal situación (correspondiendo) en consecuencia al trabajador la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación laboral como, y en su caso, de acreditar que pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente, subsiste una situación de IT que impide la reincorporación al trabajo, ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa» (STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2005).

Pero nada impide el despido del trabajador de baja por IT, «porque para la ruptura de la relación laboral es irrelevante que el contrato esté suspendido, ya que la suspensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2 del ET, únicamente produce los efectos de exonerar de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, pero no impide al empresario el ejercicio de sus facultades disciplinarias» (STSJ de Madrid de 21 de julio de 2005). Cuestión diferente es si ese despido ha de ser calificado de procedente, improcedente o nulo.

⁶² El mismo precepto en el ET de 1980 establecía lo siguiente: «1. Al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el número 1 del artículo 45, excepto en los señalados en los apartados a) y b) del mismo número y artículo, en que se estará a lo pactado.

2. En el supuesto de incapacidad laboral transitoria, cesará el derecho de reserva si el trabajador es declarado en situación de invalidez permanente total o absoluta o gran invalidez, de acuerdo con las Leyes vigentes sobre Seguridad Social».

⁶³ SSTs de 22 de octubre de 1991 y 15 de abril de 1994.

La posición de la jurisprudencia cuando el despido ha sido efectuado estando el trabajador en situación de IT y por esa única causa (o sin expresión de causa alguna ⁶⁴) es nulo o improcedente (obviamente no puede ser considerado procedente, pues la decisión de la empresa de despedir a un trabajador que se encuentra en situación de IT y por esa sola causa, «ha de calificarse como antijurídica», STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 1998), dista de ser uniforme, pudiendo distinguirse dentro de la jurisprudencia menor las siguientes dos posiciones netamente diferenciadas:

a) Según una cierta jurisprudencia (menor) cuando se produce el despido de un trabajador que se encuentra en IT, máxime si se produce en circunstancias como las del asunto objeto de atención en la sentencia de instancia (litigio principal) «es obvio que el despido debe ser calificado como nulo por contravenir derechos fundamentales del trabajador, puesto que aparece como único móvil aparente de la actuación empresarial la represalia por el legítimo ejercicio (por parte del trabajador del derecho) a causar baja médica» (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2002 ⁶⁵).

Efectivamente, «extinguir la relación laboral con un trabajador por el simple hecho de caer enfermo e iniciar una situación de IT viola su derecho fundamental a la vida y la integridad física que proclama el artículo 15 de la Constitución Española. Un acuerdo empresarial de esa índole debe por ello calificarse como despido nulo con arreglo a los artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL» (STSJ de las Islas Baleares de 10 de febrero de 2005) ⁶⁶.

⁶⁴ Precisa la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005, «el despido nulo ha seguido en nuestra legislación una progresiva restricción hasta el punto de circunscribirse la posibilidad de su declaración a los supuestos tasados por la norma y que se contemplan en los artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado hasta consagrar que el denominado despido en fraude de ley, que simplemente obedece a la arbitrariedad empresarial, no es una categoría de despido nulo, sino improcedente. Es más, el despido verbal merece la misma calificación pues la consecuencia que la norma anuda a la inexistencia de forma escrita y a la insuficiencia o a la ausencia de explicitación de la causa en la comunicación escrita, es la improcedencia al estar vinculada la nulidad, (...), exclusivamente a los supuestos previstos en el artículo 55.5 del ET. Y esta improcedencia no equivale, (...), a un desistimiento unilateral del empresario que contravendría, ciertamente, lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT, artículo 4.º, sino que tiene unas consecuencias indemnizatorias legalmente previstas que se corresponden perfectamente con el citado artículo del Convenio 158 de la OIT en el que se establece que no podrá ponerse término a la relación laboral de un trabajador sin causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, pues esto es lo que efectivamente ocurre en este caso, en el que se estima el despido como improcedente o, lo que es lo mismo, sin causa justificada siendo su consecuencia necesaria el percibo de la indemnización legal y no la declaración de nulidad, solo prevista para la lista tasada del artículo 55.5 del ET».

⁶⁵ El contenido completo relevante a los efectos que tratamos del fundamento jurídico correspondiente es el siguiente «la trabajadora ha presentado no ya indicios de la incorrecta actuación empresarial, sino el propio reconocimiento de la misma de que la única razón de la decisión adoptada es la baja de aquella, única que consta, por cierto, y que se ha prolongado a lo largo de siete meses. Por el contrario la empleadora no ha justificado, ni siquiera de forma somera, la existencia de otras razones que pudieran haber justificado el despido, antes al contrario, ya ante el propio SMAC admite al menos la improcedencia del despido y en el procedimiento que nos ocupa se abstiene de actividad probatoria alguna en el sentido expuesto, en tales circunstancias, es obvio que el despido debe ser calificado como nulo por contravenir derechos fundamentales del trabajador, puesto que aparece como único móvil aparente de la actuación empresarial la represalia por el legítimo ejercicio, por parte de la actora, con más de 30 años de antigüedad en la empresa, a causar baja médica, sin que esta última, como queda dicho, haya justificado en modo alguno dicha decisión, ya que como tal no puede contemplarse el dato de que entre el alta y el despido mediaron dos meses; hecho claramente irrelevante en relación con el resto de los indicios, cuando no certezas, reseñados».

⁶⁶ En el mismo sentido SSTSJ de Cataluña, de 26 de septiembre de 2002, y del País Vasco, de 27 de junio de 2003, de Madrid, de 21 de diciembre de 1999, y Murcia, de 24 de mayo de 2004.

b) Otra jurisprudencia menor se muestra discrepante con la antes indicada afirmando que «la enfermedad en abstracto es una situación física que puede afectar a cualquier trabajador con independencia de su sexo y además desvinculada de su condición de ser o no trabajador, y la enfermedad en sí no tiene una superprotección desde el punto de vista constitucional, ni puede suponer una forma de convertir en indefinida una relación laboral cuando el empresario despide a un trabajador que se encuentra de baja por enfermedad y en situación de IT, ello sucedió en otros tiempos, como antes se reseñaba, pero no ahora en que el despido puede operar cualquiera que sea la situación física del trabajador, con independencia de la protección y cobertura que le dispensa el Sistema de la Seguridad Social tanto en el ámbito económico como sanitario. Y ello es así, porque si bien el derecho a la salud constituye un derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución Española, su vulneración se produce cuando se atenta contra la salud o integridad física del ciudadano, pero en modo alguno se deduce del texto constitucional que esa protección haya de extenderse al ámbito laboral y que una situación de enfermedad implique el mantenimiento a ultranza de la relación laboral, la que se rige además por normas específicas en materia de protección de los derechos fundamentales y de la no discriminación; y así en el artículo 17.1 del ET, en el que se establece un listado de causas que pueden dar lugar a un comportamiento discriminatorio de la empresa o adversas al empleo, en modo alguno se habla de la enfermedad y su situación derivada de IT como incluida en alguna de esas causas».

Continuando su discurso con la siguiente apreciación: «la decisión de la empresa (...) de despedir (...) al trabajador) que se encontraba en situación de IT, ha de calificarse como antijurídica, (...), pero ello, (...), no constituye una vulneración del principio de igualdad o no discriminación o de vulneración de cualquier otro derecho fundamental, las únicas consecuencias que ello acarrea son las de declarar que el despido ha sido improcedente con las obligaciones previstas en el artículo 55 y siguientes del ET y del artículo 108 y siguientes del TRLPL» (STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 1998).

La jurisprudencia en sentido estricto ⁶⁷, o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS) desde la STS de 29 de enero de 2001 ⁶⁸, ha tomado una clara y precisa posición al respecto, según la cual:

⁶⁷ Sobre la jurisprudencia en sentido estricto LÓPEZ VILAS, R. [2001], «La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico», *RAJL*, Madrid.

⁶⁸ Que sigue alguna jurisprudencia menor, así la STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de abril de 2005, según la cual «la cuestión relativa a si un despido que tuviera por causa las bajas por enfermedad del trabajador puede o no calificarse de despido nulo por discriminatorio ha sido abordada por la doctrina jurisprudencial (STS de 29 de enero de 2001) y resuelta en el sentido de que: "La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52 d) del ET, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.º 2 c).2 del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador"».

«Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al (trabajador) se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta⁶⁹. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la Sentencia de 17 de mayo de 2000, el 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. La enfermedad, en el sentido genérico (...) desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación⁷⁰.»

Para un adecuado enjuiciamiento de aquella jurisprudencia del TS ha de tenerse en cuenta que la sentencia que se impugnaba en el recurso de casación argumentaba que, «aunque no estamos ante un despido contrario al derecho fundamental reconocido en el artículo 15 de la Constitución, se trata de una decisión discriminatoria incluida en el número 5 del artículo 55 del ET, pues se establece un trato peyorativo para quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la

⁶⁹ Precizando la sentencia que «el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria (...) tienen un distinto alcance, como ha señalado la doctrina de esta Sala en relación con la del Tribunal Constitucional. En este sentido las Sentencias de 17 de octubre de 1990, 23 de septiembre de 1993 y 17 de mayo de 2000 señalan que «el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de estas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado» y «esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en estas, como señala la sentencia 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación».

⁷⁰ Añadiendo la sentencia: «En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52 d) del ET, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.º 2 c).2 del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador».

protección social». [Resolución de instancia que también citaba al art. 4.º 2 c) del ET, que reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales].

De acuerdo con aquella jurisprudencia del TS se han resuelto supuestos en los que la enfermedad sí se ha considerado un elemento o factor discriminatorio con relevancia constitucional, determinando la nulidad del despido. Así se advierte que «los artículos 14 de la Constitución y 17 del ET proscriben toda discriminación basada en cualquier condición o circunstancia personal o social, como lo es la condición de enfermo crónico infeccioso, protegida por el artículo 43.1 de la Suprema Norma que reconoce el derecho a la protección de la salud, y que desde luego no puede ser objeto de represalias empresariales» y que cuando una infección de aquella naturaleza es «determinante» del despido su causa es «ilícita, ajena a la relación laboral y vulneradora de sus (del trabajador) derechos fundamentales» (STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 1998 ⁷¹).

Lo mismo sucede cuando mediando imputaciones de incumplimientos formales relativos a la presentación y entrega al empresario de los partes de baja y confirmación, resulta que se encubre un despido por causa del embarazo de una trabajadora (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 23 de mayo de 2000 ⁷²), o cuando «se trata de una trabajadora minusválida, contratada inicial y precisamente para cubrir la cuota correspondiente exigida en el pliego de condiciones de la contrata administrativa adjudicada a la empleadora inicial, y que ha permanecido en IT un amplio período de tiempo, datos que son suficientes para exigir a la empresa prueba clara y completa de que el despido ha sido ajeno a todo móvil discriminatorio, basado en la circunstancia personal de minusvalía de la actora, y la patología que ocasionó su largo período de tiempo transcurrido en IT» (STSJ de Aragón de 17 de mayo de 2004).

El Tribunal de Justicia comunitario, como es razonable con la sentencia objeto de comentario, no interfiere en la cuestión de si el despido de un trabajador en IT es nulo o improcedente, pero sí en la determinación si aquel despido es o no discriminatorio, lo cual genera automáticas consecuencias en orden a tales calificaciones. Al respecto ha de afirmarse que la doctrina contenida en la sentencia objeto de comentario es sumamente restrictiva, por no decir errónea, cuando el Alto Tribunal comunitario llega a las siguientes conclusiones:

- «Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido en la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.»

⁷¹ Bien que en el caso objeto de aquella sentencia también se daba una vulneración de la «garantía de indemnidad».

⁷² En ella se precisa que «la única causa objetiva para ello (el despido) era su situación de gestación en que se encontraba, pues no causando ningún daño o perjuicio, llevando una conducta diligente, de la que en modo alguno puede deducirse cosa distinta que no sea el conocimiento por parte de la empresa de su situación de embarazo, su suspensión del contrato de trabajo durante un tiempo prolongado; si solo esto se objetiva, (...) es la conducta de la empresa susceptible de tacharse de contraria al derecho fundamental de la igualdad por razón de sexo».

- «La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación⁷³.»

Aquella posición, tan radical, del Tribunal de Justicia resulta más ajustada cuando se matiza con la siguiente afirmación:

«Un despido por enfermedad solo puede constituir un acto discriminatorio por motivo de discapacidad, prohibido por la Directiva 2000/78, si la persona afectada puede demostrar que el despido no está motivado por propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma⁷⁴.»

La sentencia objeto de comentario no es irreprochable y da pábulo, *grosso modo*, a la posición, de la jurisprudencia del TS. En un análisis comparativo entre la doctrina del TS y la del Tribunal de Justicia comunitario contenida en la sentencia que se comenta, puede afirmarse que el primero se ha visto si no compelido sí mucho más limitado que el segundo para adoptar una jurisprudencia más que criticable, pues en el TS no ha llevado a efecto sino una variación de su doctrina legal que no hace más que acompañar una desafortunada decisión de política legislativa, lo que en absoluto le ocurre al Tribunal de Justicia comunitario, que no se ve compelido por una modificación legislativa restrictiva.

El Tribunal de Justicia comunitario tenía una enorme libertad en cuanto únicamente debía llevar a cabo una interpretación adecuada del término «discapacidad», que lleva a efecto no ya cicateramente sino erróneamente, con la grave consecuencia de que prácticamente cierra cualquier otra posibilidad de interpretación que siendo más ajustada en correcta hermenéutica, considerase que el despido del trabajador enfermo, en cuanto este esté de baja para el trabajo, y por lo tanto con una discapacidad más o menos acusada, pero discapacidad en todo caso, es discriminatorio, con las consecuencias asociadas a tal calificación.

⁷³ Por el contrario, cuando el despido afecta a una persona que pueda ser considerada «discapacitada», según la propia noción que el Alto Tribunal establece en la sentencia objeto de comentario, antes referida, y que tiene autonomía conceptual de Derecho comunitario, la conclusión es muy diferente, pues en tal caso «la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad recogida en los artículos 2.º, apartado 1, y 3.º, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate».

Afirma el Abogado General, conclusiones 81, 82 y 83, que «el despido puede, no obstante, resultar justificado si las limitaciones funcionales de que se trate, esto es, la discapacidad, imposibilitan o complican seriamente el ejercicio de la profesión o la realización de la actividad en cuestión. Sin embargo solo cabe admitir esta justificación si el empresario no dispone de medios razonables para reducir o compensar la discapacidad de que se trate, de modo que el discapacitado pueda seguir ejerciendo su profesión o realizando su actividad. El requisito de que tales medios sean razonables depende, en fondo de los costes involucrados para sufragar los gastos que puedan resultar indicados, de la proporcionalidad de estos costes en la medida en que no sean reembolsados por las autoridades públicas, de la reducción o compensación de la discapacidad que tales medios permitan conseguir y de las posibilidades que ofrezcan al discapacitado en cuestión de acceder a otras profesiones o actividades para las que su discapacidad no constituya ningún obstáculo o un obstáculo considerablemente menor».

⁷⁴ Conclusión 80 del Abogado General.

Sin duda otras vías como la de que un despido del trabajador en baja por enfermedad puede contrariar el derecho a la salud, constitucionalmente garantizado, deben ser consideradas, como hace una cierta jurisprudencia menor. Pero ello no impide que se deba considerar a la sentencia objeto de comentario como desafortunada y que ensombrece un panorama de por sí ya nada halagüeño, perjudicando especialmente a los trabajadores cuando más necesitan una efectiva protección social, posibilitando su exclusión del mercado de trabajo, con la consiguiente pérdida del salario, no obstante haber cumplido lealmente con sus obligaciones laborales y estar dispuesto a continuar haciéndolo con absoluta laboriosidad, limitando y reduciendo a la postre el grado de bienestar global alcanzado.

VIII. CONCLUSIÓN

La sentencia objeto de comentario no es irreprochable, en cuanto no utiliza una adecuada hermenéutica. Como sucede siempre que se utiliza un discurso no ajustado a los «principios de la lógica y la razón», los resultados no son estimables, pero cuando eso lo hace un órgano jurisdiccional, especialmente si aquel ocupa el más alto rango dentro de una organización judicial, entonces son catastróficos, porque afectan negativamente a los derechos subjetivos de los ciudadanos, y trastoca gravemente el Derecho objetivo, representando además en este caso un grave retroceso en el derecho social y estado de bienestar europeo, tan trabajosamente construido.