Juzgado de lo Social N°. 33 de Barcelona, Sentencia de 23 Dic. 2016, Proc. 1219/2014

Ponente: Agusti Maragall, Joan.

Nº de Recurso: 1219/2014

Jurisdicción: SOCIAL

Diario La Ley, Nº 8905, Sección Jurisprudencia, 20 de Enero de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

LA LEY *189078/2016*

Es discriminatorio y nulo el despido cuando se está de baja y no se tienen perspectivas de reincorporación inmediata

Cabecera

> DESPIDO NULO. El despido de trabajador accidentado, dos meses después de acaecido el percance, cuando sigue de baja médica recibiendo asistencia sanitaria y percibiendo prestaciones económicas de la Seguridad Social, y tras haber informado a su superior que su reincorporación no sería a corto plazo, es discriminatorio por razón de discapacidad, y por tanto, nulo. Además, la actuación ha lesionado derechos fundamentales como la integridad física, la seguridad o la dignidad. Aplicación de la reciente sentencia del TJUE. Ha de readmitirse al trabajador en un puesto adecuado a su limitación física, y se condena también al empresario a una indemnización por daños morales y otra por daños materiales.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

> El Juzgado de lo social núm. 33 de Barcelona estima la demanda interpuesta por el trabajador, y declara la nulidad del despido por constituir una discriminación por razón de discapacidad.

Texto

Autos nº 1219/2014.

En Barcelona, a 23 de diciembre de 2016.

JOAN AGUSTI MARAGALL, magistrado-juez del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, he visto las actuaciones promovidas por M. D. contra BOOTES PLUS SL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en demanda de impugnación de DESPIDO DISCIPLINARIO, con invocación de VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, habiendo sido emplazado asimismo el Ministerio Fiscal, dicto la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- El día 23.12.14 fue repartida a este juzgado la demanda que origina estas actuaciones. En la demanda, habiendo alegado los hechos y razonamientos jurídicos oportunos, se pedía sentencia por la que se declarase la nulidad del despido impugnado, por vulneración de derechos fundamentales, así como al pago de indemnización resarcitoria de 6.251 € por daños morales y 2.841,56 € por daños materiales, o, subsidiariamente, su improcedencia.

2.- Admitida a trámite la demanda, se señaló para la celebración del acto del juicio el 9.4.05, en que tuvo lugar a presencia judicial, con la comparecencia del demandante y la empresa demandada, asistidos, respectivamente, por los letrados Sres. Gines Pérez Palomares y Carlos Rubio Vallés. No comparecieron ni el Fondo de Garantía Salarial ni el Ministerio Fiscal.

3.- La parte actora, al ratificar su demanda y la pretensión de nulidad del despido impugnó, concretó en 2.841,56 € la indemnización por daños materiales y en 6.251 € la indemnización por daños morales. La demandada se opuso, negando el carácter discriminatorio del despido y ratificando la motivación disciplinaria del mismo. Se practicó prueba documental, de interrogatorio y testifical, y las partes elevaron a definitivas sus conclusiones.

4.- Previa audiencia a ambas partes y al Ministerio Fiscal, por auto de fecha 14.7.15 se plantearon ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea diversas cuestiones prejudiciales, que han sido resueltas mediante Sentencia de fecha 1.12.16, dictada en el asunto C-395/15, en los términos que se expondrán más adelante.

5.- Por providencia de 7.12.16 se acordó citar de comparecencia a ambas partes para la valoración de la incidencia de la sentencia del TJUE en la resolución del pleito y para la práctica de prueba de interrogatorio, testifical, documental y pericial acordada para mejor decidir, comparecencia y prueba que se ha practicado y valorado en fecha 16.12.16.

6.- La presente sentencia se redacta en castellano a petición del demandante.

HECHOS PROBADOS

1.- La sociedad demandada es la titular del Restaurant “.....”, ubicado en el Hotel..... de Barcelona, calificado de 5 de estrellas “Gran Lujo”.

2.- La plantilla del restaurante oscila durante el curso del año en razón de la temporada, entre 40-45 trabajadores, en enero-febrero, a 60-65 en los meses de verano, y alrededor de 50 empleados en otoño y primavera. En razón de dicha estacionalidad, la contratación inicial es eventual, por periodos habituales de 3 a 6 meses, según la referida oscilación por estacionalidad. La renovación y duración de la única prorroga posible se establece en razón de dicha estacionalidad y la valoración del trabajador hasta completar el límite máximo de duración de un año (declaración testifical de...., responsable de RRHH).

3.- El demandante fue contratado en fecha 17.4.14, en la categoría profesional de ayudante de cocina, a jornada parcial (20 horas) y por una duración inicial de tres meses, con carácter eventual justificado -en el contrato- para "*realizar todas las preparaciones básicas culinarias que le sean encomendadas, todo ello motivado por un aumento de trabajo*". El contrato establecía un período de prueba de 30 días (folios 71-72, dorso).

4.- En fecha 1.7.14, superado el período de prueba de 30 días, se pactó la conversión del contrato a jornada completa (40 horas), pasando a percibir una retribución diaria de 44,72 € (folio 75).

5.- Dos semanas después, en fecha 15.7.14 se prorrogó en nueve meses más el contrato inicial, completando el año máximo de duración, fijándose como fecha de cese la de 16.4.15 (folio 76). Tal prórroga, como la anterior ampliación de la jornada, tuvo el informe favorable del Jefe de Cocina (según la declaración del mismo en prueba de interrogatorio).

6.- En fecha 3.10.14 el demandante sufrió un accidente laboral, al resbalar en la cocina y dislocarse el codo izquierdo, iniciando proceso de incapacidad temporal derivado de accidente laboral en la misma fecha, siendo atendido por los servicios médicos de la mutua FREMAP.

7.- A las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del demandante, el Jefe de Cocina habló con el demandante interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de dicha situación de incapacidad temporal, contestándole el demandante que -según prescripción facultativa- su reincorporación no podía ser inmediata (declaración de ambas partes, coincidente).

8.- En fecha 26.11.14, permaneciendo en situación de incapacidad temporal derivada del mismo accidente de trabajo, el demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario (folio 8, que se da por íntegramente reproducido), con el siguiente tenor literal, como única imputación:

"*Lamentamos poner en su conocimiento que hemos adoptado la determinación de dar por concluida la relación laboral que le une con la empresa, procediendo a su inmediato despido con efectos del día de la fecha. La razón que fundamenta esta decisión es debida a no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el art. 54 ET*".

9.- La evolución médica de la lesión sufrida por el demandante desde la fecha del accidente laboral, producido en fecha 3.10.14, ha sido la siguiente (según documentación y pericial médica aportadas):

- Tratado inicialmente con inmovilización y calmantes, al persistir la inflamación y la impotencia funcional, se practicó una primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, con el siguiente diagnóstico: rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular. Rotura fibrilar musculo braquial a nivel anterior a cortical

humeral. Rotura parcial ligamento colateral cubital +edema epitróclea. Contusion diafiso-metafisaria proximar del radio.

- Una segunda resonancia magnética de fecha 10.1.15 evidenció “persistencia de signos de rotura ligamento colateral cubital”, por lo que en fecha 1.4.15 fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica del Pilar, realizando ligamentoplastia LCC con tendón palmar mayor, siendo dado de alta médica por la Mútua Fremap el 20.7.15.

Al persistir sintomatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatologia del Hospital de Mataró por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial médica y docs. 1-10 parte actora).

10.- En fecha 29 de enero de 2015 se intentó la conciliación previa, con resultado de sin efecto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Elementos de convicción en la determinación de los hechos probados.

1.- La declaración de hechos probados integra los que han resultado conformes así como aquellos que, siendo controvertidos, han quedado acreditados como resultado de la valoración de la prueba practicada, tanto en acto del juicio como en fecha 16.12.16, como diligencias finales. Se ha especificado en cada hecho probado, para mayor claridad, el medio de prueba que le da soporte probatorio.

Se ha valorado en especial la declaración del demandante y del Jefe de Cocina en el acto del juicio, propuesto como testigo por la parte demandante, cuyas respuestas ha asumido la demandada como propia en la prueba de interrogatorio, al coincidir que era la persona en quien -por ser conocedora directa de los hechos objeto del pleito- había delegado en caso de ser interrogada. También se ha valorado la declaración testifical de...., responsable de RRHH en la empresa, practicada como diligencia final en fecha 16.12.16.

2.- Como ya se advirtió en el acto del juicio y de conformidad en el art. 105.2 LJS (LA LEY 19110/2011), no se han valorado las respuestas del Jefe de Cocina a preguntas del letrado de la demandada referidas a hechos imputables al trabajador no concretados en la carta de despido.

3.- No ha quedado acreditada (aunque tampoco descartada) la supuesta presión del Jefe de Cocina al demandante a fin de que anticipara su alta médica, denunciada en el apartado segundo del hecho segundo de la demanda. La discrepante versión entre ambos impide dar por acreditada tal alegación. El Jefe de Cocina, que declaró por delegación de la empresa demandada en la prueba de interrogatorio, reconoció haber telefoneado al demandante a las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del demandante, pero únicamente para interesarse por su estado médico y por la previsión

de duración de la baja médica (a efectos organizativos), negando haberle presionado para que se reincorporara lo antes posible (tal como alega el demandante).

4.- El Sr....., Jefe de Cocina, manifestó en el acto del juicio haber informado desfavorablemente del rendimiento del demandante, a la dirección de la empresa, con posterioridad a dicha conversación y previamente al posterior despido, manifestando "*que había una serie de problemas*" y "*que no funcionaba bien...desde el primer día o semana*". Pero ni en dicha inicial declaración, ni en la posterior declaración en diligencia probatoria para mejor decidir, ni ella ni la responsable de RRHH han concretado mínimamente los pretendidos problemas o disfunciones en el trabajo del demandante, incongruentes -por otra parte- con la superación del período de prueba, la conversión del contrato de tiempo parcial a jornada completa y la renovación hasta completar el período máximo de 1 año, todo ello a propuesta o con el consentimiento del propio Jefe de Cocina.

II.- Objeto del pleito.

1.- El demandante postula la declaración de "nulidad" del despido disciplinario del que ha sido objeto al considerar que -en traducción del idioma catalán en el que está redactada la demanda- "*el despido es la respuesta de la empresa a no haber querido pedir el alta voluntaria de la Mútua y reincorporarme al trabajo el fin de semana del 17-19 de octubre, tal como me indicó el Directivo de la empresa....y ejercer mi derecho a recuperarme de las lesiones sufridas en mi puesto de trabajo*", en referencia al accidente laboral que sufrió el 3.10.14, con vulneración del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), reconocido también en el art. 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

2.- Ya en el acto del juicio, al ratificar verbalmente la demanda, añadió un segundo motivo de nulidad del despido, alegando que tuvo por causa o motivo real su situación incapacidad derivada del accidente de trabajo sufrido y, por consiguiente, debía ser considerado discriminatorio, citando expresamente la STJUE 11.4.13 (Ring), la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) .

3.- En congruencia con la calificación judicial de nulidad pretendida con carácter principal, el demandante solicita la condena de la empresa demandada a su inmediata readmisión, al pago de los salarios de tramitación devengados y -según prevé el art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011)- el abono de una indemnización por daños morales (cifrada en 6.251 €) y otra por daños materiales (cifrada en 1.500 €, importe de los honorarios profesionales de su abogado).

4.- Con carácter subisidario se postula la declaración de improcedencia del despido.

5.- La empresa demandada, al contestar a la demanda, negó categóricamente haber presionado al trabajador a fin que pidiera el alta médica así como la invocada intencionalidad represiva y/o discriminatoria del despido y alegó que el mismo sólo obedecía al bajo rendimiento del trabajador demandante, por lo que el despido debía ser calificado de "procedente" (por ser cierto el bajo rendimiento imputado) o -a lo sumo- de "improcedente", caso de no quedar acreditado dicho bajo rendimiento. Añadió que la doctrina del Tribunal Supremo ha descartado calificar como discriminatorio el despido por causa de enfermedad o accidente laboral.

6.- Dados los términos de la STJUE de 1.12.16, parece oportuno abordar en primer lugar la denuncia de discriminación por razón de discapacidad.

III.- Denuncia de discriminación por razón de discapacidad.

1.- Como ya se ha anticipado, en el acto del juicio, al ratificar verbalmente la demanda, el demandante añadió un segundo fundamento jurídico de su pretensión de nulidad, y alegó que el despido, al tener por causa o motivo real su situación incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo, debía -en todo caso- ser considerado discriminatorio por discapacidad citando expresamente la STJUE 11.4.13 (Ring), la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) , así como el art. 6.1 del Convenio 158 OIT.

La defensa letrada de demandada nada objetó procesalmente a la introducción de este segundo fundamento de pretensión de la nulidad, aunque sí se opuso frontalmente al mismo, negando cualquier intencionalidad discriminatoria al despido del demandante.

2.- En el momento de abordar este segundo fundamento -el posible carácter discriminatorio del despido, a la vista de los hechos declarados probados- es cuando este magistrado acordó la formulación de las cuestiones prejudiciales que se dirá, y ello por las siguientes razones.

3.- El análisis y resolución de tal pretensión requiere -como condición previa y en la hipótesis fáctica de la demanda- que pueda entenderse que se habría producido una discriminación prohibida y/o una lesión del derecho constitucional a la integridad física y/o a la salud (el *"derecho a recuperarme de las lesiones sufridas en mi puesto de trabajo"*, tal como se expresa en la demanda). Y ello no sólo para la aplicación del derecho, sino en el paso previo de establecer los hechos probados.

4.- En efecto, solamente si se admite que pueden resultar afectados tales derechos fundamentales (en el ámbito interno y/o comunitario), se justificaría la aplicación de la denominada "inversión de la carga de la prueba", establecida en todas las Directivas comunitarias anti-discriminatorias (y en la Directiva 78/2000 (LA LEY 10544/2000) en particular) y en la legislación interna, arts 96 (LA LEY 19110/2011) y 181.1 LRJS (LA LEY 19110/2011), que trasladan "*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 ..., hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa e indirecta"*.

5.- Como resultado de la prueba practicada en el acto del juicio, quedaron acreditados hechos suficientes (" *indicios"*, en la denominación del art. 181.2 LRJS (LA LEY 19110/2011)) que permitían establecer la sospecha racional de que el despido formalmente disciplinario no tuvo otra causa que la situación de incapacidad causada por el accidente laboral: el demandante, después de superar el período de prueba, ser renovado en su contratación temporal hasta el límite máximo de un año y ver ampliada su jornada de parcial a completa (hechos solo comprensibles desde la favorable valoración de su rendimiento y capacidad), fue despedido "disciplinariamente" en base a la genérica e inconcreta imputación de "*no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento es el que la empresa considera adecuado o idóneo..."*, casi dos meses después de haber tenido un accidente laboral y haber informado

telefónicamente al mismo Jefe de Cocina -dos semanas después- que la duración de su situación de incapacidad no sería corta ni, por consiguiente, su reincorporación inmediata.

6.- Ello no obstante, como sea que en el estadio actual de evolución de la jurisprudencia española ni tan siquiera en el caso de confirmarse dicha "motivación oculta" ello no posibilitaría la calificación del despido como discriminatorio o atentatoria de otro derecho fundamental, este magistrado entendió necesario formular petición prejudicial.

Quinto.- Planteamiento de petición prejudicial ante el TJUE.

1.- En efecto, este magistrado no es la primera vez que aborda una situación como la aquí analizada en la que un despido con formalidad y apariencia disciplinaria ocultaría, en realidad y como "motivo real" del mismo, la situación de incapacidad -de duración incierta- derivada de accidente laboral. Y siempre ha tenido la firme convicción -y así lo ha venido expresando en diversas sentencias dictadas en los últimos años- que, en aquellos casos en los que puede establecerse, aplicando la inversión de la carga de la prueba, tal intencionalidad discriminatoria y/o represiva, el despido debería ser calificado judicialmente de nulidad, por comprometer derechos y principios fundamentales y constitucionales, tanto en el ordenamiento constitucional español como en el comunitario, como son el principio de igualdad y prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física, a la salud y al acceso a las prestaciones de seguridad social (sanitarias y económicas) y el propio derecho al trabajo (que integra el derecho a no ser despedido sino es por un motivo "justo").

2.- Ello no obstante, tales sentencias -y las dictadas por otros jueces en el mismo sentido, bien que muy minoritarias- han sido sistemáticamente revocadas por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y/o, en última instancia, por el propio Tribunal Supremo, que han considerado que -aún establecida o inferida tal intencionalidad reactiva- no cabía calificar dichos despidos ni como discriminatorios ni lesivos del derecho a la integridad física, ni -por consiguiente- se justificaba la calificación de nulidad del despido.

3.- En efecto, *hasta el momento el Tribunal Supremo ha venido entendiendo sistemáticamente 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 para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE (LA LEY 2500/1978), aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación"* (STS 29.1.01, 13.2.02, 12.7.04, 18.12.07, 22.9.08, 27.1.09), elemento de segregación que -por cierto- no ha apreciado en ninguna de las múltiples sentencias que ha dictado (incluso cuando sí lo habían apreciado las STJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06, en Sala General, revocadas por las STS de 11.12.07 y 18.12.07).

4.- *Esta doctrina la ha extendido también el Tribunal Supremo en relación a situaciones en las que, como en el presente caso, la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo* , como se recoge en la STS 12.7.12 al afirmar, previo recordatorio de la doctrina ya expuesta referida al despido "por causa de enfermedad", que " *No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las*

dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.".

5.- El Tribunal Constitucional, hasta el momento, no ha corregido la expuesta doctrina del Tribunal Supremo, sino que -bien que "obiter dicta", al tratarse de una situación singular (un trabajador despedido por ocultar su incapacidad en el momento de la contratación- parece haberla validado plenamente en su sentencia STC 62/08 (LA LEY 61660/2008), al razonar *"que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978) "* y concluir -al final de su fundamentación jurídica- *"que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria."*

Es de señalar, ello no obstante, que dicha sentencia no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión ni de la CDFUE (LA LEY 12415/2007), ni de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000), ni del Convenio 158 OIT, y que sí lo haga el voto particular en contra para fundamentar su discrepancia y defender el carácter discriminatorio del despido.

7.- *No está de más apuntar aquí el indeseado efecto de inseguridad y vulnerabilidad que ha generado esta doctrina en todo trabajador enfermo o que padece un accidente, al propiciar la generalización de los despidos por tal causa. Difícilmente se entenderían despidos como el analizado en el presente caso, con invocación de genérica e inconcreta causa disciplinaria para ocultar el móvil discriminatorio real, sino fuera por la tranquilidad generada -para la empresa que despide- por la expuesta doctrina del Tribunal Supremo, que califica dichos despidos con la simple "improcedencia", y que es invocada sistemáticamente en sede judicial para eludir su calificación como discriminatorios*.

8.- Por consiguiente, a la luz de de los criterios doctrinales expuestos -compartidos por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y no corregidos por el Tribunal Constitucional- ni tan siquiera en la hipótesis fáctica de la demanda entraría en juego la lesión de ningún derecho fundamental, por lo que ya no procedería activar tal inversión probatoria y sí desestimar, de plano, la pretensión principal de al demanda, la declaración de nulidad del despido por su carácter discriminatorio y/o lesivo de derechos fundamentales.

9.- En razón de ello y desde el máximo respeto al expuesto criterio doctrinal, a pesar de discrepar del mismo, *este magistrado se planteó si a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitaria, no pudiera llegarse a solución contraria y considerar que tales despidos (por causa de accidente de trabajo) sí lesionan el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y a la salud, el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social (sanitarias y económicas) y el propio derecho al trabajo (que integra el derecho a no ser despedido sino es por un*

motivo "justo"), principios y derechos recogidos todos ellos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007), tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y, por tanto, forma parte del Derecho primario de la Unión (art. 6.1 TUE).

10.- *Razonaba este magistrado que calificar como meramente "improcedentes", con la mínima indemnización que ello comporte, este tipo de despidos -con la expuesta afectación de derechos fundamentales y/o sociales- resulta difícilmente compatible con " los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho" a la que responde la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007).*

11.- Por ello, ante la manifiesta contradicción entre la propia convicción y la expuesta doctrina de la jurisprudencia interna, consideró necesario plantear al Tribunal de Justícia de la Unión Europea en orden a mantener o, en su caso, abdicar, del criterio mantenido hasta el momento:

1.- ¿Debe ser interpretada la prohibición general de discriminación proclamada en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) en forma que pueda comprender, en su ámbito de prohibición y tutela, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- a causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social.?

2.- ¿Debe ser interpretado el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) en el sentido que la protección que debe otorgarse a un trabajador objeto de un despido manifiestamente arbitrario y carente de causa, debe ser la prevista en la legislación nacional para todo despido que vulnere un derecho fundamental?

3.- La decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social. ¿Entraría en el ámbito de afectación y/o tutela del los artículos 3 (LA LEY 12415/2007), 15, 31, 34.1 (LA LEY 12415/2007) y 35.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) (uno, alguno o todos ellos)?.

4.- Caso que se de respuesta afirmativa a las tres cuestiones anteriores (o a alguna de ellas) y se interprete que la decisión de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, entra en el ámbito de afectación y/o tutela de algunos o alguno de los artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) ¿Pueden ser aplicados por el juez nacional para la resolución de un litigio entre

particulares, ya sea por entenderse que -según se trate de un "derecho" o "principio- gozan de eficacia horizontal o por aplicación del "principio de interpretación conforme"?.

Caso de responderse en sentido negativo a las cuatro cuestiones anteriores, se formula una quinta cuestión:

5.- ¿Entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad" -como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1 (LA LEY 10544/2000),2 (LA LEY 10544/2000) y 3 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral?.

VI.- [sic] La sentencia del TJUE de 1.12.16.

1.- El TJUE, en su sentencia de 1.12.16 (asunto C-395/15), se declara incompetente para responder a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales, referidas a la aplicación directa de distintos derechos fundamentales contemplados en la CDFUE (LA LEY 12415/2007), al entender que "*en la fase actual del procedimiento principal no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta"* (apartado 64) ....*"al ir ligada la aplicación de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) en el litigio principal a la apreciación que realice el juzgado remitente a raíz de la presente sentencia del Tribunal de Justicia..."* (apartado 67).

2.- Por el contrario, sí da respuesta a la quinta cuestión, reformulada por el propio TJUE en términos de "*si el estado del Sr. D. ..., despedido mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal...está comprendido en el concepto de "discapacidad" en el sentido de dicha Directiva"*, en los siguientes términos:

"La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LA LEY 10544/2000), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (LA LEY 26069/2009).

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales."

3.- Para la mejor comprensión de estos "mandatos valorativos" de la parte dispositiva de la sentencia resulta obligado recordar determinados puntos esenciales de los razonamientos previos, que se sintetizan a continuación, especificando el apartado en el que se contienen:

42 Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 53).

43 En consecuencia, la expresión «personas con discapacidad» contenida en el artículo 5 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tengan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior (sentencia de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, no publicada, EU:C:2013:446, apartado 57).

44 Procede añadir que dicha Directiva comprende, en particular, las discapacidades debidas a accidentes (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 40).

45 Por consiguiente, si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) (véase, por analogía, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 41).

46 En el caso de autos, de la resolución de remisión resulta que el Sr. D. fue víctima de un accidente laboral y que se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Procede señalar que, en principio, tal estado físico es reversible.

47 El juzgado remitente precisa que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, a saber, unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. D. seguía enyesado y, por tanto, éste no podía desarrollar su actividad profesional.

48 En estas circunstancias, consta que el Sr. D. ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física. Por consiguiente, para determinar si cabe considerar al Sr. D. una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000), e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es «duradera» en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia.

49 La Convención de la ONU no define el concepto del carácter «a largo plazo» de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de «discapacidad» ni establece el de limitación «duradera» de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.

50 Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, apartado 11, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi, C-511/14, EU:C:2016:448, apartado 36).

51 Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000), debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

52 De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. D. el régimen jurídico de la incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000), interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

53 Por otra parte, el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio ".

54 Por lo que respecta al concepto de carácter «duradero» de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador de la Unión 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 obstaculizada durante un largo período (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 45).

55 Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico.

VII.- Parámetros de enjuiciamiento de la STJUE de 1.12.16.

1.- A la luz de este pronunciamiento, la primera cuestión a dilucidar -en orden a establecer el posible carácter discriminatorio del despido del demandante- es si la limitación que padece a consecuencia del accidente puede calificarse de "duradera" y, por consiguiente, de "discapacidad" a efectos de la tutela de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000).

De la lectura de la parte dispositiva de la sentencia y de los razonamientos previos pueden inferirse los siguientes criterios de valoración para resolver tal cuestión:

- *el hecho de que el demandante este en incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera» (apartado 52), pero tampoco predetermina tal calificación (parte dispositiva).*

- *el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio.* Ello se explícita en apartado 53 y en la parte dispositiva:

"Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona."

-Tanto en el apartado 57 como la parte dispositiva se interpreta que "*al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales".*

VIII.- Aplicación de tales parámetros al presente caso.

1.- A la luz de tales mandatos valorativos establecidos en la sentencia comunitaria, este magistrado, dada la escasa documentación estrictamente médica aportada al acto del juicio (un informe médico traumatológico de fecha 1.4.15, "informe de alta", folio 50 del ramo de prueba de la parte actora, de grafía incomprensible), acordó -por providencia de 7.12.16 y en uso de la facultad del art. 88 LJS (LA LEY 19110/2011)- la práctica de más prueba tendente a acreditar el estado médico del demandante en la fecha del despido, el conocimiento empresarial del mismo en aquel momento y la evolución médica posterior.

2.- El resultado de la prueba practicada en fecha 16.12.16 ha clarificado notablemente dichos extremos fácticos en la forma reflejada en el hecho probado noveno:

"9.- La evolución médica de la lesión sufrida por el demandante desde la fecha del accidente laboral, producido en fecha 3.10.14, ha sido la siguiente (según documentación y pericial médica aportadas):

- Tratado inicialmente con inmovilización y calmantes, al persistir la inflamación y la impotencia funcional, se practicó una primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, con el siguiente diagnóstico: rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular. Rotura fibrilar musculo braquial a nivel anterior a cortical humeral. Rotura parcial ligamento colateral cubital +edema epitróclea. Contusion diafiso-metafisaria proximar del radio.

- Una segunda resonancia magnética de fecha 10.1.15 evidenció "persistencia de signos de rotura ligamento colateral cubital", por lo que en fecha 1.4.15 fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica del Pilar, realizando ligamentoplastia LCC con tendón palmar mayor, siendo dado de alta médica por la Mútua Fremap el 20.7.15.

- Al persistir sintomatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatologia del Hospital de Mataró por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial médica y docs. 1-10 parte actora)."

IX.- Concurrencia de una limitación duradera calificable de "discapacidad".

1.- Nos dice la sentencia comunitaria que "*entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona."*

¿Concurren tales indicios después de la prueba practicada? La respuesta a tal cuestión, a criterio de este magistrado y a la vista de los hechos declarados probados, solo puede ser afirmativa por cuanto:

-La empresa ya conocía, en respuesta del demandante a pregunta del Jefe de Cocina a mediados de octubre de 2014, que su reincorporación no sería "a corto plazo".

-La primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, un mes y medio después del accidente y pocos días antes del despido, objetivó ya diversas lesiones que hacían impensable un reincorporación a corto plazo, en especial la rotura del ligamento: "*rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular. Rotura fibrilar musculo braquial a nivel anterior a cortical humeral. Rotura parcial ligamento colateral cubital +edema epitróclea. Contusion diafiso-metafisaria proximar del radio"*.

-Prueba de ello es que la posterior resonancia magnética de 10.1.15, tres meses después del accidente, si bien objetiva la resolución o disminución de casi todas las lesiones

(edema medular, rotura diafiso-metafisaria, derrame articular, edema trabecular y edema intersticial), constata la persistencia de la más relevante: la rotura del ligamento colateral cubital, lo que determina que tres meses después, el 1.4.15, debiera ser objeto de intervención quirúrgica, ligamentoplastia LCC con tendón palma mayor, de la que no fue alta por curación -por parte de la mutua de accidentes de la empresa- hasta el 20.7.15, casi 10 meses después del accidente.

- Al persistir sintomatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta por la mutua patronal- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatologia del Hospital de Mataró (sanidad pública), por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial médica y docs. 1-10 parte actora).

2.- A la luz de tales elementos fácticos, y respecto del segundo pronunciamiento de la sentencia comunitaria, sólo puede concluirse -como ya se ha anticipado- que, *en la fecha del despido, 26.11.14, estando el demandante en situación de "incapacidad temporal" por causa del accidente laboral sufrido el 3.10.14, la limitación que padecía el demandante no " presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo" - como se objetiva en la resonancia magnética de 14.11.16, pocos días antes del despido- y, en todo caso, que la misma " se prolongó significativamente" hasta completar un período de casi diez meses (al no emitirse el alta médica emitida por la mutua de accidentes en fecha 20.7.15), persistiendo incluso a partir de tal fecha sintomatología e inestabilidad articular que ha justificado que siguiera recibiendo tratamiento por parte de la sanidad pública.* Se constata, pues, que la limitación del demandante ha sido notablemente más "duradera" que las de las Sras. Ring y Werge (5 y 3,5 meses, respectivamente), demandantes en la STJUE 11.4.13 "Ring", de obligada referencia.

La situación analizada, al concurrir ambos "indicios" indicados por la sentencia comunitaria, -la evidencia, ya en la fecha del despido de no recuperación a corto plazo, confirmada por la significativa prolongación de la incapacidad temporal hasta un total de casi 10 meses (desde el accidente hasta el alta médica)- debe ser considerada indiscutiblemente una "limitación duradera" y, por consiguiente, una situación de "discapacidad" a efectos de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000).

3.- Dicha conclusión, ello no obstante, no determina necesariamente la calificación como discriminatorio del despido impugnado. Como señala el apartado 58 de la sentencia prejudicial, "*en caso de que el juzgado remitente llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del Sr. D. es «duradera», hay que recordar que un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva*".

X.- Concurrencia de discriminación por discapacidad en el despido del actor.

1.- El artículo 2 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) define el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación en los siguientes términos.

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda[n] ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.»

2.- Partiendo, pues, de estas definiciones debemos plantearnos si -tal como se denuncia en la demanda- el despido del demandante tuvo por "causa" su situación de discapacidad, entendida como "limitación duradera", o, alternativamente, ha generado el "efecto" de obstaculizar o anular su derecho a la estabilidad en el empleo por dicho motivo.

3.- Este magistrado, en distintos apartados del auto de fecha 15.7.15 mediante el que planteó las diversas cuestiones prejudiciales, ya expresó su plena convicción, después de celebrado el acto del juicio, de que el despido del demandante tuvo por única causa su situación de discapacidad, entendida como "limitación duradera". Tal convicción se ha visto reforzada después de la práctica de las pruebas acordadas como diligencias probatorias, que no sólo incluyó un informe pericial y más extensa documentación médica, sino un nuevo interrogatorio al demandante, al Jefe de Cocina y a la responsable de RRHH de la empresa demandada:

4.- En efecto, *el despido mediante una lacónica, genérica e inconcreta imputación disciplinaria, 53 días después de sufrir un accidente laboral, a un trabajador que -en el exigente contexto profesional de un restaurante de lujo- había superado el período de prueba, se le había ampliado la jornada de parcial a tiempo completo, y se le había prorrogado el contrato eventual hasta el límite máximo de duración (un año), comporta un incontestable "panorama indiciario" de que dicho despido tuvo por única causa la prolongación de la situación de incapacidad temporal del demandante y la propia comunicación del demandante al Jefe de Cocina que su reincorporación no sería a corto plazo.*

La demandada, por boca del Jefe de Cocina, ni en el acto del juicio ni en la práctica de las diligencias probatorias finales (aún con el auxilio de la responsable de RRHH), pudo desvirtuar tal panorama indiciario, al ni tan siquiera concretar ningún hecho o actitud del demandante que justificara la genérica imputación de "*no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo*". En otras palabras, no ha aportado una explicación objetiva y razonable de la razón del despido del actor, que pudiera desvirtuar aquel potente panorama indiciario de la intencionalidad discriminatoria del despido.

5.- *Ciertamente, podría objetarse que en la fecha del despido ("del hecho presuntamente discriminatorio", en palabras de la STJUE 1.12.16), la empresa no podía saber que la situación de incapacidad del demandante se iba a prolongar, aún, ocho meses más, hasta el alta del alta médica por la Mútua Fremap el 20.7.15, esto es, que la "limitación de capacidad" (incapacidad temporal) iba a prolongarse hasta un total de casi diez meses. Pero lo determinante, a la luz de la doctrina sentada en la STJUE 1.12.16 es, situados en la fecha del despido, que -transcurridos más de 53 días desde el accidente y después de la indicación del demandante al Jefe de Cocina- la empresa era perfecta conocedora que su limitación " no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo".*

Expresando la cuestión en otros términos: la convicción que alcanza este magistrado es que la causa real del despido no fue el mero hecho del accidente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal en si misma (ya que ello hubiera determinado el despido inmediato), sino la percepción empresarial, 53 días después del accidente y después de la comunicación del demandante, que tal incapacidad temporal se tornaba en "duradera", sin " *una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*". Y es por ello que el despido impugnado debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad.

6.- Ciertamente, es consciente este magistrado que tal conclusión choca frontalmente con la doctrina ya referida del Tribunal Supremo y (STS 29.1.01, 13.2.02, 12.7.04, 18.12.07, 22.9.08, 27.1.09, 12.7.12, entre otras), que ha venido considerando 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 para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE (LA LEY 2500/1978), aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación*", criterio refrendado por el propio Tribunal Constitucional, que en su sentencia STC 62/08 (LA LEY 61660/2008) razonó "*que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)* " añadiendo -al final de su fundamentación jurídica- "*que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.*"

7.- Es también una realidad a tener en cuenta que este criterio jurisprudencial interno, al descartar el carácter discriminatorio de despidos como el ahora analizado en base a estos criterios de *"estricta funcionalidad"* o de *"falta de rentabilidad en el mantenimiento del puesto de trabajo"* del trabajador enfermo o accidentado, ha generado -en la práctica de las relaciones laborales de nuestro país- la convicción de que el empresario podía despedir

-sin necesidad de causa objetiva o disciplinaria "real"- al trabajador enfermo o accidentado, asumiendo el coste económico de la declaración de improcedencia, con la seguridad de que dicho despido no sería calificado de discriminatorio. Y es muy posible que, en el presente caso, el despido del actor se decidiera desde la seguridad o confianza generada por esta doctrina.

8.- Pero parece claro que la STJUE de 1.12.16 obliga necesariamente a modificar dicha doctrina en el sentido de que la *"perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa,"* deberá ceder, necesariamente, ante la prohibición de discriminación por discapacidad -directa e indirecta- establecida en la Directiva, como mínimo cuando tal "incapacidad" pueda devenir "duradera"..

9.- En efecto, *parece claro que aquellos "factores" de "estricta funcionalidad" o de "falta de rentabilidad" que, según aquella doctrina, impedían calificar como discriminatorios dichos despidos ya no podrán seguir validando como "justificación objetiva para una finalidad legítima" -en los términos del art. 2.2.b.i) de la Directiva- que impida la apreciación de discriminación, como mínimo en situaciones como la analizada en el presente caso en el que la incapacidad temporal deviene una "limitación duradera"*. Y menos aun cuando nuestro marco normativo contempla distintos instrumentos jurídicos para salvaguardar aquellos legítimos intereses empresariales (los criterios de "funcionalidad" y "rentabilidad"), como son el despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por ausencias intermitentes (art. 52, a) y d) ET), así como la posibilidad instar revisiones médicas que validen o revisen la situación de incapacidad.

10.- *Por consiguiente y a modo de conclusión: El despido del trabajador accidentado, casi dos meses después del accidente, cuando seguía de baja médica y había informado que su reincorporación no sería a corto plazo, constituye -pues- una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una "barrera" al impedir su recuperación y, con ella, "la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores "*.

XII.- [sic] La posible afectación de otros derechos fundamentales recogidos en la CDFUE (LA LEY 12415/2007).

1.- A pesar que la anterior conclusión ya determina la estimación de la pretensión principal de la demanda, los mandatos de exhaustividad y congruencia establecidos en el art. 218 LEC (LA LEY 58/2000) y en el art. 96 LJS (LA LEY 19110/2011) hacen obligado analizar la posible concurrencia de las otras denuncias formuladas en la demanda y objeto, a su vez, de las cuestiones prejudiciales elevadas ante el TJUE.

2.- El TJUE, en su sentencia prejudicial, se ha declarado incompetente para resolver las cuestiones referidas a la CDFUE (LA LEY 12415/2007), al considerar que "*no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de la aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta*", en rigurosa aplicación del art. 51 CDFUE (LA LEY 12415/2007).

3.- Como se ha razonado en los fundamentos jurídicos anteriores, la nueva prueba practicada -a la luz de los criterios proporcionados por la propia sentencia prejudicial- ha llevado a la conclusión ya expuesta de calificar el despido como discriminatorio por causa de discapacidad, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) y, por ende, en el art. 21.1 de la CDFUE (LA LEY 12415/2007). Con ello se cumpliría la condición previa -la afectación de una norma comunitaria distinta a las de la propia Carta- para entrar a analizar la posible lesión de otros derechos fundamentales concernidos.

4.- Cabe añadir, ello no obstante, que -aún cuando no se hubiera constatado dicha afectación de otra norma comunitaria- ello no impediría entrar a conocer de la posible lesión de otros derechos fundamentales proclamados en la CDFUE (LA LEY 12415/2007), que -según proclama el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (LA LEY 109/1994)- "*tiene el mismo valor jurídico que los Tratados*".

5.- En efecto, como señala la doctrina científica más autorizada (José Rafael Marín Aís, "*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) y su aplicación en España*"), el TJUE designa al juez nacional (sin distinción entre juez ordinario y juez constitucional) como el garante de la aplicación ordinaria y uniforme del Derecho comunitario en los estados miembros. Y los particulares en sus alegaciones ante los órganos jurisdiccionales internos pueden invocar preceptos de la Carta que contengan derechos subjetivos a su favor, indistintamente de si el procedimiento implica aplicación del Derecho de la Unión (como en el presenta caso) o no, ya que las disposiciones de la CDFUE (LA LEY 12415/2007) se benefician de dos principios estructurales que rigen las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos internos: la primacía y la eficacia directa. Ambos principios tienen sentido cuando la aplicación de las disposiciones de la Carta tiene lugar a través del artículo 93 CE (LA LEY 2500/1978) y no solamente cuando se limitan a ser empleadas como mero canon hermenéutico. Gozarán de eficacia directa siendo por tanto invocables ante los tribunales ordinarios para recabar su tutela judicial aquellos derechos establecidos en la Carta de un modo preciso, claro, no sujeto a condición, sin remisión a las prácticas y legislaciones nacionales o comunitarias.

6.- Debe añadirse, además y en todo caso, que por mandato del art. 2 la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (LA LEY 9934/2008), por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007), "*A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española (LA LEY 2500/1978) y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007), las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales*".

Y, de hecho, el propio Tribunal Constitucional ha invocado en numerosos pronunciamientos la CDFUE (LA LEY 12415/2007) como clave hermeneútica para la

interpretación de diversos derechos fundamentales (STC 292/00 (LA LEY 11336/2000), STC 53/02 (LA LEY 3024/2002), STC 138/05 (LA LEY 1328/2005), STC 273/05 (LA LEY 1947/2005), STC 17/06, STC 41/2006 (LA LEY 365/2006) y STC 176/2008 (LA LEY 198334/2008)).

Ello plantea la cuestión, siguiendo también en esto a Jose Rafael Marín Asís, de si la CDFUE (LA LEY 12415/2007) y por la vía interpretativa ex art. 10.2 CE (LA LEY 2500/1978), puede comportar que derechos que hasta ahora habían sido considerado estrictos "derechos constitucionales", en nuestro marco constitucional, puedan cobrar ahora dimensión de "derecho fundamental", con la relevante consecuencia que ello pueda tener en orden a su tutela judicial.

7.- Asumiendo plenamente esta hipótesis, se aborda a continuación la posible afectación en el presente caso de otros "derechos fundamentales".

XIII.- Derecho fundamental a protección en caso de despido injustificado (art. 30 CDFUE (LA LEY 12415/2007)).

1.- Dispone el art. 30 CDFUE que *"todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacional."*

El documento de "explicaciones" de la CDFUE (LA LEY 12415/2007) (2007/C 303/02) refiere que este precepto se inspira en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, que, en su epígrafe a), dispone -como derecho que debiera ser reconocido por las "Partes"- " *el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio"*, y -en su epígrafe b)- " *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada"*.

La relevancia del derecho a la " *protección en caso de despido injustificado"* proclamado en el art. 30 CDFUE (LA LEY 12415/2007), pues, radica en el rechazo del "despido sin causa" o arbitrario, consagrando la exigencia de causalidad, todo ello en clara congruencia no sólo con el referido art. 24 de la Carta Social, sino también con el modelo de relaciones laborales establecido en todos los estados miembros de la Unión Europea, y de la que también es expresión el Convenio 158 OIT -ya referido anteriormente- en cuya artículo 4 se dispone que " *no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio*."

2.- Tal "derecho fundamental" proclamado en el art. 30 CDFUE (LA LEY 12415/2007) es plenamente congruente con la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación al derecho constitucional al trabajo proclamado en el art. 35 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), en sus sentencias STC 22/81 (LA LEY 187/1981) y 192/03 (LA LEY 2902/2003), ha venido reiterando que "*tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma.*", añadiendo a continuación que "*ello no quiere decir que, como poder*

empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35 (LA LEY 2500/1978). 1 y 38 CE (LA LEY 2500/1978) y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho", para concluir que "*No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio (LA LEY 187/1981), FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978)) se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa* ".

3.- *Parece fuera de toda duda o discusión que el despido de un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, al margen del carácter discriminatorio por discapacidad ya apreciado, contraviene frontalmente el mandato -derecho o principio- del art. 30 CDFUE (LA LEY 12415/2007)* .

4.- La cuestión es si la mera calificación de "*despido improcedente*" (en terminología legal española) -con las consecuencias de condena ya expuestas (una mínima indemnización de 21 días de salario, en el caso del demandante)- satisface el "*derecho a protección"* que confiere el art. 30 CDFUE (LA LEY 12415/2007) (y, como norma "inspiradora", el art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961)), frente a un despido manifiestamente injustificado o arbitrario.

5.- En la normativa española actualmente vigente (arts. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 LRJ), la calificación de "improcedencia" del despido se establece en caso de no quedar acreditada la causa disciplinaria u "objetiva" invocada por la empresa, o la misma se valore como insuficiente o falta de proporcionalidad, o concurra algún incumplimiento formal, pero no para el "despido sin causa" o "arbitrario". Y la única indemnización se reduce (salvo que el empresario opte por la readmisión, cosa inhabitual), al pago de una indemnización de 33 días de salario por año de antigüedad (art. 56 ET). La calificación de "nulidad" se reserva para despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales, y en tal caso la condena es a la readmisión y al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión (arts. 55.5 y 55.6 ET y art. 113 LRJS (LA LEY 19110/2011)).

6.- Hasta el año 1993, El Tribunal Supremo español había venido sancionado los despidos "arbitrarios" o "sin causa" con la "*nulidad radical por fraude de ley"*, fundándose en el art. 6.4 del Código Civil (LA LEY 1/1889), dado el "*el alto grado de arbitrariedad manifestada en el acto del despido, para cuya fundamentación se alegó causa inexistente, dolosamente inventada, con el fin torticero de lograr una declaración de improcedencia que permitiera, mediante la compensación económica, la definitiva desvinculación del hoy recurrente*". (SSTS 11-4-90, 16-5-90, 5-6-90, 18-6-91 y STS 30-11-91).

7.- Sin embargo, ese criterio fue sustancialmente modificado por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 (LA LEY 1213/1990) y la aplicación de la denominada Reforma Laboral de 1994 (SSTS de 2.11.93, 19.1.94 y 23.05.1996, entre otras), eliminando la figura de la "*nulidad radical por fraude de ley*" (de creación jurisprudencial), al no haberla recogido el legislador en las nuevas normas sustantivas y procesales. No recondujo dicha figura -como aconsejaba algún sector de la doctrina científica- a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE (LA LEY 2500/1978)), por la manifiesta indefensión que se generaba al trabajador, que desconocía la causa real de su despido.

8.- *La convicción de este magistrado es que la proclamación como "Derecho Fundamental de la Unión Europea" del " Derecho a la protección en caso de despido injustificado" es incompatible con la expuesta "práctica nacional" (jurisprudencial, no legislativa), de calificar este tipo de despidos "arbitrarios" o "sin causa" con la simple " improcedencia", con la mínima indemnización que ello comporta. Dada la existencia en el ordenamiento interno de normas sustantivas y procesales internas que califican como "nulo" todo despido con vulneración de un "derecho fundamental", el mandato del art. 10.2 CE (LA LEY 2500/1978) debiera determinar la calificación de "nulidad" de un despido manifiestamente arbitrario o fraudulento por carecer de causa real,* tal como había venido entendiendo el Tribunal Supremo hasta 1994.

10.- Tal solución garantizaría una respuesta no sólo acorde al propio art. 30 CDFUE (LA LEY 12415/2007), sino al art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) que le inspira (según el documento de "explicaciones"), que dispone " *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada*" y a la propia doctrina constitucional española ya referida (STC 22/81 (LA LEY 187/1981) y 192/03 (LA LEY 2902/2003)).

XIII.- [sic] Otros derechos fundamentales integrados en la CDFUE (LA LEY 12415/2007) afectados.

1.- La decisión empresarial de despedir al demandante, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación "discapacidad" por causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social puede haber afectado a otros derechos fundamentales proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007), en concreto, los que se detallan a continuación.

2.- Art. 3.1 CDFUE (LA LEY 12415/2007). Derecho a la integridad física y psíquica de la persona.

Es consciente este magistrado que, hasta la fecha, los pocos pronunciamientos del TJUE respecto a este derecho -antes y después de la promulgación de la CDFUE (LA LEY 12415/2007)- se han referido, exclusivamente, a las cuestiones tuteladas en el apartado 2º del art. 3, en el marco de la medicina y la biología (sentencias de 9.10.01, 229.4.02, entre otras). También es cierto que el documento de "explicaciones" de la CDFUE (LA LEY 12415/2007) ((2007/C 303/02), sólo se refiere y da pautas de interpretación respecto a dicho segundo apartado. Pero nada de ello permite suponer que, al margen de los concretos derechos y prohibiciones establecidas en dicho apartado segundo, el

apartado primero no permita integrar en el mismo otras situaciones distintas como la contemplada en el presente litigio.

Considera este magistrado que, aun no habiendo quedado acreditada la presión previa al demandante para que pidiera el alta médica y cesara en la situación de incapacidad temporal, el despido por causa de estar en dicha situación constituye una lesión al "derecho a la integridad física", en tanto que ha sido despedido por ejercer su derecho a alcanzar tal recuperación.

Coadyuva a tal conclusión, en primer lugar, la propia "tradición constitucional" interna: el Tribunal Constitucional español ha reconocido en diversas sentencias (STC 62/07 (LA LEY 10697/2007), 74/07 (LA LEY 14426/2007) y 160/07 (LA LEY 61235/2007)) que "*en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE (LA LEY 2500/1978)), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE (LA LEY 2500/1978)), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE (LA LEY 2500/1978)).*", añadiendo que *"el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal"* y *"si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma"*, sí concurriría si *"una determinada actuación u omisión de la empleadora"* en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral *"podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado"*, concluyendo que *"tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE (LA LEY 2500/1978) cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta"*.

Por otra parte, como "obligación internacional común", el Estado Español, como gran parte de los estados miembros de la Unión Europea, ratificó en fecha 18.2.85 (sin reserva o exclusión alguna) el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo artículo 6.1 se establece que "*La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.*" El informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado "Estudio General de 1995", en su párrafo 13, y en relación a la remisión que efectúa el art. 6-2 del Convenio 158 OIT a los estados miembros de incidir en la definición de la ausencia temporal del trabajo, se razona "*que si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, a su juicio, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor*".

2.- Art. 15.1 CDFUE (LA LEY 12415/2007). Derecho a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. art. 31.1 CDFUE. Derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud su seguridad y su dignidad.

Estos dos derechos son indisociables y se analizan conjuntamente: tienen que conectarse necesariamente con el art. 151 TFUE (LA LEY 6/1957) , por el que se proclama que "*La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961), 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.*"

El documento de "explicaciones" de la CDFUE (LA LEY 12415/2007) ((2007/C 303/02) refiere que el art. 15.1 se inspira asimismo en el apartado 2 del artículo 1 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros, así como en el punto 4 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989. La expresión «condiciones laborales» se entenderá en el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957).

En directa conexión con el art. 15, el apartado 1 del art. 31 CDFUE (LA LEY 12415/2007) consagra tres valores inherentes al derecho a trabajar: la salud, la seguridad y la dignidad.

Y según el documento de "explicaciones" de la CDFUE (LA LEY 12415/2007) (2007/C 303/02), se basa en la Directiva 89/391/CEE (LA LEY 3736/1989), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en el artículo 3 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) y en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (ya reproducido) así como, y, en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada. La expresión «condiciones laborales» debe entenderse según el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957).

La Directiva 89/391/CEE (LA LEY 3736/1989), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, dispone, en su art. 6.1 que, "*En el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios.*"

A su vez el artículo 26 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961), bajo el título " *Derecho a la dignidad en el trabajo* ", dispone que "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de todos los trabajadores a la protección de su dignidad en el trabajo, las Partes se comprometen previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores: 2.a promover la sensibilización, la información y la*

prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas".

A la luz de tales mandatos, *en opinión de este magistrado, parece claro y manifiesto que el despido de un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, atenta a su derecho a la salud -en tanto en que interfiere en el necesario descanso y tratamiento médico para recuperar la misma-, a la seguridad -en tanto que pierde el empleo por causa de ejercer su derecho a proteger su salud- y a la dignidad, en tanto que esta actuación empresarial sólo puede ser percibida como hostil y ofensiva, en tanto que supone un claro desprecio a sus derechos como trabajador y ciudadano.*

3.- Artículo 34. CDFUE (LA LEY 12415/2007) Derecho a la Seguridad social. Art. 35. Derecho a la Protección de la salud

Ambos derechos constan recogidos -según el documento de "explicaciones a la CDFUE"- en los artículos 153 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957), así como en los artículos 11 (LA LEY 55/1961), 12 (LA LEY 55/1961) y 13 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) y en el punto 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La Unión debe "respetarlos" en el ejercicio de las competencias que le confieren los artículos 153 (LA LEY 6/1957) y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) .

Esta obligación de "respeto" de tales derechos debería determinar, a criterio de este magistrado, que una decisión empresarial de despedir a un trabajador por causa de ejercer dos derechos tan fundamentales -como el de recibir prestaciones sanitarias y económicas, en situación de incapacidad temporal por causa de un accidente de trabajo- debiera entenderse que lesiona, también, ambos derechos fundamentales proclamados en la CDFUE (LA LEY 12415/2007), debiendo determinar asimismo la calificación judicial de nulidad del despido por atentar a tales derechos fundamentales.

XIV.- Las consecuencias de condena.

1.- La declaración nulidad deberá comportar, obviamente, la condena a la readmisión inmediata del actor en sus anteriores condiciones de trabajo, viniendo la empresa obligada a los ajustes razonables en su puesto de trabajo o funciones que exija la limitación residual que pueda restarle al demandante, de conformidad a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000).

2.- Debe señalarse, en tal sentido, que si bien el contrato del trabajador estaba formalizado como eventual, la inconcreción de la causa de eventualidad en el propio contrato inicial como la evidencia del carácter permanente de su puesto de trabajo en la sección de "calientes" ha evidenciado el carácter permanente de sus funciones. Probablemente por ello, la hipotética extinción por cumplimiento del plazo de eventualidad, fijada para el día 15.4.15, ni tan siquiera fue alegada en la contestación a

la demanda en el acto del juicio como fecha limitativa de los efectos de una hipotética sentencia estimatoria.

3.- Corresponderá el pago de los salarios de tramitación, sin perjuicio del descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo.

4.- Procede asimismo acceder al pago de la indemnización resarcitoria reclamada, 6.251 € por daños morales, y 2.841,56 € por daños materiales, importes respecto a la cual nada objetó la demandada al contestar a la demanda, más allá de oponerse a la propia pretensión.

En todo caso, el primer importe, 6251 €, en aplicación de la práctica forense habitual, se corresponde con el importe mínimo de la sanción fijada en la LISOS (LA LEY 2611/2000) por infracción muy grave por discriminación, mientras que el segundo resarce el importe de la minuta profesional del letrado del demandante.

Por todo lo expuesto,

F A L L O

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por M.D. contra BOOTES PLUS SL, declaro la nulidad del despido notificado el 26.11.14, por constituir una discriminación por razón de discapacidad y lesionar otros derechos fundamentales de la CDFUE (LA LEY 12415/2007), condenando a la referida empresa a:

1.- La readmisión inmediata del actor en sus anteriores condiciones de trabajo, viniendo la empresa obligada -si fuera preciso- a los ajustes razonables en su puesto de trabajo o funciones que exija la limitación residual que pueda restarle al demandante, de conformidad a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000).

2.- Al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que tenga lugar la readmisión, sin perjuicio del descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo devengadas.

3.- Al pago de la indemnización resarcitoria de 6.251 € por daños morales, y 2.841,56 € por daños materiales.

Con absolución del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de su responsabilidad legal en caso de insolvencia empresarial.