

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



TRABAJO FIN DE ESTUDIOS
GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

.....

**EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES EN
SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL**

Javier Garrón Catalán

DIRECTOR

Miren Itxaso Urzainqui Mugica

Pamplona

Día 15 de enero de 2018

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El objeto de estudio del presente trabajo trata de analizar los supuestos de “Extinción del contrato de trabajo en las situaciones de incapacidad temporal”.

En este caso, tomaremos como punto de partida y como objeto de estudio la extinción del contrato de trabajo en los supuestos donde el trabajador se halle en una situación de incapacidad temporal que le impide trabajar, y se decide dar por finalizada la relación laboral por parte del empresario como consecuencia de dicha situación.

La doctrina jurisprudencial que trata estos tipos de despido ha ido modificándose en los últimos años, dejando interpretaciones muy interesantes por parte de los tribunales que trataremos de desmenuzar para ver de manera clara como se resuelven estos supuestos.

Para entender bien el contexto, analizaremos de manera cronológica, como han venido resolviéndose estos supuestos desde inicios de siglo, y los cambios más importantes que se han producido a nivel de cambio de doctrina en los últimos años, tratando especialmente la última sentencia destacada en este aspecto y lo más reciente hasta la fecha tras dichas modificaciones.

SUMMARY

The object of study of this work consists of analyzing the assumptions of "Termination of the work contract in situations of temporary disability".

In this case, we will take as a starting point and as object of study the termination of the work contract in cases where the worker is in a situation of temporary disability that prevents him from working, and it is decided to terminate the employment relationship by of the entrepreneur as a result of this situation.

The jurisprudential doctrine that deals with these types of dismissals has been modified in recent years, leaving very interesting interpretations by the courts that we will try to shred to see clearly how these assumptions are resolved.

To understand the context well, we will analyze chronologically, how these assumptions have been resolved since the beginning of the century, and the most important changes that have occurred at the level of doctrinal change in recent years, especially dealing with the last sentence highlighted in this aspect and the most recent to date after these modifications

Conceptos clave a tener en cuenta:

- **Incapacidad temporal:** Se entiende que tienen consideración de tal determinación aquellas situaciones de incapacidad temporal “Debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.¹

- **Discapacidad:** Es una condición que merma las capacidades físicas, sensoriales, psíquicas o intelectuales de una persona, las cuales pueden ser de nacimiento o darse de una manera sobrevenida pero que han de ser valoradas y reconocidas mediante el correspondiente certificado administrativo que reconoce dicha situación y el grado de discapacidad emitido por el órgano competente a tal efecto.

El Real Decreto legislativo que recoge los derechos de las personas con discapacidad y de inclusión social define que una persona con discapacidad serán aquellas que “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, 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”.²

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Artículo 169.- Incapacidad temporal; Concepto

² 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; Artículo 4

- **Despido improcedente:** Se entiende como despido improcedente, aquellos despidos en los que las causas alegadas por la empresa para finalizar el vínculo laboral con el trabajador no quedan acreditadas de manera fehaciente o son inexistentes. Los supuestos con tal calificación darán lugar a la empresa a tomar la decisión de; o bien readmitir al trabajador en su anterior puesto con el correspondiente abono de los salarios de tramitación o bien optar por el pago de la indemnización correspondiente para tales supuestos³.

- **Despido nulo:** Se determina como despido nulo los casos donde se vulneran los derechos fundamentales de las personas entre otros (despidos a mujeres embarazadas, supuestos de reducciones o reordenación de condiciones laborales por razones de ser víctimas de violencia de género etc.). Como consecuencia del mismo la empresa deberá readmitir al trabajador en iguales condiciones en las que se encontraba y abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia⁴.

³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.; Artículo 56

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Artículo 55

ÍNDICE

Introducción y palabras clave	
1. Evolución histórica y situación actual del despido en situación de IT.....	Pag. 1
2. Marco normativo aplicable.....	Pag 1
3. Enfermedad vs Discapacidad.....	Pag 3
4. Imprudencia o nulidad como causas de despido en un contexto de enfermedad temporal	Pag 4
5. Evolución doctrinal en la última década.....	Pag 6
I. STJ 11 de Julio 2006 Asunto C-13/05 Chacón Navas.....	Pag 7
II. El caso Ring, de 11 de abril de 2013 Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.....	Pag 11
III. Caso Daouidi 1 de diciembre 2016 Asunto C-395/15.....	Pag 17
6. La postura por parte del Tribunal Supremo	Pag 24
7. Valoración crítica y conclusiones	Pag 27
8. Bibliografía consultada.....	Pag 31
9. Normativa consultada.....	Pag 32

1. Evolución histórica y situación actual del despido en situación de IT.

La manera de resolver los casos de despido en situaciones de incapacidad temporal parecía bastante clara por parte de los tribunales hasta la reciente sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona.

Hasta ahora en España, los tribunales venían considerando que ante estas situaciones no se aprecia una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, y en los casos de existir una causa para el mismo ajustado a derecho el despido era calificado como improcedente y no a la nulidad del mismo; es aquí donde surge el primer punto interesante que hay que analizar.

Los pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional para no admitir los despidos como nulos residía en que la enfermedad como situación que da lugar a una incapacidad temporal no es considerado como un factor de discriminación.

Para poder calificar un despido de una u otra manera, los tribunales dejan clara la diferencia entre enfermedad y discapacidad.

Este es un punto clave que hay que tener en cuenta para poder empezar a comprender las consecuencias que trae un despido en estas situaciones y porqué ha considerado novedosa la sentencia previamente citada.

2. Marco Normativo aplicable

Anteriormente, el primer Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980 de 10 de marzo, preveía la enfermedad del trabajador como una de las causas para declarar un despido nulo.⁵

⁵ Ley 8/1980, de 10 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores; artículo 55; apartado 6; “el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”.

La ley 11/1994 de 19 de mayo de 1994,⁶ modificaría el Estatuto de los Trabajadores, haciendo que la enfermedad no fuese considerada como uno de los motivos de nulidad del despido.

El actual Estatuto de los Trabajadores recoge la discapacidad como uno de los supuestos que derivan en una declaración de nulidad del despido, concretamente en sus artículos 4.1c y 17.1, pero nada dice de la situación de enfermedad, al igual que tampoco lo prevé dentro del ordenamiento nacional la Constitución Española en su artículo 14.

Tomando como referencia la normativa comunitaria, es imprescindible señalar la Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y que trataremos más en profundidad a lo largo del trabajo, pero cabe destacar que esta tampoco incluye el concepto enfermedad como una situación que podamos entender como discriminatoria en sí misma.

La ONU (Organización de las Naciones Unidas), trató de dar un trato más inclusivo a las personas enfermas, aprobando el 13 de diciembre de 2006 en la Convención Internacional sobre los Derechos de personas con Discapacidad, el tratado internacional que protege los derechos de dichas personas y que sería posteriormente ratificado por España el 3 de mayo de 2008.⁷

Esta normativa ratificada por España, recoge en su artículo 1 “son personas con discapacidad “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, y prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad en su artículo 27.

⁶ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.; BOE» núm. 122, de 23 de mayo de 1994

⁷ BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008; INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Finalmente, dentro del ordenamiento nacional, se aprobó en el año 2013 la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.⁸

Esta ley calificaría a las personas con discapacidad a todas aquellas que presenten “Una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”⁹

3. Enfermedad vs Discapacidad

Enfermedad y discapacidad, han de ser entendidos como conceptos diferentes, no equiparables entre sí, y que se ha de tener muy en cuenta ya que en múltiples ocasiones los tribunales han llegado a equipararlos en ciertos aspectos y han dado como consecuencia fallos judiciales muy dispares.

Para poder comprender las calificaciones de los despidos fruto de una situación de enfermedad, es vital entender la diferencia entre ambos conceptos:

Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 2009, consideran que equiparar ambos conceptos sería erróneo ya que no se tratan de lo mismo;

Por una parte, la enfermedad debe entenderse como una alteración de la salud, que afectará al trabajador mermándole de su capacidad para trabajar durante un periodo de tiempo más o menos largo.

⁸ 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. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

⁹ 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. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013; Artículo 2.a

Es esta concepción de merma de la salud de carácter temporal la que determina no solo la diferencia entre los conceptos, sino a su vez las múltiples interpretaciones por parte de otros tribunales a la hora de valorar las situaciones y con ello las posteriores calificaciones del despido.

La discapacidad, por su parte es una minusvalía física, psíquica o sensorial que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada.

Esa calificación de situación permanente, se concede según el ordenamiento español, mediante un procedimiento administrativo el cual será determinante para reconocer la situación del afectado como discapacitado, y con ello entender que su minusvalía tiene un carácter perdurable y permanente en el tiempo.

Diferenciando ambos conceptos, podemos llegar a comprender de mejor manera que las personas aquejadas de una enfermedad temporal, sea del origen que sea, tienen como objetivo su recuperación para poder reincorporarse al puesto de trabajo en la mayor brevedad posible; no así los afectados por una discapacidad, la cual una vez reconocida mediante el correspondiente procedimiento administrativo antes mencionado, desprende de si el carácter de perdurable en el tiempo y con ello afecta a una serie de derechos de diferente entidad que si se tratase de algo pasajero y con miras a una posible recuperación en un periodo determinado.

4. Improcedencia o nulidad como causas de despido en un contexto de enfermedad temporal

Entendiendo la diferencia de conceptos, debemos analizar que supone un despido para un trabajador que se encuentra en alguna de las situaciones mencionadas anteriormente, ya sea de enfermedad o discapacidad.

El punto de partida a tratar, es el despido de un trabajador que se encuentra en una situación de enfermedad que pueda suponerle una alteración o merma en el desarrollo de su profesión, o que diese de cara a futuro, una incapacidad permanente o una situación de discapacidad.

Bajo esta situación surge el primero de los problemas; se trata del conflicto de intereses entre los derechos de los que dispone el empresario a recibir una prestación de trabajo acorde a lo pactado y poder extinguir la relación laboral si se dan las causas previstas por el Estatuto de Los Trabajadores, como puede ser el achacar la situación a una posible ineptitud del trabajador, siendo este uno de los motivos recogidos por la ley que pueden hacer posible la resolución del contrato de trabajo.

La otra parte afectada, el trabajador enfermo, tratará de poner en valor sus derechos, dado que puede existir una posible colisión de derechos fundamentales como el derecho a la salud o integridad física.

Diremos “puede existir” una colisión de derechos fundamentales, porque será la determinación que se haga por parte de los tribunales de la condición del trabajador la que hará posible una calificación del despido como improcedente o nulo.

La consideración por parte de un tribunal de que la enfermedad puede llegar a ser considerada como una discapacidad, dependerá, tal y como prevé la normativa nacional y comunitaria, de que nos encontremos ante un supuesto de vulneración de derechos fundamentales, los cuales gozan de la máxima protección constitucional, dando con ello a una calificación del despido como nulo.

Es aquí donde surgen los problemas a la hora de valorar y calificar, por un lado, la situación que ostenta el trabajador y que ha dado lugar a una evolución doctrinal, y por otro, la reconsideración de los conceptos de enfermedad y discapacidad que van a ser tratados a continuación.

5. Evolución doctrinal en la última década

En la última década, los casos de despido de trabajadores en situación de baja médica, han llevado a muchas y variadas interpretaciones por parte de los diferentes Tribunales. En este periodo cabe destacar 3 sentencias que han sido muy relevantes a la hora de tratar estas situaciones.

- El caso Chacón Navas, de 11 de julio de 2006
- El caso Ring, de 11 de abril de 2013
- El caso Daouidi de 1 de diciembre de 2016

Estas sentencias son las más destacadas, y las que han modificado de manera sustancial la manera de calificar los despidos, ya que anteriormente Sentencias como la del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 2001 determinaba que, “ la enfermedad, si la entendemos en el sentido genérico desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para trabajar, 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 artículo 13 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”:

Este pronunciamiento del Supremo, aunque tiene ya unos años, se recoge en sentencias más recientes, ya que viene a determinar que si una empresa decide despedir a un trabajador que se encuentra en situación de baja médica puede llegar a analizarse si interesa o no a la empresa el despido por temas relacionados con la productividad, pero los tribunales no valoraban en ninguno de los casos la existencia de una posible discriminación que conllevara a la consecuente calificación de nulidad del despido.

I. STJ 11 de Julio 2006 Asunto C-13/05 Chacón Navas

Los hechos que motivan la siguiente sentencia, nacen cuando la trabajadora Chacón Navas, de la empresa Eurest, dedicada al sector de la restauración entra en situación de baja laboral el día 14 de octubre de 2003 no pudiendo realizar su trabajo en el corto plazo.

En fecha 28 de mayo del siguiente año, la empresa le notifica el despido no alegando motivo alguno y reconociendo el carácter de improcedente con su correspondiente indemnización.

La trabajadora el 29 de junio de 2004 demanda a la empresa alegando que su despido era nulo por desigualdad de trato y discriminación propias de su situación de incapacidad temporal anteriormente mencionada.

El supuesto, recae en el Juzgado de lo Social de Madrid nº33 quien decidió consultar al TJUE las cuestiones prejudiciales siguientes:

- En base a la directiva 2000/78 la cual establece un marco general de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad, ¿Podría aplicarse dentro de su marco protector el caso de esta trabajadora despedida únicamente por la razón de encontrarse en situación de incapacidad temporal?
- Subsidiariamente, podría o no igualarse a una situación de discriminación planteada por la presente directiva.

En esta sentencia es importante destacar los pronunciamientos más destacables por parte del TJUE en la misma:

En primer lugar, la valoración que hace del concepto discapacidad y en que se basa; “Para definir el término «discapacidad», procede, a su juicio, acudir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud («CIF») de la Organización Mundial de la Salud. De ella resulta, según el órgano jurisdiccional remitente, que la «discapacidad» es un término genérico que incluye las

deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. La enfermedad, precisa, puede producir deficiencias que discapaciten al individuo.”¹⁰

Como se puede apreciar, matiza que la enfermedad “puede” producir una futura discapacidad, entendiendo así que en una primera valoración no puede asimilarse ambos conceptos entre sí, algo determinante a la hora de valorar una posible calificación del despido.

En el siguiente párrafo citado de la sentencia Chacón Navas, se incide de manera concreta en la importancia de diferenciar ambos conceptos. ¹¹

El TJUE en base al auto de remisión entiende que el órgano judicial remitente ya ha estimado una relación de causalidad entre ambos conceptos (Enfermedad y discapacidad), y es por ello que entiende que la señora Navas ha de ser protegida en virtud de las prohibiciones ante discriminaciones por motivos de discapacidad.

Aquí es por tanto donde radica una de las cuestiones de análisis principal planteada; valorar si en el momento de despido la afectada era considerada una persona discapacitada en el sentido que la Directiva 2000/78 prevé. ¹²

Para comprender si el supuesto presente puede encuadrarse o no dentro del marco de esta Directiva, la sentencia en su párrafo 38 establece que el primer paso será interpretar el concepto de “discapacidad” a efectos de la Directiva y posteriormente ver en qué medida protege la misma a los posibles afectados en lo referente a un supuesto de despido.

¹⁰ STJUE (Gran Sala) del 1 de julio de 2006; asunto C-13/05; párrafo 22

¹¹ STJUE (Gran Sala) del 1 de julio de 2006 ; asunto C-13/05; párrafo 23; “ *la enfermedad puede dar lugar a una discapacidad irreversible, el órgano jurisdiccional remitente estima que los trabajadores deben estar protegidos en el momento oportuno en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad.* ” ; párrafo 24 “*Para el supuesto de que se estime que la discapacidad y la enfermedad son dos conceptos diferentes y que la normativa comunitaria no es directamente aplicable a esta última, el órgano jurisdiccional remitente sugiere que se considere que la enfermedad constituye una seña identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquellas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.*”

¹² SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) del 1 de julio de 2006; asunto C-13/05; párrafo 29.

El concepto de discapacidad no viene definido como tal en la Directiva, dejando así a la normativa comunitaria de cada estado la determinación y alcance.¹³

Entiende el TJUE que la finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación, siendo la discapacidad una de las limitaciones para el desarrollo de la vida profesional.

Esta limitación para llevar una vida laboral y profesional, es importante considero, ponerla en relación con la normativa nacional que protege a los casos de discapacidad en el trabajo; concretamente; El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4.2 establece “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”, que unido a otra normativa nacional como puede ser la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁴, en su artículo 25 resalta “regula la obligación de la Protección de trabajadores/ as especialmente sensibles a determinados riesgos, define a los mismos, como Ergonomía Adaptación o Cambio de puesto de trabajo Trabajador/a especialmente sensible 13 Incapacidad y adaptación o cambio de puesto de trabajo aquellos trabajadores/as que por sus propias características o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a determinados riesgos, indicando que para conseguirlo, se establecerán las medidas y se desarrollarán las actividades que se consideren necesarias.

Dentro de este grupo, podríamos considerar embarazadas, jóvenes, inmigrantes o trabajadores/as con determinadas características o patologías, que sin tener deficiencia, discapacidad o minusvalía alguna...”.

¹³ En el caso de España, el procedimiento de reconocimiento de una discapacidad, ha de iniciarse a instancia del interesado, presentando los documentos justificativos de la situación para una posterior valoración por el órgano técnico dependiente de las Comunidades Autónomas (EVO). El certificado de reconocimiento por tanto es un documento oficial emitido por una Administración Pública estatal.

La OMS por su parte si define la discapacidad como “*Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*”.

¹⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Esta forma de protección a personas con una situación de discapacidad viene reflejada en el punto 45 de la sentencia “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”.

Vemos la importancia que da tanto el legislador comunitario como los estatales a la adaptación del puesto de trabajo en supuestos de que un trabajador pueda tener obstáculos en su participación laboral durante un periodo prolongado de tiempo.¹⁵

Con todo esto, parece evidente una vez más que la diferenciación del concepto enfermedad o discapacidad es determinante, así lo aclara nuevamente en los puntos 46 y 47 de la sentencia, donde matiza que no se aplicarán los principios que protegen ante la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad.

Ante el caso de un despido exclusivamente por encontrarse enfermo, no cabría aplicar la Directiva 2000/78.

De todas las consideraciones que hace el legislador responde a la primera cuestión prejudicial determinando que una persona a la que le despida su empresario, como es este caso, por la única y exclusiva causa de enfermedad no cabe aplicar la directiva 2000/78 , oponiéndose a llegar a considerar el despido como nulo, o aplicables por tanto todas las medidas de ajuste del puesto necesario para el desempeño correcto de las funciones, dado que estos ajustes están previstos solo y exclusivamente para situaciones de discapacidad y no de enfermedad.

Termina por concluir la Gran Sala que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.”¹⁶

¹⁵ También se realizarán ajustes razonables en base al artículo 5 de la Directiva 2000/78 de 27 de Noviembre de 2000, Relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Artículo al que se remite la sentencia en el punto 50 de la misma.

¹⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) del 1 de julio de 2006; asunto C-13/05; conclusiones finales.

II. El caso Ring, de 11 de abril de 2013 Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11

La sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 resuelve el caso de dos trabajadoras danesas que son despedidas por repetidas inasistencias al trabajo consecuencia de unas dolencias las cuales les impedía la realización de una jornada laboral completa.

Una de las cuestiones que se formulan al TJUE es si el concepto de discapacidad para el cual aplicamos la Directiva 2000/78 entiende también que una persona que puede realizar su trabajo solo de manera limitada (no durante una jornada laboral completa) y sea una situación duradera o permanente cabe dentro del marco normativo de esta directiva, o directamente tiene que no poder llevar a cabo su trabajo bajo ningún concepto.

Se vuelve a plantear por tanto al TJUE por parte del tribunal nacional como interpretar el concepto de “discapacidad” que recoge la Directiva 2000/78, cuestionando si “Debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente.”¹⁷

Ante esta cuestión, el TJUE respondió “El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es

• ¹⁷ VELASCO PORTERO, TERESA M^a. “Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, en *Temas Laborales* num. 131/2015. Pág. 238

determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.”¹⁸

Analizando estas conclusiones del tribunal, podemos ver que considera el concepto “discapacidad” como una enfermedad de larga duración, ya sea esta curable o no pero que limite la vida profesional del afectado durante un largo periodo de tiempo.

Esta manera de considerar la enfermedad de larga duración como una posible situación equiparable a la discapacidad, es para algunos autores determinante, y debería obligar a revisar la separación de ambos conceptos.¹⁹

Ante esta respuesta del TJUE, podemos compararla con el previo pronunciamiento de la sentencia Chacón Navas, la cual ya ha sido analizada.

En este caso, el elemento diferenciador es como llega el tribunal a poder asimilar una enfermedad a una situación de discapacidad si se trata de una enfermedad prolongada en el tiempo.

Esta matización, aunque siga aplicándose los principios antidiscriminatorios contra la discapacidad de la Directiva 2000/78 trata de dar una solución a esas enfermedades, prolongadas en el tiempo, que no terminan de curarse y de permitir al individuo su reintegración laboral de manera íntegra pero que a su vez no dan lugar a que sean reconocidas como discapacidad.

Esta sentencia tiene una relevancia clave para fallos posteriores que analizaremos a continuación por el hecho de llegar a ver el concepto de “discapacidad” no únicamente como la imposibilidad de ejercer la actividad profesional, ya que la mera dificultad para el ejercicio también podría equipararse.

¹⁸ VELASCO PORTERO, TERESA M^a. “Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, en *Temas Laborales* num. 131/2015. Pág. 238

¹⁹ Sempere Navarro, A.V., «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013 (2013). Para Sempere, esta sentencia obliga a revisar la separación entre enfermedad y discapacidad, delimitando una nueva figura a la que denomina «enfermedad asimilada» y cuya protección será la misma de la de la discapacidad. Las dolencias lumbares (sobre las cuales se pronuncia expresamente la sentencia) tendrían esta consideración, y también otras como la diabetes o el asma.

Es vital para ver el cambio que el TJUE introduce en la sentencia Ring, como se han pronunciado los distintos tribunales a posteriori de la misma:

El caso Karsten Kaltoft ²⁰ recoge el caso de un funcionario que llevaba 15 años trabajando para la administración danesa, concretamente como cuidador infantil. En el año 2010 fue despedido causa de la disminución de carga de trabajo y a sus condiciones físicas.

El señor Kaltoft interpone demanda contra el ayuntamiento de Billund para el cual trabajaba por medio del sindicato danés FOA. Posteriormente el tribunal encargado de resolver el tema decidió plantear como cuestiones prejudiciales al TJUE si es una discriminación por razón de obesidad un despido de este tipo conforme al derecho de la Unión y también si ha de considerarse la obesidad como una situación asimilada a discapacidad y por tanto aplicarle la protección de la Directiva 2000/78.²¹

Las cuestiones prejudiciales planteadas tienen en primer lugar el objetivo de determinar si la obesidad es considerable un motivo autónomo de discriminación y por tanto ilegal en base al principio general de Derecho de la Unión que prohíbe cualquier forma o tipo de discriminación en el mercado de trabajo.

La segunda cuestión sería resolver si la obesidad estaría o no incluida como “discapacidad” según el concepto de la misma en base a la Directiva 2000/78.

²⁰ Sentencia TJUE. Asunto C-354/13 (Fag og Arbejde (FOA), por cuenta de Karsten Kaltoft /Kommunernes Landsforening) de 18 de diciembre de 2014.

²¹ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL; SR. NIILLO JÄÄSKINEN; presentadas el 17 de julio de 2014 (1) Asunto C-354/13 ; Hechos y cuestiones prejudiciales.

En las conclusiones del abogado general se exponen en el punto 16 ²² las disposiciones recogidas en los Tratados de la Unión para luchar contra la discapacidad.

Por otra parte, resolviendo la cuestión prejudicial de si es la obesidad una discapacidad, el tribunal considera que siguiendo el concepto de discapacidad previsto en la Directiva 2000/78 una vez más, no aparece recogido como tal pero, en base a las sentencias previas del Tribunal y que ya hemos analizado, el hecho de considerar asimilables a “discapacidad” todas aquellas enfermedades curables o incurables que acarreen limitación puede llegar a incluir la obesidad como una enfermedad, que dependiendo del grado de la misma y de las limitaciones que produzca al trabajador en el desempeño de sus funciones llegue a considerarse como “discapacidad”.

Es evidente en este caso que la enfermedad por sí misma no la equipararemos a una discapacidad en el sentido que la Directiva establece, pero el grado de dificultad para la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones respecto del resto de trabajadores sí puede llegar a considerarse como tal, y aplicar la normativa correspondiente para el caso concreto.

Con todo lo expuesto, vemos como el Tribunal de Justicia destaca sobre todo no sólo la imposibilidad de poder o no realizar la actividad profesional, sino cualquier dificultad, lo cual haría posible una aplicación de la Directiva cuyo principal objeto es hacer efectiva la igualdad de trato, en particular de las personas con discapacidades o dificultad a la hora de ejercerlo.

Resalta también el tribunal como el hecho de que no se adoptaran medidas de ajuste en beneficio del Sr. Kaltoft no basta para considerar que el mismo no esté

22 Existen cuatro disposiciones de los Tratados que abordan la cuestión de la discapacidad. Son el artículo 10 TFUE según el cual «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] discapacidad [...]»; el artículo 19 TFUE que establece la base legal para que la Unión adopte medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad; el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») que prohíbe «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de [...] discapacidad»; y el artículo 26 de la Carta que dispone que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

discapacitado a efectos de dicha directiva, dejando así al órgano jurisdiccional nacional el determinar si la obesidad del Sr. Kaltoft está incluida o no como “discapacidad”.

Si tomamos como referencia sentencias de tribunales españoles más recientes que toman en consideración la evolución de doctrina que supuso la sentencia Ring de 2013, podemos encontrar como destacable la Sentencia Social Nº 3180/2016, Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1, Rec 799/2016 de 26 de Mayo de 2016.

En esta Sentencia, la Sra. Constanza es despedida de la empresa CLECE, S.A. el día 1 de agosto de 2015, por motivos disciplinarios, alegando la empresa una disminución de su rendimiento, encuadrando el despido en conformidad a lo establecido en el art. 54.2 e) del Real Decreto Legislativo 111995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En primera instancia, se declara nulo el despido por discriminación, y se recurre mediante esta sentencia que analizamos.

En este caso se confirma el pronunciamiento de instancia en cuanto a la nulidad, ya que considera discriminatorio en base a los criterios sentados por el TJUE tras la sentencia Ring analizada previamente.

Tras esta sentencia, destaca el tribunal que ya no es posible mantener una separación rígida entre enfermedad y discapacidad, debiendo analizar el caso concretamente.

Además, nos remite a la STC 62/2008 donde el TC distingue dos supuestos donde la enfermedad puede causar discriminación o no.

Una es el supuesto donde se aprecia la estigmatización sufrida por el trabajador afectado por la enfermedad; Y otro, cuando el factor de enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

En estos casos, lo que hace el TC es valorar si un trabajador es despedido por la mera concurrencia de enfermedad sin que exista cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar la prestación laboral objeto del contrato. Así pues, aquellos casos donde la enfermedad no tiene incidencia en la aptitud del trabajador. Caso de enfermedades o dolencias que originen sin fundamento alguno un rechazo determinado, como pueda ser un contagio u otras circunstancias las cuales no disminuyan el rendimiento o aptitud laboral de modo real y efectivo.

Estos dos supuestos previstos por el Tribunal Constitucional, añadido al término que hemos visto previamente como enfermedad asimilada a discapacidad son los que pueden llegar a interpretar el caso de un despido como nulo.

Este supuesto es claro para ver la comparación con la STJUE de 11 de abril de 2013, ya que analiza el tribunal una por una las condiciones que el tribunal europeo impuso, y las analiza en el caso concreto.

- Enfermedad diagnosticada (ya sea curable o incurable): En el presente caso, la actora estaba diagnosticada de “trastorno depresivo grave, EPI, recurrente”.
- Que la enfermedad acarree una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
- La larga duración; la situación de IT duró desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre del 2015 por agotamiento de plazo, más de 9 meses en el momento del despido 31 de julio de 2015. Destaca el tribunal el carácter de recurrente de la dolencia.

Ante tales requisitos presentes en el caso, se entiende que estamos ante un supuesto de enfermedad asimilada a discapacidad y por ello podemos emplear la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 200/78.

III. Caso Daoudi 1 de diciembre 2016 Asunto C-395/15

La sentencia Daoudi es una de las más recientes y relevantes a la hora de tratar el tema del despido en situación de incapacidad temporal.

Para centrar este supuesto, los hechos que dieron lugar al inicio de este proceso fueron los siguientes:

Un trabajador es contratado por la empresa demandada el 17 de abril de 2014 mediante un contrato de duración determinada a jornada parcial para prestar servicios durante tres meses, y que posteriormente se vería ampliado a nueve meses.

En octubre de 2014, el trabajador sufre un accidente de trabajo, dando lugar a su situación de incapacidad temporal.

Tras dos meses de proceso de baja médica, recibe el comunicado de su empresa de despedirle disciplinariamente alegando en la carta “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 ”.²³

La demanda de despido recae en el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, el cual decide plantear una serie de cuestiones prejudiciales ante el TJUE dado que no ve con claridad la nulidad solicitada por el demandante.

Así pues, el TJUE en su sentencia de 1 de diciembre de 2016 asunto C-395/15 tratará de dar solución a estas cuestiones prejudiciales que fueron planteadas en el auto de fecha 14 de julio de 2015 por el juzgado de primera instancia.

²³ STSJ CAT 4294/2017; 12 de Junio 2017; Antecedente de hecho primero punto séptimo.

Se plantean 5 cuestiones prejudiciales, de las cuales 4 de ellas hablan de cómo interpretar la decisión de despedir a un trabajador por el mero hecho de estar en situación de incapacidad temporal y aplicar si fuese posible los artículos contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuestiones a las que el TJUE responde negativamente, y se centra en dar respuesta a la quinta y última cuestión prejudicial:

“5) ¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” — como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?”²⁴

El TJUE trata de apuntar en su sentencia como desde la Convención de la ONU sobre discapacidad, puede aplicarse la Directiva 2000/78, siendo esto posible ya que tras ratificarse por la ONU, el Tribunal de justicia entiende el concepto de discapacidad como “ 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”.

Dado que la Directiva incluye las discapacidades fruto de un accidente, si este acarrea unas dolencias de cualquier tipo, ya sean físicas, mentales o psíquicas que impidan la participación plena del individuo durante un periodo largo de tiempo y cabe destacar la matización de “en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” puede estar incluido en el sentido que la Directiva 2000/78 entiende la discapacidad.

Queda evidente que el no poder realizar el trabajo en igualdad de condiciones a los demás hace que los tribunales puedan llegar a aplicar esta Directiva, pero a su vez, nada se aclara por parte del TJUE ni lo fue tampoco en la Convención de la ONU el concepto “larga duración de las deficiencias”, dejando así el tribunal europeo a los tribunales nacionales una interpretación autónoma del concepto.

²⁴ STJUE 1 de diciembre de 2016; asunto C-395/15; punto 36 referente a la quinta cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona.

El no determinar correctamente el concepto de “enfermedad duradera” o “carácter duradero”, hace que puedan darse interpretaciones muy dispares por parte de los tribunales nacionales, haciendo que, si un sujeto se encuentra en situación e incapacidad temporal recogida por el derecho nacional y de duración incierta, no implica calificar la misma como duradera a efectos de una posible discapacidad y la consecuente posterior calificación del despido.

El TJUE lo único que determina es que los indicios que permiten valorar si la limitación es duradera serán; “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”.²⁵

En todo caso la comprobación del carácter duradero será siempre basada en los elementos objetivos que se desprendan de todo informe médico o documento acreditativo de la situación del afectado.

Tras el pronunciamiento del TJUE en su Sentencia de 1 de diciembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, tras dar audiencia a las partes para determinar si la situación puede incluirse en la definición “duradera” tras las pruebas practicadas, determina que concurren suficientes motivos para declarar el despido como nulo.

El Juzgado de lo Social aprecia así la concurrencia de una limitación duradera calificable de discapacidad y a su vez aprecia que dicha limitación duradera es la que realmente motiva el despido por ineptitud sobrevenida del trabajador.²⁶

Con todo ello, el despido ante la no reincorporación en corto plazo del trabajador constituye para el Juzgado de lo Social de Barcelona una discriminación directa por razón de discapacidad o como bien dice “alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su discapacidad, su despido ha supuesto una “barrera”

²⁵ STJUE 1 de diciembre de 2016; asunto C-395/15; punto 56

²⁶ ST 472/2016 de 23 de diciembre de 2016; Rec. Nº 1219/2014; Fundamentos Jurídicos noveno y décimo.

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”.²⁷

Así pues, calificado el despido como nulo por parte del Juzgado de Instancia, la empresa decide interponer recurso contra la misma, dando lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia²⁸, la cual recoge los siguientes aspectos relevantes.

Se analiza si un despido cuya causa real es la situación de enfermedad (derivada de accidente de trabajo en este caso), puede ser calificada como trato discriminatorio a efectos del artículo 14 CE y por tanto nulo.

En caso contrario, se trata de analizar si atenta contra el derecho a la integridad física, la salud o dignidad de toda persona que recoge el artículo 15 CE, que daría lugar a considerar un despido injustificado sin causa, y con ello nulo.

En esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia destacan varios aspectos interesantes, resaltando sentencias previas, como pueden ser las recogidas en la doctrina Ring y otras del Tribunal Supremo para argumentar de manera suficiente la no asimilación del caso planteado a una situación de discapacidad, y por tanto revocando el fallo de instancia que dictó la nulidad.

La sentencia toma como referencia el pronunciamiento del TS en su sentencia del 3 de mayo de 2016²⁹, concretamente el fundamento de derecho 3, punto tercero.

En este punto concreto de la sentencia, nos remite al pronunciamiento del mismo tribunal en la sentencia de 27 de enero de 2009³⁰ donde se examinaba un despido alegando falta de rendimiento, tras el cual la causa real eran las situaciones de IT, determinando la no equiparación entre enfermedad y discapacidad que hemos analizado a efectos de discriminación.

²⁷ ST 472/2016 de 23 de diciembre de 2016; Rec. N° 1219/2014; Fundamento Jurídico décimo, punto 10.

²⁸ STSJ CAT 4294/2017; de 12 de junio de 2017; Rec. n° 2310/2017

²⁹ STS 3 de mayo 2016; n° de recurso 3348/2014

³⁰ STS 27 de enero de 2009, recurso 602/2008

Aquí el TS tiene en consideración su sentencia de 29 de enero de 2001 basada en el artículo 14 CE y que ya hemos analizado.³¹

Otro de los elementos en cuestión es una vez más el de estar ante una situación de discriminación relacionada con el concepto de “discapacidad” que recoge la Directiva 2000/78 y que habrá que analizar en base a la ya aplicación de la misma en sentencias de importancia como es la doctrina Ring.

Si avanzamos más en la consideración de normativa a tener en cuenta, podemos encontrar los convenios internacionales ratificados por España, concretamente el artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo.³²

Con ello se ve claramente la intención de apreciar la declaración de nulidad en los supuestos que se entienda injustificada o carente de causa la decisión de extinguir la relación laboral si la misma lleva aparejada infracción de los derechos constitucionales entendidos como fundamentales.

Recordemos que para recoger la declaración de nulidad debe apreciarse la infracción de derechos fundamentales o discriminación desde el punto de vista constitucional.³³

³¹ Nuevamente se alude a considerar la enfermedad como una situación no asimilable a la discapacidad dado que la enfermedad entendida en sentido genérico es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de trabajadores. Diferente, matiza los supuestos de enfermedades derivadas del embarazo ligadas a la condición de mujer, que, si pueden ser calificadas de discriminatorio, viciado de nulidad.

³² Convenio 158 Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador; Artículo 4; *“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.”*

³³Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 96; *“En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo... discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

El principio general que limita el despido exige que para ser lícito el mismo no tendrá que quedar sujeto únicamente a requisitos de forma, sino también a las razones de fondo que no podrán en ningún caso violar los derechos fundamentales recogidos en la constitución.

La sentencia en este caso no asimila discapacidad a incapacidad temporal, lo que si estima es que la situación de incerteza que implica un proceso de IT no implica que la limitación de las capacidades del trabajador se pueda considerar de carácter duradero, elemento que como hemos visto es vital para la aplicación de la Directiva, la cual de aplicarse si pudiese derivar en una eventual declaración de nulidad de la calificación de despido.

La nueva doctrina avanza con respecto a los supuestos en que en base a la aplicación de la doctrina constitucional STC 62/2008 que hemos visto la IT supone un factor de estigmatización claro y directo.

Se entiende que el momento en que se produce el hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del trabajador no presente una perspectiva bien delimitada en cuando a su recuperación o a finalización en el corto plazo, de modo que puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Así pues, la sentencia considera que para aplicar la doctrina Ring, entendiendo un trato desfavorable por motivos de discapacidad solo será de aplicación la Directiva 2000/78 y su protección cuando sea de aplicación el concepto de enfermedad equiparable a una discapacidad que ya hemos analizado como concepto asentado dentro de la doctrina jurisprudencial nacional.

Podemos tomar como precedentes sentencias de Tribunales de Justicia, como es el caso de la sentencia del TSJ Gallego ³⁴ donde se aprecia un caso de discriminación indirecta por razón de discapacidad si aplicamos el concepto de enfermedad equiparable.

³⁴ STSJ de Galicia, de 22 de diciembre de 2015, rec. Núm 3689/2015

En este caso, una trabajadora afectada por una enfermedad crónica es despedida por su empresa alegando esta motivos de absentismo recogidos en el art. 52d) del Estatuto de los Trabajadores³⁵.

La persona afectada por enfermedades crónicas se encuentra más expuesta que el resto de trabajadores que no ostenten esta condición ya que la propia limitación le hace más susceptible de acumular faltas de asistencia al trabajo que puedan dar cierta objetividad al motivo de despido, así lo expresa muy claro en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia, donde resalta la importancia de los siguientes factores:

- Dolencias de carácter previsiblemente permanente como es el caso de las dolencias lumbares de la actora.
- Afirmada la condición de discapacitada, el tribunal analiza la correcta aplicación del artículo 52.d ET nuevamente, donde, aunque no existe una discriminación directa por motivo de discapacidad se entiende que un trabajador con estas condiciones tiene una exposición de riesgo superior a un trabajador que no la posea y con ello “está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo.”³⁶

Dicha consideración de que la condición de enfermedad asimilada a discapacidad es un hecho objetivo que incrementa las probabilidades de correr mayor riesgo en la acumulación de días de baja por enfermedad, el TSJ estima el recurso de

³⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; artículo 52 Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas ; “d) *Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*”

³⁶ STSJ de Galicia, de 22 de diciembre de 2015, rec.. Núm 3689/2015 ; Fundamento de derecho sexto; párrafo tercero.

suplicación, declarando nulo el despido y condenando a la empresa a la readmisión inmediata de la trabajadora con el correspondiente abono de salarios no percibidos.

La misma línea venían siguiendo en la aplicación del nuevo concepto de discapacidad, tribunales como el catalán, que, en su STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015, rec. Núm 7053/2014 declara nula la decisión de extinción del contrato de trabajo llevada a cabo por la empresa, en este caso por ineptitud sobrevenida del artículo 52 a) del ET, fruto de una patología coronaria que padecía el trabajador, impidiéndole la realización de esfuerzos, ante los cuales la empresa obvió su deber de aplicación de los protocolos preventivos precedentes y con ello cabría la aplicación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido en la Directiva dada la larga duración de la patología.

6. La postura por parte del Tribunal Supremo

Entre las sentencias más recientes y destacadas en supuestos de despido en situación de IT, tenemos la STS 3 de mayo de 2016.³⁷

En este caso con fecha 19 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en primera instancia declaró el despido como nulo por concurrencia de vulneración de los artículos 23.1, 14 y 15 CE por indefensión y discriminación en el despido además de lesión al derecho a la integridad física.

La trabajadora sufrió un accidente en fecha 1 de marzo de 2013 camino del trabajo provocándole una lesión cervical e iniciando el correspondiente proceso de IT, finalizado el día 28 de marzo del mismo mes con el alta médica, pero la trabajadora ya había sido despedida mediante despido disciplinario el día 11, llevando tan solo 10 días de baja.

La empresa se remite a un despido disciplinario en base al artículo 54 ET, el cual podemos ver reflejado en la sentencia, concretamente en el antecedente de hecho segundo.

³⁷ STS 3 de mayo 2016 (rec. 3348/2014)

Asimismo, la empresa se vale de ratios de rendimiento para justificar la bajada de la ratio promedio de la trabajadora en comparación a sus compañeros alegando una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento y con ello una transgresión de la buena fe contractual. Importante resaltar también que posteriormente en fecha 6 de septiembre de 2013 se diagnostica a la demandante con “trastorno de ansiedad generalizado” y aludiendo también a las sesiones de rehabilitación funcional en mutua privada derivadas del latigazo cervical producido en el accidente.

La empresa en suplicación consigue que la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña³⁸ revoque la sentencia impugnada, declarando improcedente el despido de la actora. Concluye la Sala que “la mera decisión de despedir a la trabajadora en situación de IT, no comporta una actuación dirigida a atacar su salud o recuperación, no suponiendo lesión del derecho del art. 15 CE, ni del derecho a la dignidad del artículo 10 CE.

Tras un examen de las sentencias dictadas por el TJUE, casos Chacón Navas y Ring, concluye que el análisis de ambas sentencias permite igualmente no compartir la afirmación que se contiene en la sentencia de que esta última sentencia del TJUE cuestiona la rígida separación entre enfermedad y discapacidad en la que se fundamenta la doctrina del TS que hemos señalado.”³⁹

Con lo expuesto anteriormente podemos hacer una comparación de esta sentencia con la doctrina “Chacón Navas” y “Ring”.

En este caso aplicando la doctrina “Chacón Navas”, vemos que sigue el mismo razonamiento el TS en cuanto a la distinción de los conceptos discapacidad y enfermedad.

El Supremo en este caso considera que no se trata de un criterio discriminatorio causado por la enfermedad, ya que la empresa pretende restituir los trabajadores y así continuar la productividad y dando servicio, no siendo la existencia de enfermedad la

³⁸ Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya; Sentencia del 1 de julio de 2014, recurso número 956/2014

³⁹ STS 2351/2016; 3 de mayo de 2016; nº de recurso 3348/2014; fundamento de derecho primero, punto nº 2, párrafo segundo.

propia causa de la decisión de despido, sino la incidencia que esta conlleva en la productividad.⁴⁰

Por ello la sentencia determina que no se puede declarar nulo el despido por el razonamiento siguiente: “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla”.⁴¹

Poniendo la sentencia en relación con la doctrina “Ring”, se valoran los puntos que determinarían en base a esta doctrina la asimilación de enfermedad a discapacidad según el TJUE.

No podría entonces aplicado al caso calificar la situación de discapacidad ya que solo habían pasado 10 días de IT en el momento que se produjo el despido, sumando el hecho de que el día 28 del mismo mes recibió el alta médica no se aprecia una limitación causada por la enfermedad que le impida una participación plena en el trabajo en igualdad de condiciones.

No siendo una trabajadora discapacitada, ni su IT derivada de una discapacidad no podría aplicarse la doctrina “Ring”.

⁴⁰ Nuevamente la sentencia nos remite a la STS 27 de enero de 2009 recurso 602/2008 por el supuesto de falta de rendimiento con causa real en situaciones de IT , no equiparando discapacidad y enfermedad y calificando por ello improcedencia y no nulidad; Además se remite nuevamente a la sentencia 29 de enero 2001 ; “la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo”.

⁴¹ STS 2351/2016; 3 de mayo de 2016; nº de recurso 3348/2014; fundamento de derecho tercero, punto nº 6

7. Valoración crítica y conclusiones

Desde mi punto de vista crítico, valorando las conclusiones expuestas por los tribunales, vemos en primer lugar que es un tema que está a día de hoy muy abierto en cuanto a las consecuencias y aplicación de normativa; me explico.

Vemos como ha habido una evolución a la hora de valorar un supuesto de despido en caso de IT, dado que anteriormente se tomaba como válido la doctrina aplicada desde el año 2001 y prácticamente la calificación del despido se entendía como improcedente sin valorar prácticamente muchos de los aspectos que la doctrina “Chacón Navas” o “Ring” siguen como guión para la resolución de estos conflictos.

Es innumerable el número de veces que los tribunales recurren a la aplicación de la normativa comunitaria que hemos analizado, la Directiva 2000/78, la cual está presente en todas y cada una de las sentencias, y en caso de duda en su aplicación se remite a sentencias de tribunales que tratan de aplicarla como buenamente pueden.

Digo buenamente aplicable ya que sigue sin existir a día de hoy un criterio claro y preciso para determinar cuando estamos ante una situación de IT simplemente, o si la enfermedad puede tornarse en discapacidad.

La Directiva 2000/78 tiene el fin de establecer un marco de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que, a pesar de establecer un marco de lucha contra la discapacidad, no precisa que se entienda por ello o cuando podemos estar ante un caso de enfermedad asimilada a discapacidad.

El llegar a incorporar el concepto de enfermedad asimilada a discapacidad, me parece un progreso en cierta medida, ya que en muchas ocasiones si nos ceñimos a considerar a una persona como discapacitada solamente cuando un certificado de discapacidad así lo diga, serían muchas las situaciones donde correrían riesgos adicionales a la hora de ser despedido, además que está en manos de cada estado la determinación de considerar o no discapacitado a una persona según los procedimientos médicos de cada país.

Hoy en día es sabido que las enfermedades crónicas están en aumento, y en muchas ocasiones no es apreciable la verdadera dificultad que tienen los afectados para realizar un desempeño profesional pleno, cómodo y no siendo discriminado.

Considero que hay dos vías para atajar el problema, ya que está muy bien hablar de que una enfermedad “duradera”, “perdurable” en el tiempo puede llegar a equipararse a discapacidad con las consecuencias en un despido que ello conlleva, pero al igual que se ha intentado avanzar en la diferenciación del concepto enfermedad y discapacidad, debería también determinarse y concretar en mayor medida que significa duradero en estos supuestos.

En todos los casos tras el caso Ring, la duración de la limitación es determinante para que podamos equiparar ambos conceptos.

Veo que ambos conceptos tienen una manera de definirse muy ambigua y abierta, sobre todo el de discapacidad, ya que una limitación “que persista...”, “cuya certeza sólo pueda conocerse mucho más tarde a la fecha de despido”,⁴² me parecen valoraciones muy a la ligera cuando lo que se está valorando de fondo es el estado de salud de una persona y las aptitudes de la misma para trabajar.

El llegar a considerar criterios de absentismo en determinadas sentencias, a pesar de que la ley lo permita como motivo de despido, me parece que pierden todo su sentido si tienen como fondo un supuesto donde se da la merma de salud de un trabajador.

El valorar la enfermedad como: si es o no equiparable a una discapacidad lo considero un elemento que debería estar fuera del alcance de los tribunales, ya que como hemos visto, cada uno entiende una cosa diferente, y no solo eso, sino que basan equiparar conceptos o no a un elemento el cual es “la duración de la limitación” la cual a día de hoy no está tasada, ni regulada, ¿Cuánto es considerado un periodo prolongado de IT?

⁴² Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot ; presentadas el 26 de mayo de 2016; Asunto C/395/15 Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. ; punto 47.

Aquí el asunto de fondo, es el despido, y no solamente eso, sino la situación de la que viene motivado, que es un trabajador en situación de baja, y ya sea enfermo o discapacitado, considero que habría que dejar el “llamar” al afectado de una u otra manera y protegerlo tratando el despido como nulo en caso de que se diese.

Esa debería de ser la primera de las premisas que debería de incluirse en supuestos de este tipo, y no solamente eso, sino que la valoración del tiempo “suficiente” que haya podido estar o no enfermo el trabajador debería de ser siempre determinado por el personal médico competente, siendo su valoración la única a tener en cuenta si lo que valoramos es una duración en el tiempo de una enfermedad, y de lo contrario establecer unos límites temporales en la ley que determinen finalmente cuando podamos entender como duradera o no la situación de baja y saber correctamente que normativa aplicar y evitar así finalmente la ambigüedad jurisprudencial que se está dando en un asunto tan delicado.

Al igual que se ha modificado la normativa en los años previos para dar una vuelta de tuerca a los supuestos de despido disciplinario, no veo porque no se ha incluido el supuesto de enfermedad como uno de los motivos de discriminación.

Que la Constitución no recoja la enfermedad, como un motivo expresamente de discriminación o la Directiva 2000/78 no defina correctamente la discriminación no me parece motivo de peso con los tiempos que corren si analizamos los casos que día a día se dan de enfermedades ya sea crónicas, raras, u otras, que realmente suponen una serie de dificultades en el ámbito laboral para los afectados si lo comparamos con la de sus compañeros de trabajo, pero que a su vez no gozan de una solución o medida por parte de ninguna normativa.

La OMS cataloga la discapacidad como un “término general que abarca deficiencias y limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación.”.

Entendido desde el punto de vista de lo analizado en el presente trabajo, el hecho de no poder acudir al trabajo, dado el mal estado de salud de una persona, me parece ya una restricción en la participación de sus labores diarias, si lo comparamos con sus compañeros que se encuentren en plenas facultades.

Se debe regular por tanto de una vez, la ambigüedad de conceptos a la hora de calificar la enfermedad como duradera o no, y no solo eso para los casos ya recogidos como posiblemente susceptibles de ser considerados como discapacidad, sino poner a la orden del día el tratamiento de todas aquellas enfermedades o situaciones cotidianas relacionadas con la salud que ocasionan también una merma tanto en el desempeño laboral como en la vida diaria, y que a día de hoy siguen sin tener una solución clara.

8. Bibliografía consultada

- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. “Discriminación laboral por enfermedad”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 866/2013
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 5/2017 parte Art. Doctrinal.
- CASTIELLA SÁNCHEZ OSTIZ, J. “Los despidos de trabajadores en situación de baja o incapacidad temporal, podían ser declarados improcedentes, pero no nulos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 927/2017
- MANEIRO VAZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191/2016
- SALCEDO BELTRÁN, Del Carmen M^a. “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 49/2013
- MOLINA NAVARRETE, C. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del ‘Caso Ring’”, en *Temas Laborales*, núm. 130/2015 Págs. 135-159
- VELASCO PORTERO, TERESA M^a. “Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, en *Temas Laborales* num. 131/2015. Págs. 231-241

9. Normativa consultada

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.; Publicado en BOE núm. 261 de 31 de Octubre de 2015
- 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; BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.; Publicado en BOE núm. 255 de 24 de Octubre de 2015
- Ley 8/1980, de 10 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores; BOE-A-1980-5683
- Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.; BOE» núm. 122, de 23 de mayo de 1994
- BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008; INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.