

# **I CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD 15, 16 Y 17 DE NOVIEMBRE DE 2017. ELCHE**

---

Comunicación: Enfermedad, discapacidad y despido. Aspectos críticos y algunas propuestas

Autora: Dra. Nuria Reche Tello  
Prof<sup>a</sup>. Asociada Derecho Constitucional  
Universidad: UMH Elche  
Correo electrónico: [nuria.reche@umh.es](mailto:nuria.reche@umh.es)  
Fecha: Alicante, 15 de septiembre de 2017

## 1. Introducción

Durante la última década venimos asistiendo a un proceso sin precedentes en el Derecho del Trabajo, cual es su desnaturalización como derecho tuitivo de los trabajadores/as por la vía de toda una serie de medidas flexibilizadoras y unidireccionales que, en favor de las empresas y bajo el argumento de la superación de la crisis económica iniciada en 2008, han acabado consolidando un marco cada vez más desequilibrado de relaciones laborales, donde los bajos salarios, la alta temporalidad en el empleo o la inestabilidad son la tónica habitual de la denominada “precariedad laboral”<sup>1</sup>.

Un reflejo de ello son los despidos de los trabajadores/as en situación de incapacidad temporal (I.T.) por enfermedad o accidente, extinciones cada vez más frecuentes donde a la empresa le basta con aducir una causa ficticia para extinguir, sin más, la relación laboral abonando la correspondiente indemnización por despido improcedente. Sin embargo durante los últimos años el TJUE, en una interpretación del concepto de “discapacidad” acorde con la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha ido construyendo un núcleo conceptual común de la enfermedad y la discapacidad a los efectos de la tutela antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78/CE, de manera que en el estado actual de la cuestión, un trabajador/a que sea despedido sin causa justa, sólo por el hecho de estar enfermo, tendría más posibilidades de que su despido se declare nulo por discriminatorio. Para ello se barajan varias tesis: la primera es la que ha ido elaborando la doctrina del TJUE al equiparar la enfermedad con la discapacidad cuando aquella se presenta como de larga duración o de duración incierta en el momento del despido. La segunda parte de considerar la propia enfermedad como causa autónoma de discriminación prohibida, encuadrable en la cláusula genérica del art. 14 CE, siempre y cuando ésta sea tomada como elemento de segregación, con independencia del tipo de patología. La tercera se apoya en que el supuesto trato discriminatorio puede vulnerar otros principios/derechos constitucionales del trabajador/a como la dignidad, la integridad física, la garantía de indemnidad o la protección de la salud. De hecho, las tres tesis, pese a sus lagunas, como veremos, pueden articularse de manera complementaria en aras a garantizar procesalmente una debida protección de los trabajadores/as enfermos. No obstante, consideramos que resultaría necesario abordar además ciertas reformas legislativas, o incluso acudir a otros argumentos fundamentados en nuestra normativa laboral vigente, con vistas a conseguir la seguridad jurídica de ambas partes de la relación laboral.

Esta comunicación se suma a las voces críticas de la doctrina que demandan la reafirmación de la condición humana y ciudadana de los trabajadores/as en la empresa, y por tanto la reivindicación de sus derechos fundamentales inespecíficos.

---

<sup>1</sup> El Banco de España, en su Informe Anual 2016, alertaba del crecimiento de la precariedad laboral, subrayando como rasgos significativos de la misma el hecho de que las contrataciones temporales superasen notablemente a las indefinidas, así como de la ausencia sostenida de incrementos salariales

## **2. El marco normativo de la prohibición de discriminación por discapacidad**

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo, la tutela antidiscriminatoria de las personas discapacitadas, queda comprendida en el art. 1. 1. b) del Convenio núm. 111 de 1958<sup>2</sup>, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Ya en 1983 se dictan dos instrumentos normativos específicos: el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 168, sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, entendiéndose por tal a los efectos del Convenio a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. El Convenio insta así a todo Estado Miembro a considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

Es a comienzos del siglo XXI, en el derecho de la Unión Europea, cuando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en su art. 21.1 relativo a la prohibición de discriminación, hace referencia expresa a la discapacidad. Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación incluyendo la discapacidad como circunstancia en la que ha de respetarse esa igualdad de trato. En efecto, en sus considerandos se afirma que la discriminación por motivos de discapacidad puede poner en peligro la consecución de los objetivos sociales del Tratado, y que la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad. No obstante, la Directiva no define el concepto de discapacidad, por lo que ha sido el TJUE el encargado de esclarecer el alcance de la Directiva en cuanto al principio de igualdad y no discriminación en materia de discapacidad.

Más tarde, concretamente el 13 de diciembre de 2006, se aprueba en el seno de la ONU la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, siendo ambos documentos ratificados por España el 3 de diciembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008, pasando desde entonces a ser una norma directamente aplicable y exigible en España. A su vez, La Unión Europea, mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 aprueba en nombre de la Comunidad la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Convención, considerada como el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, reconoce a las personas con discapacidad como sujetos titulares de los mismos, debiendo los poderes públicos garantizar que su ejercicio sea pleno y efectivo. Por ello se dice que supone un “cambio

---

<sup>2</sup> Art. 1.1.b): Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

paradigmático” de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad, concibiéndose como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. La Convención “provoca que todo el sistema de protección de las personas con discapacidad, se transfiera al ámbito de los derechos fundamentales de las personas y que las políticas públicas que les afectan sean abordadas de forma transversal, contando con todas las garantías necesarias para el ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales”<sup>3</sup>. Uno de los aspectos remarcables es el propio concepto de discapacidad, “un concepto en proceso de evolución y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás”<sup>4</sup>. A su vez, la Convención, en el art. 12, establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, es decir, deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, aclarando y precisando cómo se aplican a las personas con discapacidad todas las categorías de derechos e indicándose las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para éstas puedan ejercer en forma efectiva sus derecho, los ámbitos en los que se han vulnerado esos derechos, y aquellos que debe reforzarse.

Por lo que respecta al ámbito normativo estatal, la Constitución de 1978, en su art. 14, por la fecha en que se aprueba, no hace referencia alguna a la discapacidad como causa de discriminación prohibida. Debemos remontarnos a la Ley 32/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), para encontrarnos con una norma que ya perseguía como objetivo su integración laboral regulando de forma completa esa integración e incluyendo diversas medidas para el favorecimiento del empleo de estas personas. Con posterioridad, el marco legal europeo iniciado en el año 2000 se completó en nuestro ordenamiento a través de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y de La ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Finalmente, el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social refunde las tres principales leyes marco dictadas en España desde 1982, la Ley 13/1982, la Ley 51/2003 y la Ley 49/2007. Del mismo modo, estas tres leyes quedan derogadas, y todas las referencias y remisiones legales a dichas leyes se entienden referidas a partir de ahora a esta. La nueva ley actualiza los términos, definiciones, principios y contenidos a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello supone el reconocimiento expreso de que las personas con discapacidad son titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio pleno. La norma define la discapacidad en su art. 2.a) como una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y

---

<sup>3</sup> CORRAL BENEYTO, Ramón, «La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de ls personas con discapacidad. Su contenido y efectos», *Diario La Ley Sección Tribuna* n° 8511, (2015), pp.1-3.

<sup>4</sup> Ibid.

cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás<sup>5</sup>.

En el concreto ámbito de las relaciones laborales, el ET prohíbe proscribire cualquier trato discriminatorio contra los trabajadores en situación de discapacidad. Así, el artículo 4.2 c) ET establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, entre otras, por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate. Por su parte, el art. 17. 1 ET entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo –y concretamente en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo- a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por, entre otras razones, de discapacidad.

En cuanto a la enfermedad como causa de discriminación prohibida, no encontramos ninguna referencia expresa en la normativa comunitaria ni interna hasta la fecha. Sin embargo, la primera redacción del ET incluía entre los motivos que determinaban la calificación de nulidad del despido<sup>6</sup> aquellos que se produjeran con trabajadores/as durante la suspensión de su contrato de trabajo, salvo causa justa. En consecuencia, el despido de un trabajador/a en situación de incapacidad temporal debía declararse nulo en caso de que no se acreditara o no existiera dicha justificación procedente. Por su parte, el Tribunal Supremo había venido sancionado los despidos sin causa con la "nulidad radical por fraude de ley", con apoyo del art. 6.4 del Código Civil, 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"<sup>7</sup>.

En 1994, la Ley 11/1994, introduce una reforma del art. 55.5 ET que supone una restricción de las causas que permitían la calificación del despido nulo excluyendo el despido de los trabajadores durante la suspensión de su contrato de trabajo, así como aquellos que incumpliesen determinados defectos formales<sup>8</sup>. A partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995, el art. 108.2 LPL "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero

---

<sup>5</sup> Así, concreta que las personas con discapacidad como aquellas que reúnen los siguientes requisitos:

- presentar deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales;
- que sean previsiblemente permanentes;
- que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;
- y que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%; o bien se les considere de forma automática, sin requerir valoración y calificación de discapacidad, que presentan una discapacidad en dicho grado si son pensionistas de la Seguridad Social por incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o si son pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad

<sup>6</sup> Además de otro grupo de supuestos para aquellos casos de incumplimiento de determinadas exigencias de carácter formal, así como los despidos discriminatorios o lesivos de los derechos fundamentales.

<sup>7</sup> SSTs 11-4-90, 16-5-90, 5-6-90, 18-6-91 y STS 30-11-91.

<sup>8</sup> La nueva redacción del art. 55.5 ET será la siguiente desde entonces: "Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador".

motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese. De manera que, a partir de entonces, se legitima en cierto modo la práctica empresarial de consignar un motivo de despido que no se corresponde con el real de la decisión adoptada, sin que ello justifique por sí mismo la calificación de nulidad<sup>9</sup>.

Desde ese momento el Tribunal Supremo da un giro<sup>10</sup> en su anterior línea jurisprudencial sobre la nulidad del despido fraudulento: "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia"<sup>11</sup>, y no la de nulidad. Así, el TS acabó por imponer la tesis, seguida mayoritariamente por los tribunales ordinarios, según la cual la invocación de una causa ficticia se traducía en un mero "defecto formal" cuya consecuencia deriva únicamente en la declaración de improcedencia del despido.

No obstante una parte de la doctrina científica y jurisprudencial es crítica con esta reforma, a la que considera incompatible con los arts. 24.1 y 35.1 CE, puesto que no cabe un despido sin causa justa si se tiene en cuenta la dimensión constitucional de los derechos fundamentales de los trabajadores/as, de manera que la omisión de la causa real del despido provoca una indefensión al trabajador y abre la posibilidad de la declaración de la nulidad extintiva, ello con apoyo en la doctrina constitucional (SSTC 22/81 y 192/03)<sup>12</sup>.

En añadidura, de manera reciente, la doctrina judicial ha considerado que esta práctica vulnera la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Así, la SJS nº 33 de Barcelona, nº 472/2016 de 23 de diciembre afirma 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 debiera determinar la calificación de "nulidad" de un despido manifiestamente arbitrario o fraudulento por carecer de causa real".

Sin embargo, en los últimos tiempos, la enfermedad como causa de discriminación prohibida parece cobrar importancia de nuevo. Nos referimos al Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación<sup>13</sup>, de 2011 del gobierno socialista, así como la Proposición de Ley integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación presentada el 10 de marzo de 2017 por el grupo parlamentario socialista, con la intención de trasponer a nuestro

---

<sup>9</sup> En idéntico sentido se mantiene el texto del art. 108.2 en la vigente Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción social que deroga la Ley de Procedimiento Laboral y que contempla como causas de nulidad del despido las que tengan como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, además de las que se produzcan de manera injustificada con trabajadores/as en el ejercicio de determinados derechos de conciliación.

<sup>10</sup> Cambio que se inicia en STS 2-11-1993, y ratifica en STS 19-1-1994 STS 23-5-1996 y 30-12-1997.

<sup>11</sup> STS 29-2-2001

<sup>12</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, José, «El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud», *Revista de Información Laboral*, nº 5 (2017).

<sup>13</sup> Ley caracterizada por ser integral respecto de los motivos de discriminación

ordenamiento la Directiva 2000/78/CE y regular en un único texto legislativo todas las formas de discriminación, incluyendo la discriminación múltiple y la discriminación por asociación, entre otras cuestiones. Así, la proposición, tomando como referencia el artículo 14 CE, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente dos nuevos motivos por su especial relevancia social: enfermedad y orientación o identidad sexual, manteniendo además la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo. En efecto, en su art. 2.1 desarrolla el catálogo de circunstancias contempladas en el art. 14 CE incorporando, como decimos, la enfermedad como causa de discriminación<sup>14</sup>. Aunque ni el proyecto ni la proposición contemplan expresamente la modificación de la redacción del art. 55 ET, de aprobarse finalmente la norma, el despido sin causa del trabajador/a enfermo podría ser declarado nulo por basarse en una causa de discriminación prohibida<sup>15</sup>. Ello como vemos, nos situaría de nuevo en un escenario similar al existente en nuestro ordenamiento jurídico laboral de manera previa a la reforma introducida en 1994.

### **3. Las diferentes corrientes jurisprudenciales en torno al despido de los trabajadores/as en situación de incapacidad temporal, I.T., y sus puntos críticos**

Los efectos de la discriminación por enfermedad en las relaciones laborales suelen focalizarse sobre todo en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Como adelantábamos en nuestra introducción, han sido varias las tesis que han desarrollado los tribunales a la hora de otorgar, o no, la tutela antidiscriminatoria a los trabajadores/as en estas circunstancias. Sin embargo consideramos que, hasta el momento, ninguna de ellas ofrece las suficientes garantías para las dos partes de la relación laboral y en los últimos tiempos, con motivo de la doctrina del *Asunto Daouidi* de 2016, han surgido nuevos interrogantes que complican la situación aún más, si cabe. Veamos a continuación cuáles son sus principales argumentos, pero también sus puntos débiles.

#### **a) Enfermedad vs. discapacidad**

El concepto de “discapacidad” ha experimentado una importante evolución por obra del TJUE en la que, siguiendo a Fernández Docampo, se pueden distinguir tres fases<sup>16</sup>: una primera que propiciaba una interpretación restrictiva del mismo, hasta el punto de excluir de sus contornos la enfermedad; una segunda que incluyó como eventuales discriminados no sólo a la persona discapacitada, sino también a quien padeciese un trato desfavorable por su

---

<sup>14</sup> Art. 2.1: Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>15</sup> GORDO GONZÁLEZ, Luis, «El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 24 (2011), pp.1-5.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, María Belén, «La salud del trabajador como causa de discriminación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº162 (2014), pp.1-15.

relación con ésta<sup>17</sup>, y una tercera en la que se extiende considerablemente el ámbito de la discapacidad considerando la enfermedad dentro de sus contornos.

Como decíamos, La Directiva 2000/78/CE no contenía un significado del concepto de discapacidad, por lo que fue la STJUE de 11 de julio de 2006, *Asunto Chacón Navas*, C-13/05, la que declaró que la discapacidad debía entenderse referida a una limitación de larga duración derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supone un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, diferenciándola de la enfermedad. Para el TJUE, si se optase por la inclusión de la enfermedad dentro del concepto de discapacidad ésta quedaría integrada en el marco protector de la Directiva 2000/78/CE, pero lo cierto es que la directiva escogió “deliberadamente” un término, el de “discapacidad (...) que difiere del de enfermedad”, de forma que “es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”. Por tanto la Directiva 2000/78/CE no contiene ninguna indicación para extender su protección a los trabajadores “tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”.

Con base en esta primera doctrina del TJUE, nuestro Tribunal Supremo ha venido rechazando firmemente la existencia de discriminación en los despidos sin causa de trabajadores/as en situación de enfermedad, y por tanto su calificación como nulos con base en la diferenciación entre enfermedad y discapacidad establecida en el *Asunto Chacón Navas*<sup>18</sup>.

Más adelante, la STJUE de 11 de abril de 2013, *Asunto Ring*, acumulados C-335/11 y C-337/11<sup>19</sup>, introduce un importante cambio al interpretar la discapacidad a la luz del Convenio ONU de 2006, considerando que aunque ésta se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no supone una imposibilidad de ejercer tal actividad, pudiéndose desempeñar un trabajo de manera limitada. Por lo tanto el Tribunal considera que una enfermedad curable o incurable que acarrea una limitación física, mental o psíquica puede asimilarse a una discapacidad. Como sostiene Sempere Navarro, esta doctrina supone una “verdadera rectificación de lo afirmado en 2006”<sup>20</sup> lo que significa un cambio de enorme relevancia conceptual con múltiples derivaciones prácticas, entre otras, la necesidad de revisar la separación enfermedad/discapacidad y dar paso a una nueva enfermedad asimilada, quedando estas situaciones comprendidas en la protección antidiscriminatoria, de manera que un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente sino nulo; del mismo modo que la extinción por causas objetivas, si las ausencias intermitentes traen su causa en la enfermedad, pueden merecer esa misma consideración.

En 2014, la STJUE de 18 diciembre, *Asunto Fag og Arbejde*, (FOA) C-354/13, ratificaba el criterio del TJUE sentado en 2013 al entender que la obesidad de un trabajador/a puede considerarse como discapacidad cuando

---

<sup>17</sup> Es la denominada doctrina de la discriminación por vinculación o asociación sentada en la STJUE de 17 de Julio de 2008, *Asunto Coleman*, C-303/06.

<sup>18</sup> Entre otras, las STS de 22 de noviembre de 2007; 22 de septiembre de 2008; 25 de octubre de 2013 y 3 de mayo de 2016.

<sup>19</sup> Normativa nacional conforme a la que un empresario está facultado para despedir a un trabajador con un preaviso por bajas durante un total de 120 días a lo largo de un período de doce meses consecutivos, aún en el caso de que la baja laboral fue causada por la discapacidad.

<sup>20</sup> SEMPERE NAVARRO, Antonio, «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 866 (2013).

ésta supone una limitación de larga duración que imposibilita o dificulta el ejercicio de la actividad profesional del trabajador/a, y sufre por ello restricciones para acceder a un empleo o para ejercerlo, estando cubierta por la protección que brinda la Directiva 2000/78/CE, y ello con independencia de que el comportamiento de quien la sufre haya podido contribuir, agravar o incluso causar la discapacidad que sufre.

En la nueva línea iniciada por el TJUE en 2013, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Asunto Daouidi*, C-395/15 abunda en la asimilación de la enfermedad con la discapacidad, cuando la primera sea de “larga duración”. El supuesto sometido a la consideración del TJUE por el JS nº 33 de Barcelona, a través de la cuestión prejudicial, es el de un trabajador, hasta aquel momento bien considerado profesionalmente, que por el mero hecho de estar en situación de incapacidad temporal por causa de un accidente laboral es despedido<sup>21</sup>.

Con carácter previo a la sentencia, las Conclusiones del Abogado General presentadas el 26 de mayo de 2016 resultan contundentes al afirmar que la enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE si esa limitación es de larga duración, ya que ésta, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por tanto, una situación de I.T. derivada de un accidente laboral puede estar comprendida en el concepto de “discapacidad” si cumple los requisitos contenidos en la definición adoptada por el TJUE. A *sensu* contrario, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de “discapacidad” puesto que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros en relación con los cuales dicha Directiva prohíbe toda discriminación. Asimismo se realizan las siguientes aclaraciones:

-El hecho de que la incapacidad se califique, en un primer momento, de “temporal” no impide que posteriormente pueda considerarse “duradera” sobre la base de pruebas médicas.

-El plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido no puede ser un criterio determinante del carácter duradero o no de la limitación sufrida

La sentencia de 1 de diciembre de 2016, aunque omite cualquier pronunciamiento sobre la vulneración de los derechos del trabajador -para cuya apreciación remite al juzgador español-, reafirma su doctrina anterior aunque elude alguno de los argumentos del Abogado General. Así, a modo de resumen, el "TJUE responde con base en el concepto de 'discapacidad' de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga

---

<sup>21</sup> Los hechos sobre los que versa la cuestión son los siguientes: el Sr. Daouidi fue contratado para trabajar como ayudante de cocina; resbaló en la cocina del restaurante en el que trabajaba, lo que le dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado (que continuaba unos 6 meses después del accidente, en la fecha de la vista celebrada); inició un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente laboral; tras interesarse la empresa por la previsión de duración de su situación de incapacidad temporal, el trabajador manifestó que su reincorporación no podía ser inmediata; como consecuencia de ello, estando aún en situación de incapacidad temporal, recibió comunicación escrita de despido disciplinario, lo que motiva su reclamación. El juzgado remitente de la cuestión prejudicial pretende que se dilucide si el estado del Sr. Daouidi, de duración incierta y despido mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, está comprendido en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1"<sup>22</sup>.

Para considerar que tal limitación es duradera se establecen una serie de indicios, entre otros:

-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

-Que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Así, para comprobar ese carácter duradero, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular:

-Documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados con fundamento en los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

-Documentos y certificados médicos que evalúen la duración probable de la deficiencia en cuestión.

Si de esas pruebas resulta que la limitación sufrida presenta carácter duradero, es decir, que como consecuencia de posibles secuelas puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar un daño como el que sufre, esa limitación podrá incluirse en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.

Se plantean de este modo algunas cuestiones clave sobre el cuándo y el cómo se determina ese carácter de enfermedad duradera. Y es que, de acuerdo con Beltrán de Heredia Cruz<sup>23</sup>, se trata de un concepto jurídico indeterminado que describe un escenario plagado de incertidumbres y cuya aplicación puede resultar muy compleja al estar vinculado a una casuística infinita, por no hablar de que probablemente el empresario tome la decisión sin tener conocimiento acerca del carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador. En los últimos meses, algunos TSJ ya han comenzado a aplicar la doctrina *Daouidi*, y, si bien, como ha estudiado este autor<sup>24</sup>, aún es pronto para describir la tendencia interpretativa al respecto, lo cierto es que en todos los supuestos analizados, a excepción de uno, no se ha declarado la nulidad.

Resumidamente, las conclusiones que pueden extraerse de las sentencias de los TSJ son las siguientes:

---

<sup>22</sup> Resumen de la doctrina extraído de la STSJ País Vasco 9 de mayo 2017

<sup>23</sup> BELTRÁN DE HEREDIA CRUZ, Ignasi, «Despido disciplinario vinculado a incapacidad temporal sigue sin ser motivo de discriminación (STS 3.5.16)», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 12 de junio de 2016, disponible en <http://ignasibeltran.com/2016/06/12/despido-disciplinario-vinculado-a-incapacidad-temporal-sigue-sin-ser-motivo-de-discriminacion-sts-3-5-16-estatuto-trabajadores/>. Consultado 09/08/17,

<sup>24</sup> BELTRÁN DE HEREDIA CRUZ, Ignasi, «Incapacidad temporal y despido injustificado: más reacciones judiciales al caso Daouidi», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 12 de septiembre de 2017, disponible en: <http://ignasibeltran.com/2017/09/12/incapacidad-temporal-y-despido-injustificado-mas-reacciones-judiciales-al-caso-daouidi/>. Consultado 12/09/17.

-El momento del despido es el único que se puede tener en cuenta para evaluar el estado de incapacidad del trabajador, así como el carácter duradero de la limitación<sup>25</sup>.

-La falta de información de la empresa sobre el carácter duradero de la limitación en el momento del despido, así como de otros datos médicos en el acto de juicio impide considerar la enfermedad como discapacidad<sup>26</sup>.

-No puede calificarse la enfermedad como duradera cuando ha transcurrido un periodo corto de tiempo (1 mes y 23 días) entre el accidente y el despido, considerando que se trata de una situación de incapacidad reversible<sup>27</sup>.

-El hecho de que se califique una discapacidad con el porcentaje del 48%, posteriormente al despido, evidencia que “concorre la circunstancia de una limitación duradera de la capacidad funcional (...) por causa de enfermedad común”<sup>28</sup>.

Como vemos, son muchos los interrogantes que se plantean a la luz de conceptos tan indeterminados como “limitaciones previsiblemente permanentes o que no presenten una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización”, el propio grado de discapacidad reconocido, la duración que transcurra entre la I.T. y el despido, o el conocimiento o no de la empresa de la situación del trabajador/a.

Por otra parte, aunque, como señala Beltrán de Heredia Ruiz, el momento del despido sería el más adecuado para valorar el estado del trabajador/a por generar menos incertidumbre, no podemos compartir esta opinión, ya que en no pocas ocasiones será complicado determinar en los primeros meses de la enfermedad o el accidente el carácter duradero o incierto de la limitación por parte de los servicios públicos de salud o las mutuas, y ello, a su vez, puede incentivar la práctica empresarial de proceder al despido de un trabajador/a enfermo en los primeros momentos precisamente por el temor a que el proceso médico se alargue y la situación derive en una posible nulidad en el caso de proceder a extinguir el contrato. Se sitúa así al trabajador/a enfermo, y que se encuentra en una situación especialmente vulnerable, en una difícil posición recayendo sobre él la responsabilidad de acreditar no sólo ese carácter duradero o incierto de su limitación, sino también del conocimiento de la empresa, debiendo revelar a la misma datos médicos confidenciales a fin de salvaguardar su puesto de trabajo. A ello se añade además otra cuestión por resolver como es la valoración judicial de la información médica obtenida con posterioridad al despido.

Lo cierto es que la sentencia no ofrece una respuesta a todas las situaciones merecedoras de tutela antidiscriminatoria. Fernández Martínez<sup>29</sup> apunta además que el hecho de que traslade al juzgado nacional la decisión de si la limitación tiene o no carácter duradero, condiciona en gran medida el alcance de la sentencia, lo que no contribuye a crear una definición de discapacidad común en el ámbito de la UE. Critica también que el TJUE no ofrezca una definición más completa del término ‘duradero’ destacando dos cuestiones que recogen las Conclusiones del Abogado General, pero que se

<sup>25</sup> STSJ del País Vasco de 9 de mayo 2017, STSJ Cataluña de 12 de junio 2017

<sup>26</sup> STSJ del País Vasco de 9 de mayo 2017, STSJ de Madrid 31 de marzo 2017

<sup>27</sup> STSJ Cataluña de 12 de junio 2017

<sup>28</sup> STSJ Madrid 8 de marzo 2017

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, «Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi», *Trabajo y Derecho*, nº 28 (2017).

echan en falta en la sentencia del TJUE, esto es, tanto la apreciación del empresario sobre la duración de la limitación como el plazo transcurrido entre el accidente laboral y el despido, que no pueden erigirse en criterios para determinar el carácter duradero de la limitación toda vez que la discapacidad es un concepto objetivo que existe con independencia de la apreciación del empresario. Como señala el Abogado General, "adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados, en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera".

En fin, tendremos que esperar a que el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, aclare finalmente qué interpretación debe darse al término "duradero" o a la expresión "previsiblemente permanente".

### **b) La enfermedad como factor de diferenciación prohibido**

Como ya indicamos anteriormente, la Proposición de Ley Integral de Igualdad de Trato y no Discriminación presentada en marzo de 2017 por el grupo parlamentario socialista introduce entre las causas de discriminación del art. 14 CE no sólo la discapacidad, sino también la enfermedad como causa de discriminación prohibida, ley que, de aprobarse finalmente, supondría un importante refuerzo de esta segunda tesis. En efecto, el argumento principal se sustenta en la consideración de la enfermedad como causa autónoma de discriminación prohibida, actualmente encuadrable en la cláusula genérica del art. 14 CE, si bien siempre y cuando ésta sea tomada como elemento de segregación, tanto cuando se trata de enfermedades que socialmente supongan un estigma, como es el caso de los enfermos de VIH/SIDA; en el mismo plano se encontrarían los despidos recaídos sobre las trabajadoras en IT a consecuencia de accidentes o enfermedades derivadas de violencia de género, o en aquellos en los que se produzca el trato desfavorable y discriminatorio por el simple hecho de estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad.

Ello, sin embargo, ha sido sistemáticamente rechazado por nuestro Tribunal Supremo. Así, en la STS de 29 enero de 2001<sup>30</sup> se concluye que la enfermedad, tomada desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, hace que el mantenimiento del contrato no se considere rentable por la empresa, por lo que no se trata de un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. De ahí que, si la empresa decide despedir al trabajador afectado, pudiera ciertamente incurrir en conducta ilícita - si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET-, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación. Y en el mismo sentido se pronuncia, por ejemplo, la STS de 29 de enero de 2009, con base en su doctrina sentada anteriormente.

---

<sup>30</sup> En el presente caso, la cuestión radica en determinar cuál es la calificación que corresponde al cese del actor, despedido sin que concurra la causa alegada -terminación de una contrata-, pero habiéndose apreciado que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado, que hacen que su prestación de trabajo no sea rentable para la empresa.

Más reciente es la STS de 3 de mayo de 2016, que afirma que la enfermedad no está incluida expresamente como causa de discriminación ni en el Derecho de la UE, ni en el derecho español, no apreciando la existencia de discriminación pese a reconocerse como causa real del despido la enfermedad. En este caso, la corta duración del periodo de baja (10 días) le impide al tribunal apreciar que el despido se constituya en elemento de segregación o estigmatización, acudiendo de nuevo a la teoría de la perspectiva estrictamente funcional: el efecto incapacitante para el trabajo y la repercusión negativa en el rendimiento laboral, por lo que considera que en el despido no existe un elemento de segregación.

Pese a la férrea doctrina del TS, la tesis de la enfermedad como causa autónoma de discriminación prohibida cuando ésta se convierte en elemento de segregación ha sido defendida por el Tribunal Constitucional, que ya se pronunció sobre esta cuestión en la STC 62/2008 de 26 de mayo<sup>31</sup>, donde reconocía que la enfermedad de un trabajador/a podía, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación quedando incluida por tanto en la cláusula genérica del art. 14 CE. Así, para que “el estado de salud del trabajador, o más propiamente de su enfermedad” pueda constituir un “factor de discriminación” es preciso que la patología constituya el elemento determinante del comportamiento empresarial, sin otras consideraciones, de manera que la voluntad discriminatoria emerge en respuesta al efecto estigmatizador que conlleva “la existencia de la enfermedad en si misma considerada” o, incluso, la propia “persona enferma” por el solo hecho de padecerla. Por el contrario, la voluntad de segregar no existe cuando la enfermedad es tenida en cuenta “desde la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo (...)”. Ciertamente para identificar una conducta discriminatoria sobre un trabajador/a es necesario comprobar la concurrencia del elemento de segregación en el comportamiento empresarial, así lo ha confirmado también la STC 36/2011 de 28 de marzo. Sin embargo debemos tener presente que “un comportamiento empresarial segregacionista no implica, necesariamente, una voluntad consciente y querida de segregar a un trabajador por razón de su enfermedad, sino que admite también su comisión inconsciente (...)”<sup>32</sup>. En el supuesto contemplado en este caso, el TC afirma que para que la enfermedad justifique la extinción contractual era necesario que incapacitase al trabajador para el desarrollo de su prestación laboral, de manera que la sola alegación de la enfermedad como incapacitante para el trabajo no puede admitirse como causa discriminatoria, ni siquiera como indicio a los efectos de la inversión de la carga de la prueba. Pero es que, además, la prueba o no de dicho efecto incapacitante solo afectaría a la calificación legal de tal decisión como procedente o improcedente, pero no como discriminatoria. Es decir, aunque el TC admite la posibilidad de que el

---

<sup>31</sup> El supuesto de hecho es el siguiente: un trabajador que padecía una dolencia traumatológica que ocultó a su empresa, dedicada a la construcción, motivó una serie de procesos de I.T. que derivaron en un despido en el momento en el que la empresa tuvo conocimiento de su lesión. En primer lugar, es de destacar que el propio INSS denegó al trabajador la incapacidad permanente, por entender que no presentaba reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral, pese a que durante años el trabajador se vio obligado a solicitar reiteradamente la prestación de incapacidad temporal. Esta decisión, motiva ya una interesante reprimenda de parte del Tribunal Constitucional, por entender inadmisibles la falta de tutela de los poderes públicos ante este tipo de situaciones. Por otro lado, en el momento de la contratación, la empresa no detectó la patología padecida por el trabajador.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, María Belén, «La salud del trabajador como causa de discriminación». *Cit.*

despido de la persona enferma pueda considerarse contrario al art. 14 CE, a continuación reconoce que la ausencia de prueba de dicho efecto incapacitante no puede considerarse sin más un indicio de esa voluntad de segregar. A partir de ahí, es fácil comprender lo complicado que puede resultar para el trabajador/a articular algún indicio discriminatorio puesto que, obviamente, la empresa no va a reconocer abiertamente las auténticas razones que la motivaron a despedir al trabajador/a enfermo. En este sentido, el argumento resulta similar a la exigencia del conocimiento empresarial del embarazo en los despidos de las trabajadoras para la inversión de la carga de la prueba y que finalmente se solucionó con la introducción de una nulidad objetiva en el art. 55.5 ET. La Sentencia del TC cuenta además con un voto particular crítico con el fallo -aunque falto, en nuestra opinión, de un mayor desarrollo argumentativo- que se muestra contundente al afirmar que el principio de igualdad y no discriminación debe regir en todo caso las relaciones entre particulares, como es el caso de las relaciones laborales: “ (...) difícilmente puede existir una sociedad democrática si no se respeta el principio de igualdad en el puesto de trabajo, que es esencial para la sociedad contemporánea (*work-place democracy*)”.

Más abiertos a abrazar sin fisuras esta segunda tesis se han mostrado algunos TSJ como el Canario en sus sentencias de 22 de diciembre de 2010 y de 25 de enero de 2011, considerando que el despido de los trabajadores puede ser discriminatorio cuando se les estigmatice por el mero hecho de estar enfermos, ya que se recurre al mismo con independencia de la contingencia sufrida por el trabajador, limitándose a señalar que sus numerosas bajas hacen que ya no sea rentable para la empresa<sup>33</sup>. Como sostiene Fernández Docampo la separación entre la doctrina del TC y del TSJ de Canarias se hace evidente, puesto que para este último la falta de prueba que relacione la enfermedad del trabajador con su aptitud para desarrollar el trabajo, o con cualquier otra causa que pudiera justificar el despido, convierte la extinción en discriminatoria, lo que no significa que se esté pasando por alto el contenido de los arts. 96.1 y 181 LJS, sino todo lo contrario. “Precisamente, ese comportamiento discriminatorio –despedir por enfermedad bajo una aparente falta de aptitud sin apoyo probatorio alguno- se convierte en el mejor indicio que el trabajador eventualmente discriminado puede presentar. De hecho, más que un indicio podemos afirmar que se trata de una verdadera discriminación directa, tal y como se define en el art. 2 RD Leg. 1/2013”<sup>34</sup>.

En el mismo sentido, por ejemplo, el TSJ de Cataluña, en su sentencia de 12 de julio de 2006, argumentó que el despido de 41 trabajadores en IT suponía una estigmatización de la enfermedad en sí misma considerada. Y de la misma forma la STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2014 entiende que resulta nulo el despido de una trabajadora por el mero hecho de estar enferma con bajas de larga duración, y no por considerar que dicha enfermedad la incapacite para desarrollar su trabajo, vulnerándose el principio de igualdad.

Como vemos, el mayor inconveniente que plantea esta tesis tiene que ver con el hecho de que la falta de causa, incluso la propia alegación de la enfermedad como motivo del despido, no parecen ser suficientes como indicios

---

<sup>33</sup> La STSJ Canarias de 25 de enero de 2011 rechaza la argumentación empresarial que estima poco rentable al trabajador por tener que hacer frente a las cotizaciones a la Seguridad Social mientras dure la IT del trabajador y es que aceptar que la baja laboral es costosa para la empresa supondría transferir el perjuicio económico no deseado por la empresa al Estado vía prestación por desempleo.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, María Belén, «La salud del trabajador como causa de discriminación». *Cif*.

discriminatorios a efectos de la inversión de la carga probatoria, donde sería la empresa la que tendría que acreditar al menos esa excesiva onerosidad sobrevenida que pudiese afectar al equilibrio de la prestación laboral, y por consiguiente a la causa del contrato, para justificar la resolución; algo que no se ha venido exigiendo, al menos de momento a las empresas. Por tanto, consideramos que la postura adecuada es la sostenida por los Tribunales Superiores de Justicia mencionados, debiendo en estos casos interpretar la enfermedad como causa discriminatoria por constituirse en un elemento de segregación, a menos que se acredite de alguna forma el desequilibrio económico que puede suponer. En este sentido, es fundamental tener en cuenta el tamaño de la organización, puesto que es evidente que no causa el mismo perjuicio económico un trabajador/a de baja en una empresa pequeña que en una multinacional. A mayor abundamiento, debemos recordar que existen mecanismos en la Seguridad Social para solicitar en determinadas circunstancias que un trabajador/a en situación de I.T. pase a percibir de la mutua directamente el pago de la prestación, debiendo la empresa afrontar únicamente el coste de la seguridad social<sup>35</sup>, así como el complemento de I.T. si lo hubiese establecido en el convenio. Incluso existen algunos convenios donde se contempla la posibilidad de dejar de abonar el complemento de I.T. cuando la empresa contrata a un trabajador interino para cubrir la baja, como es el caso del convenio de la hostelería. Además podrían articularse por vía de las oportunas reformas legislativas contrataciones bonificadas para sustituir a los trabajadores en situación de I.T., al igual que ocurre cuando se trata de trabajadores/as en situación de maternidad o paternidad o riesgo durante el embarazo y la lactancia. De esta forma, una pequeña empresa podría asumir fácilmente la sustitución de un trabajador/a enfermo sin tener que soportar un mayor coste empresarial.

### **c) La vulneración de otros derechos fundamentales**

La tercera de las tesis aborda la posible vulneración de otros derechos fundamentales en el despido sin causa de un trabajador/a enfermo, al margen del art. 14 CE, como pueden ser los derechos a la integridad física y psíquica en conexión con el de la protección de la salud, el derecho al trabajo, o la garantía de indemnidad.

La doctrina constitucional<sup>36</sup> ha establecido en que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud determina una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que implique “un peligro grave y cierto para la misma”. Por otro lado, añade que el derecho a que no se perjudique la salud personal queda comprendido a su vez en el derecho a la integridad<sup>37</sup>, de manera que este resulta implicado cuando el trabajador solicita las prestaciones de asistencia sanitaria, debiendo ver reconocida la exoneración de los servicios laborales y sin que sea lícito que de ello se derive algún tipo de perjuicio para él, toda vez que con ello se afecta al principio de indemnidad, en

---

<sup>35</sup> Las empresas pueden sustraerse a la obligación del pago delegado cuando tengan menos de diez empleados y lleven más de seis meses abonando alguna prestación por IT, en cuyo caso procede el pago directo por parte de la entidad gestora o mutua. Basta que la empresa en cuestión lo comunique con una antelación de quince días, previos al mes natural en que pretendan que tenga efecto la liberación de dicha obligación.

<sup>36</sup> SSTC 5/2002, de 14 de enero y 119/2001, de 24 de mayo.

<sup>37</sup> SSTC 35/96 , 207/96 , 25/00 , 5/02 y 220/05

tanto que el trabajador que ejercita su derecho a recuperar la salud no puede verse sometido a represalias por parte del empresario que se traduzcan en su despido.

Por su parte, nuestro TS ha afirmado que aquellos supuestos en que la empresa presiona al trabajador/a en I.T. para solicitar voluntariamente su alta, con la amenaza de que de no hacerlo se procedería a su despido, se genera un riesgo grave para la salud del mismo. Así se afirma en la sentencia de 21 de enero de 2011, considerando que tal conducta pone en riesgo la salud del empleado y vulnera su derecho fundamental a la integridad física, art. 15 CE.

Por contra, en la STS de 22 de noviembre de 2007 se estimó que el despido de un trabajador por causa de su enfermedad no vulneraba el derecho a la vida y a la integridad física, arts. 10 y 15 CE, ni tampoco la garantía de indemnidad, art. 24 CE, al negar que el despido fuera una represalia por acogerse a su derecho a una baja médica, calificándose en consecuencia tales extinciones de improcedentes. En este caso el TS acude a la diferencia entre el derecho a la salud, art. 43 CE -que integra los derechos prestacionales y de asistencia sanitaria asociados a la incapacidad temporal-, no susceptible de amparo constitucional, y el derecho a la vida y a la integridad física, que aparece protegido en el artículo 15 CE, el cual sólo comprendería la “incolumidad corporal”: derecho de la persona a no sufrir, en contra de su voluntad, lesiones o menoscabo corporales. De este modo sólo será posible considerar, como indica Sánchez Pérez,<sup>38</sup> que se ha vulnerado el derecho del trabajador/a si la empresa materializa la represalia frente a él a proceder al despido con motivo del ejercicio de su derecho a la salud. En este caso, para el autor, la línea interpretativa que puede determinar la calificación de nulidad, así como la vulneración del derecho a la integridad física, implica la existencia de “riesgo relevante”, que se entenderá producido cuando el trabajador efectivamente se reincorpore al trabajo como consecuencia de la coacción empresarial.

Sin embargo creemos que, para que se produzca una vulneración del artículo 15 CE, no resulta imprescindible que exista una lesión efectiva de la integridad física, es decir, no es necesario que el trabajador acabe solicitando un alta médica anticipada, sino que sería suficiente con que se dé un “riesgo relevante” de conformidad con la doctrina constitucional. Otra cosa será, nuevamente, qué debemos entender por tal.

También en la STSJ de Asturias, de 12 de marzo de 2010, el tribunal se centra en la actitud coactiva de la empresa y en sus posibles consecuencias, por lo que finalmente se estima procedente la declaración de nulidad dada la obligación empresarial de preservar la vida y la integridad del trabajador, así como de protegerle frente a los daños que pueda sufrir en el contexto de la relación laboral. En el mismo sentido lo contempla la STSJ País Vasco de 27 de junio de 2003<sup>39</sup>, sosteniendo que no cabe entender la situación únicamente desde la perspectiva de la preservación de la salud, sino también desde la de

---

<sup>38</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, José, «El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud». *Cit.*

<sup>39</sup> En este caso la trabajadora accedió a la petición de la empresa de reincorporarse a su puesto de trabajo, aun sin haberse producido la curación, hecho que ocurrió en varias ocasiones y que acabó empeorando su salud lo que derivó en nuevas situaciones de baja médica, siendo despedida finalmente.

la obligación empresarial de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, la cual resulta absolutamente contraria a la exigencia dirigida al trabajador para que se reintegre a su puesto; circunstancia que no sólo afecta a la posibilidad de recuperación de la salud, sino que eventualmente puede repercutir en la seguridad y salud de sus compañeros de trabajo, e inclusive de las personas usuarias del servicio que pueda dar la empresa.

Debemos añadir que en aquellos supuestos en los que el trabajador/a despedido no reúna el periodo de carencia necesario para percibir el subsidio de I.T., este se encuentra en una situación añadida de especial desprotección por la falta de prestación económica, del mismo modo que en los casos en que, aun con derecho a percibir el pago directo de I.T. una vez extinguido su contrato de trabajo la enfermedad se prolongue significativamente, descontándose entonces de la prestación de desempleo el periodo que ha permanecido de baja médica.

La reciente sentencia del JS nº 33 de Barcelona, nº 472/2016, de 23 de diciembre, que en aplicación de la STJUE *Asunto Daouidi* reconoce la nulidad del despido del trabajador, considera que se han vulnerado los siguientes preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

- Derecho fundamental a protección en caso de despido injustificado, art. 30 CDFUE: en concordancia con la doctrina del TC<sup>40</sup> que, en relación al derecho al trabajo, art. 35 CE, en su vertiente individual 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. Para el magistrado, 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, contraviene el art. 30 CDFUE.

-Derecho a la integridad física y psíquica de la persona, art. 3.1 CDFUE. En su opinión, aun no habiendo quedado acreditada la presión previa al demandante para que pidiera el alta médica y cesara en la situación de I.T., el despido por causa de estar en dicha situación constituye una lesión al derecho a la integridad física, en tanto que obedece al ejercicio de su derecho a alcanzar tal recuperación.

-Derecho a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, art. 15.1 CDFUE, así como el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud su seguridad y su dignidad, art. 31.1 CDFUE. Al estar en situación de I.T. -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, el despido 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 -puesto que pierde el empleo por causa de ejercer su derecho a proteger su salud- y a la dignidad, toda vez que esta actuación empresarial sólo puede ser percibida como hostil y ofensiva, ya que supone un claro desprecio a sus derechos como trabajador y ciudadano.

- Derecho a la Seguridad social y Derecho a la Protección de la salud , arts. 34 y 35 CDFUE. La decisión empresarial de despedir a un trabajador por causa de ejercitar dos derechos tan fundamentales como los de recibir prestaciones sanitarias y económicas, en situación de incapacidad temporal

---

<sup>40</sup> SSTC 22/81 y 192/03

por causa de un accidente de trabajo, debiera entenderse que lesiona ambos según se encuentran proclamados en la CDFUE.

#### 4. Reflexiones finales

Durante el último año se han dictado pronunciamientos jurisprudenciales aparentemente relevantes que avanza en la equiparación de la enfermedad con la discapacidad a los efectos de calificar como nulo, por discriminatorio, el despido injustificado de trabajadores/as en situación de I.T. Sin embargo, la doctrina del *Asunto Daouidi* deja un amplio margen de apreciación a los tribunales ordinarios, que mayoritariamente, al menos hasta el momento, están interpretando de forma restrictiva aspectos jurídicos indeterminados como qué se entiende por enfermedad duradera, cuánto tiempo debe transcurrir entre la enfermedad o accidente y el despido para que ésta se considere tal, si cabe calificar de duradera una enfermedad reversible, de qué forma valorar en el acto de juicio informes médicos realizados con posterioridad al despido, etc. A ello se añade el hecho de que la empresa, a excepción de lo que ocurre en los accidentes de trabajo, desconoce el diagnóstico de la enfermedad, ya que, como es natural, no tiene acceso a los datos médicos del trabajador -que pertenecen a su estricto ámbito íntimo- por lo que no puede valorar *a priori* el carácter de la enfermedad, tan sólo la duración probable que aparezca en su caso en el parte médico de baja, o la información que llegue a facilitarle la mutua. La afirmación de la STSJ de Cataluña, de 12 de junio de 2017, de que el momento del despido es el único para evaluar el carácter duradero o no previsible de la I.T., puede acabar incentivando a las empresas a realizar con carácter “preventivo” extinciones de contrato de los trabajadores/as enfermos o accidentados durante las primeras semanas de la baja.

En nuestra opinión, no se trataría tanto de equiparar enfermedad con discapacidad cuanto de considerar la enfermedad como una nueva situación asimilada a los efectos antidiscriminatorios, según plantea la Proposición de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación. En este sentido, la segunda de las tesis que hemos expuesto se erige en la más garantista para ambas partes de la relación laboral, siempre y cuando se considere un indicio discriminatorio la propia decisión de despedir sin apoyo de causa alguna. Así, la teoría de la onerosidad sobrevenida que se sustenta en una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo –de acuerdo con la cual el mantenimiento del contrato no se consideraría rentable para la empresa- debe superarse, o al menos reforzarse con la exigencia de alguna prueba empresarial sobre el trastorno económico u organizativo que implica, y para ello, el tamaño y la actividad de la empresa son aspectos a tener en cuenta, junto con la duración de la I.T.

Como decíamos, existe en la normativa de Seguridad Social la posibilidad, para hacer frente a esa onerosidad sobrevenida, de transferir al trabajador/a al pago directo, la cual cabría mejorar con la oportuna reforma para que, en caso de acreditar la empresa dificultades económicas, pudiese realizarse antes de los seis meses, contemplando inclusive la posibilidad de dejar de abonar la mejora voluntaria, si la hubiere, o estableciendo

contrataciones de interinidad bonificadas con el 100% de la Seguridad Social tal y como existen actualmente para las situaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo. En todo caso creemos que la obligación empresarial de cotizar no puede eludirse tan fácilmente como ocurre ahora, trasladando al Estado la carga de las cotizaciones sociales y penalizando al trabajador/a con el despido. En este sentido, la reinstauración en el art. 55.5 ET de una suerte de nulidad automática para los trabajadores en situación de I.T., junto con las propuestas de reforma que planteamos, garantizarían una mayor seguridad jurídica a ambas partes de la relación laboral.

Además, como vemos, no sólo está en juego el derecho a la igualdad y no discriminación de los trabajadores/as, sino también el de la protección de su salud en conexión con el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho al trabajo, o la garantía de indemnidad, corolario al fin y al cabo todos ellos del principio de la dignidad humana.

Por todo ello no podemos confiar, en el estado actual de la cuestión, en que la doctrina en unificación del Tribunal Supremo acabe mejorando la débil protección de los derechos de los trabajadores/as en momentos especialmente frágiles como son las situaciones de I.T.; creemos que deben abordarse las necesarias reformas legislativas para que el trabajo sea, en términos de la OIT, *trabajo decente*, lo que significa “la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”<sup>41</sup>.

Frecuentemente, cuando se habla de derechos fundamentales inespecíficos, se alude al ejemplo gráfico que los describe como un sistema de protección que no se abandona o se “deja fuera”, como si se tratase de una mochila, antes de acceder al centro de trabajo. Si permitimos, sin embargo, que ante la aparición de la enfermedad la empresa reaccione de manera automática mediante el despido, en una decisión a menudo cargada de prejuicios, y que semejante medida resulte avalada por los tribunales en una interpretación laxa de la vulneración de derechos fundamentales que puede comportar, estaremos de facto construyendo un sistema de relaciones laborales en el que el trabajador/a, ciertamente, se convierta en “menos persona” cuando cruce el umbral que separa la calle y la empresa. Y, aunque sólo sea porque todos y todas podemos encontrarnos en esa situación a lo largo de la vida, deberíamos esforzarnos por consolidar, cualquiera que sea el momento y lugar, ese conjunto de derechos que tanto nos ha costado conquistar y que, en último término, definen nuestra condición ciudadana.

---

<sup>41</sup> Extraído de: <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>. Consultado 10/08/17.

## BIBLIOGRAFÍA:

BELTRÁN DE HEREDIA CRUZ, Ignasi. «Despido disciplinario vinculado a incapacidad temporal sigue sin ser motivo de discriminación (STS 3.5.16)». *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 12 de junio de 2016. <http://ignasibeltran.com/2016/06/12/despido-disciplinario-vinculado-a-incapacidad-temporal-sigue-sin-ser-motivo-de-discriminacion-sts-3-5-16-estatuto-trabajadores/>.

———. «Incapacidad temporal y despido injustificado: más reacciones judiciales al caso Daouidi». *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 12 de septiembre de 2017. <http://ignasibeltran.com/2017/09/12/incapacidad-temporal-y-despido-injustificado-mas-reacciones-judiciales-al-caso-daouidi/>.

CORRAL BENEYTO, Ramón. «La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Su contenido y efectos». *Diario La Ley Sección Tribuna*, nº 8511 (2015).

FERNÁNDEZ DOCAMPO, María Belén. «La salud del trabajador como causa de discriminación». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162 (2014).

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia. «Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi». *Trabajo y Derecho*, nº 28 (2017).

GORDO GONZÁLEZ, Luis. «El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 24 (2011).

SÁNCHEZ PÉREZ, José. «El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud». *Revista de Información Laboral*, nº 5 (2017).

SEMPERE NAVARRO, Antonio. «Discriminación laboral por enfermedad». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866 (2013).

