

en la que además de observar las formalidades previstas en el artículo 166 del *Reglamento del Registro Mercantil*, deberá incluirse el contenido íntegro del acuerdo de delegación aprobado por la junta general de accionistas, la cuantía dispuesta respecto del límite de la delegación y la que queda por disponer (artículo 167 del *Reglamento del Registro Mercantil*). Una vez inscrita la escritura, se estará en disposición de acometer los trámites necesarios para la admisión a negociación de las nuevas acciones.

A modo de conclusión

Esta aproximación a la figura del ABO permite concluir que estamos ante un procedimiento de importancia creciente en el mercado primario español, cuya mayor virtud es la de permitir que se aprovechen las «ventanas de mercado» para allegar al emisor los recursos necesarios para el desarrollo de sus actividades, limitando el riesgo de pérdida de oportunidades por retrasos en el proceso de captación de dichos recursos.

JAVIER TORTUERO ORTIZ (*)

EL DESPIDO MOTIVADO EN LA BAJA POR ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR. ¿IMPROCEDENCIA? ¿NULIDAD? COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 4 DE DICIEMBRE DE 2007

Introducción

Mediante las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 2007, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de diciembre de 2007, parece haberse resuelto el debate judicial sobre la calificación que merece la extinción de un contrato de trabajo motivada en la baja por enfermedad de un trabajador.

Según ambas sentencias, el despido de un empleado durante su baja por enfermedad (que cumpla los requisitos formales exigidos por la normativa) es improcedente y no nulo, ya que, salvo alguna

excepción que se expondrá más adelante, ni es discriminatorio ni vulnera ningún otro derecho fundamental del trabajador.

Improcedencia frente a nulidad

Los artículos 53.4 y 55.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el «ET») y los artículos 108.2 y 122.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (la «LPL») disponen que será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española (la «CE») y en la Ley, o se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

En relación con las causas discriminatorias prohibidas en la Ley (y que si alguna de ellas es la causa del despido conllevará su nulidad), el artículo 4.2.c) del ET dispone que, en la relación laboral, «los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado Español. Tampoco podrán ser discriminados, por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

La relevancia de la calificación del despido como improcedente o nulo estriba en que en los supuestos de despido improcedente, esto es, en los supuestos de despido en los que no se acredite, bien el cumplimiento de la causa legal comunicada al trabajador en un despido por causas objetivas, bien el grave y culpable incumplimiento alegado por el empresario en un despido disciplinario, se condenará al empresario a que opte (salvo si el trabajador es un representante legal de los trabajadores, en cuyo caso el derecho de opción le corresponderá al empleado) entre abonar al trabajador una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades (o, en su caso, la mayor indemnización acordada entre las partes) o readmitirle en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, abonándole además, en cualquiera de las dos opciones (con carácter general),

(*) Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido. En el caso de que se declare el despido nulo, esto es, si ha tenido como móvil alguna causa de discriminación, o se hubiera producido con violación de los derechos fundamentales del trabajador, el empresario es condenado «a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir» (artículos 53.5 y 55.6 del ET y 113 y 123.2 de la LPL), quedando abierta, en su caso, la posibilidad de que el trabajador despedido reclame una indemnización adicional por los daños causados por la vulneración de sus derechos fundamentales.

Antecedentes

El debate judicial sobre esta materia parecía haber sido resuelto con anterioridad por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 (aplicada en el mismo sentido posteriormente por, entre otras, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 y 23 de mayo de 2005) y por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), que, al analizar dos extinciones contractuales realmente basadas en las bajas por enfermedad de sendos trabajadores, concluyeron la improcedencia de sus despidos y no su nulidad al no haber existido trato discriminatorio. Sin embargo, el análisis de ambos tribunales sólo se centró en la alegada vulneración del artículo 14 de la CE, ya que fue el único derecho constitucional invocado.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, dictada en casación para la unificación de doctrina, revoca una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de febrero de 2000, que consideró discriminatorio el despido de un trabajador motivado por sus continuas bajas por enfermedad, al entender que era contrario al último inciso del artículo 14 de la CE, esto es, discriminación por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argumenta que tal decisión extintiva, meramente basada en la conveniencia empresarial de prescindir de un trabajador que ha permanecido en activo menos de cuatro meses en un año, «discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, que como se ha apuntado casa y

anula la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declara que «la enfermedad [...] no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española» que, afirma el Tribunal Supremo, «no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta». Sigue argumentando el Tribunal Supremo que «esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo [...]. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad».

Por su parte, la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006, resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid «sobre la interpretación, en lo que atañe a la discriminación por motivos de discapacidad, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y, con carácter subsidiario, sobre la eventual prohibición de una discriminación por motivos de enfermedad». Esta Directiva, transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, prohíbe cualquier discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, incluida literalmente la de despido por causa de discapacidad.

Declara el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en primer lugar, que el despido de una persona exclusivamente motivada por una enfermedad no está incluido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad y que «es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos (enfermedad y discapacidad)». En este sentido, el Tribunal Europeo argumenta que, en materia de despido, «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». En segundo lugar y, en relación con la cuestión prejudicial planteada con carácter subsidiario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirma que «ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal» y, en consecuencia, que la enfermedad no puede conside-

rarse como un motivo de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78.

El debate judicial, que como se ha mencionado anteriormente parecía resuelto, volvió a plantearse cuando la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó dos sentencias, ambas de 18 de julio de 2006, en las que, acatando la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la inexistencia de discriminación y, en consecuencia, de vulneración del artículo 14 de la CE en los supuestos de despidos motivados exclusivamente por la baja por enfermedad de los trabajadores, consideró que los dos despidos analizados eran nulos (y no improcedentes) por vulnerar los derechos constitucionales de dignidad y de integridad física de los trabajadores recogidos en los artículos 10.1 y 15 de la CE respectivamente.

Así, el debate sobre la materia se volvía a plantear, pero desde un prisma distinto, esto es, desde la posible vulneración de los derechos constitucionales de dignidad de la persona y de su integridad física.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007, dictada en casación para la unificación de doctrina, casa y revoca una de las dos sentencias dictadas por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2006 que se ha mencionado anteriormente.

La decisión extintiva analizada en esta sentencia se produjo cuando una empleada se encontraba de baja por enfermedad al haber sufrido un infarto de miocardio. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que este despido era nulo al vulnerar los derechos de dignidad y de integridad física de la trabajadora. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid argumentó que *«el derecho a la salud, o mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal»* (artículo 15 de la CE) y que, *este derecho fundamental se vulnera «cuando del ejercicio del derecho a recibir asistencia sanitaria manifestada en la exoneración de trabajar por prescripción médica, por imposibilidad, y con el objeto de recuperar salud, se deriva algún perjuicio»*, como puede ser la pérdida de empleo.

Aplicando el concepto de garantía de indemnidad, de creación constitucional, entendido como la exención de represalias para quien ejerce un derecho o hace valer su posición jurídica, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid justificó su decisión de declarar nulo el despido afirmando que el trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, *«pues mal podría ser efectivo el derecho a recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa»*.

Entendió asimismo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que el despido basado en la baja por enfermedad de la trabajadora también vulneraba el derecho a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), estrechamente vinculado en este supuesto al derecho fundamental a la integridad física, que, en palabras de este tribunal, *«ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar»* y que *«nuestro sistema de valores constitucionales no permite la consideración de la persona del trabajador unilateral y exclusivamente como una mera fuerza de trabajo, determinada hasta en su salud por la voluntad unilateral del empresario aplicando patrones de eficiencia económica estricta»*.

Frente a estas argumentaciones, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007, que como se ha expuesto casa y anula la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, declara que el despido basado en la baja por enfermedad de la trabajadora no fue una represalia por haber ejercitado su derecho a la salud ni vulnera sus derechos a la dignidad personal y a la integridad física recogidos en los artículos 10.1 y 15 de la CE. En relación con este último derecho, afirma el Tribunal Supremo que no puede asimilarse, tal y como así lo hace el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el derecho a la protección de la salud, regulado en el artículo 43.1 de la CE, que es un principio rector de la política económica y social, no un derecho fundamental y, en consecuencia, *«no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley»*.

El Tribunal Supremo niega que se haya vulnerado el derecho fundamental a la integridad física, ya que, en su opinión, éste debe entenderse como *«el derecho de la persona a no sufrir lesión o menoscabo en*

su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento, lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto de autos, en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal (intocados por el despido) sino más bien el derecho al trabajo —incluso en situaciones de infortunio físico— (art. 35 CE)».

En relación con la argumentada vulneración del derecho a la dignidad de la persona, el Tribunal Supremo rechaza su invocación como base de la declaración de la nulidad del despido, por no tratarse de un derecho fundamental susceptible de protección autónoma, *«de manera que la falta de vulneración de alguno de estos derechos (fundamentales) comporta la inargumentabilidad de aquél como base para la decisión a la que la sentencia recurrida ha llegado».*

Concluye la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 que, al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental, procede declarar la improcedencia del despido en lugar de la nulidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo recuerda que su decisión hubiese sido distinta si la trabajadora se hubiera visto afectada por una discapacidad producida por el propio infarto de miocardio que determinara la permanente limitación en su capacidad vital y laboral, ya que, entonces, sería aplicable la garantía de trato igualatorio proporcionada por el artículo 4.2.c) del ET, que como se ha dicho anteriormente prohíbe cualquier tipo de discriminación en el empleo por motivos de discapacidad (y que es el resultado de la transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000).

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de diciembre de 2007

Reunida en Pleno *«a fin de formar un criterio unitario»*, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid también parece poner fin a este controvertido debate (pese a la formulación de votos particulares al fallo por los magistrados discrepantes), y declara que la extinción de un contrato de trabajo que se sustente en la baja por enfermedad de un trabajador ni es discriminatorio ni vulnera ningún derecho fundamental del trabajador despedido.

En el supuesto analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid la trabajadora demandante es despedida por causas objetivas, junto con otros

ocho trabajadores, con motivo de la reestructuración de la plantilla de la empresa demandada.

La trabajadora demandante y recurrente en suplicación alega, con apoyo en las dos mencionadas sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2006, que su despido debía ser considerado nulo por haber vulnerado la empresa sus derechos a la dignidad personal y a la integridad física regulados en los artículos 10.1 y 15 de la CE. Para ello se basa en el tenor de la propia carta de despido que le fue entregada y que menciona que, debido a sus constantes bajas por enfermedad en los últimos meses, *«su nivel de productividad y rentabilidad es muy inferior al de su compañero de departamento».*

Afirma de forma rotunda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que el derecho fundamental a la integridad física no sólo no se vulneró por el despido, sino que ni siquiera llegó a entrar en juego. Así, declara el tribunal que *«el trabajador que se halla de baja por incapacidad temporal y está recibiendo la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social no está ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la Constitución, ni cabe sostener que tal situación esté amparada por ese precepto».* Continúa argumentando el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en esos casos, el trabajador *«está ejercitando los derechos que derivan de los arts. 41 y 43 de la Constitución, y si se entendiera que la actuación empresarial despidiendo al trabajador tiene relación con algún derecho constitucional, éste no sería el derecho a la integridad física, sino otros que no tienen rango de derechos fundamentales, ya que se trata de principios rectores de la política social y económica».*

Ahondando en la inaplicación del derecho fundamental a la integridad física, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que este derecho fundamental protege frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano que dañen la integridad corporal, que supongan un peligro grave y cierto para la salud, o que se produzcan sin consentimiento del afectado, lo que, en opinión de este tribunal no sucede en los supuestos de despido.

Finalmente y, en relación con la invocación del derecho a la dignidad personal, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que *«resulta excesivo vincular la dignidad humana con el despido que en efecto es injusto por causa de enfermedad, como lo es por otros motivos que no se ajustan a derecho».* Según el tribunal, el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos resarcitorios para los despidos que no encuentran amparo jurídico, sin que se

pueda tachar de contrario a la dignidad humana el despido en situación de baja por enfermedad a los efectos de declarar su nulidad.

En consecuencia, al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental de la trabajadora, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de diciembre de 2007, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia que consideró el despido improcedente y no nulo.

A modo de conclusión

Tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid parecen haber querido zanjar el debate judicial sobre la calificación que merece el despido de un trabajador motivado en su baja por enfermedad, cuando el despido cumple los requisitos formales exigidos por la normativa.

Pese a que el debate ya se había planteado y resuelto con anterioridad en relación con la posible vulneración del artículo 14 de la CE, estas dos sentencias vuelven a analizar la problemática, pero desde la invocación de los derechos constitucionales a la dignidad personal y a la integridad física del trabajador (artículos 10.1 y 15 de la CE). Sin embargo, el resultado del análisis parece ser el mismo, ya que ambas sentencias afirman que tampoco estos derechos constitucionales son vulnerados por la empresa cuando despide a un trabajador por encontrarse de baja por enfermedad.

En definitiva, ambas sentencias consideran que el despido de un trabajador motivado en su baja por enfermedad es improcedente y no nulo, ya que ni se puede considerar que sea discriminatorio ni que vulnerar los derechos constitucionales a la dignidad personal y a la integridad física del trabajador despedido.

Eso sí, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 advierte de que el despido podría ser nulo y no improcedente si la enfermedad en la que se hubiera motivado la baja implicara una discapacidad, ya que, en ese caso, se podría estar vulnerando la garantía de trato igualatorio en el empleo establecida en el artículo 4.2.c) del ET.

ÁLVARO NAVARRO CUÉLLAR (*)

(*) Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS. DIVERGENCIA DE CRITERIOS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 febrero en el públicamente conocido como caso «Los Albertos», ha vuelto a poner de manifiesto las posturas divergentes que mantienen desde el año 2005 el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materia de prescripción de los delitos, concretamente, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de mayo de 2005, que iniciaba una línea interpretativa contraria a la mantenida hasta hoy en día por el Tribunal Supremo.

La divergencia de criterios se despliega en un doble plano: por un lado, en cuanto a la interpretación de cuándo debe considerarse interrumpido el cómputo del plazo de prescripción, y, por otro lado, en cuanto a la propia competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta materia, considerada tradicionalmente «de legalidad ordinaria».

Analizaremos a continuación los argumentos que cada tribunal emplea para sostener su interpretación del artículo 132 del Código Penal, así como para afirmar o negar la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta materia.

¿Cuándo se interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de los delitos?

El artículo 132.2 del Código Penal establece que «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». La literalidad de este precepto es una herencia del antiguo artículo 114 del Código Penal de 1973 y, al igual que su predecesor, ha provocado múltiples problemas de interpretación. Pese a ello, el texto transcrito no ha sido modificado por el legislador desde la aprobación del Código Penal en 1995, y ello incluso aunque otros apartados del artículo 132 sí han sufrido modificaciones relevantes desde entonces (mediante las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, 14/1999, de 9 de junio y 15/2003, de 25 de noviembre).

La determinación de cuándo puede entenderse que el procedimiento se dirige contra el culpable ha sido tradicionalmente considerada como una cuestión de legalidad ordinaria y, por ello, ajena a la competencia del Tribunal Constitucional. Por esta razón, ha sido el Tribunal Supremo el que ha venido interpretando el artículo 132.2 del Código Penal —artículo 114 del antiguo Código Penal de