

LA EXTINCIÓN CAUSAL DEL CONTRATO DE TRABAJO VINCULADA A LA DISCAPACIDAD

THE WORK CONTRACT EXPIRATION LINKED TO DISABILITY*

Amanda Moreno Solana**

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente; 2.1. Incapacidad Permanente Parcial; 2.2. Incapacidad Permanente Total, Absoluta, y Gran Invalidez. –3. Extinciones vinculadas a despidos objetivos relacionados con la discapacidad; 3.1. Despido Objetivo por Ineptitud Sobrevenida (art. 52 a) ET); 3.1.1. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida declarado improcedente; 3.1.2. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida declarado nulo; 3.2. Despido Objetivo por Causas ETOP: Caso Nobel Plásticos Iberica (art. 52 c) ET); 3.3. Despido Objetivo por faltas de asistencia al trabajo intermitentes justificadas (antiguo art. 52 d) ET, derogado por Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero); 3.3.1. Caso Ruiz Conejero; 3.3.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre. –4. Valoración general.

RESUMEN

La extinción del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad debe analizarse desde varios ámbitos. Por un lado, hay que valorar la extinción del contrato por declaración de incapacidad permanente donde se estudia las diferentes situaciones que pueden darse, ya que no todo trabajador con discapacidad tiene una declaración de incapacidad permanente, por lo que no podría extinguirse, a priori su contrato de trabajo. Por otro lado, analizaremos los despidos objetivos, y las causas de los mismos, cuando tienen su fundamento en la discapacidad del trabajador.

ABSTRACT

The work contract expiration linked to disability must be analyzed from several areas. On the one hand, it is necessary to assess the termination of the contract by declaration of permanent disability where the different situations that may occur are studied, since not every worker with disabilities has a declaration of permanent disability, so it could not be terminated, a priori work contract. On the other hand, we will analyze objective dismissals, and their causes, when they are based on the worker's disability.

*Recibido el 17 de julio de 2020. Aceptado el 24 de julio de 2020.

** Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Palabras clave: Trabajador con discapacidad, extinción del contrato, despido objetivo, ineptitud sobrevenida.

Key words: Worker with a disability, work contract expiration, objective dismissal, unexpected ineptitude.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ha realizado como consecuencia de la ponencia presentada en la Jornada sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad celebrada el 7 de noviembre de 2019 en la Universidad Carlos III, y tiene por finalidad el análisis de las extinciones causales de los contratos de trabajo cuando los trabajadores son personas con discapacidad o con enfermedades asimilables a discapacidad.

Para ello, hemos dividido el trabajo en dos partes. En el primer bloque se analiza la extinción del contrato de trabajo cuando hay declaración de incapacidad permanente, donde estudiamos los problemas jurídicos resueltos, o no, por nuestros Tribunales, cuando esta declaración de incapacidad permanente se pone en conexión con la discapacidad de los trabajadores. Y en el segundo bloque, entramos en un estudio más profundo de los supuestos de despidos objetivos cuando la causa de los mismos puede tener relación o estar vinculada con la discapacidad de los trabajadores. También en este supuesto, veremos las soluciones aportadas por nuestros Tribunales, configurándose un trabajo basado fundamentalmente en el análisis jurisprudencial.

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Una de las primeras razones por la que se extingue un contrato de trabajo de forma automática es por la declaración de la situación de Incapacidad Permanente (arts. 193 y ss. del 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, en adelante, LGSS), a través del Dictamen del Equipo de Evaluación de Incapacidades (EVI) en el que se reconozca la existencia de una incapacidad y su grado. En relación con los grados, precisamente tenemos que diferenciar entre la calificación de la Incapacidad Permanente (IP) en su grado Parcial (IPP), del resto, es decir, de la IP total (IPT), Absoluta (IPA) y Gran Invalidez (GI). Y lo tenemos que hacer, porque, en el primer caso, no se produce la extinción de contrato de manera automática, y en el resto de los casos, sí.

2.1. Incapacidad Permanente Parcial

La Incapacidad Permanente Parcial es aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 % en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle las tareas fundamentales de la misma. La declaración de IPP no implica la extinción automática del contrato de trabajo.

La principal dificultad en este caso reside en la cuantificación del porcentaje en que disminuye el rendimiento normal en la profesión habitual. En todo caso, se debe reconocer la IPP aun manteniendo el mismo rendimiento, cuando el trabajador tiene que llevar a cabo un mayor esfuerzo físico para compensar sus deficiencias, haciendo, por tanto, su trabajo más penoso para alcanzar el rendimiento adecuado (STS 4 de mayo de 2016 (R.º 1985/2014)).

En relación con el mantenimiento del empleo de las personas a las que se las declara en situación de IPP, la legislación establece muy claramente, la obligación del empresario de adaptar el puesto de trabajo o cambiar al trabajador a otro puesto, no pudiendo, en principio, extinguir la relación laboral. Y decimos, en principio, porque ni doctrina ni jurisprudencia se manifiestan de forma unánime sobre la rotundidad de esta obligación. Hay quienes entienden que, aunque el

art. 1 RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, ha establecido una restricción muy importante a la facultad de extinción del contrato por ineptitud, hay situaciones en las que es manifiestamente imposible cumplir con lo establecido en ese precepto, como podría ser el caso de empresas muy pequeñas y sin espacio para la variación de funciones¹. Sin embargo, hay quienes han entendido que este precepto impide completamente el despido, de forma que el empresario no puede negarse a cumplir tal norma².

También la jurisprudencia se ha hecho eco de esta situación, siendo mayoritarios los pronunciamientos que se inclinan por aceptar que el empresario proceda a llevar a cabo un despido por ineptitud sobrevenida en los casos en los que el trabajador sea declarado como IPP. A nuestro modo de ver, y aunque creemos que puede haber casos en los que quepa el despido por ineptitud sobrevenida, cuando un trabajador sea declarado en IPP, estos deben limitarse sólo a los supuestos en los que se justifique por parte del empresario que no puede llevar a cabo las adaptaciones o reubicaciones previstas en la norma, y todo ello teniendo en cuenta que la incapacidad permanente parcial no es suficiente, por sí sola, para justificar un despido objetivo, sino que esa IPP imposibilita la continuidad en el puesto de trabajo³. De no admitir esto así, se podría justificar el despido simplemente en la disminución del rendimiento del trabajador, y se articularía este supuesto como algo habitual, lo que no parece que sea el objetivo del legislador, primero porque mantiene vigente esta normativa, y segundo, porque, muy probablemente se podrían analizar estos supuestos por la vía del art. 25 LPRL, lo que nos llevaría a la misma conclusión.

La jurisprudencia ha venido considerando que es necesario, además, tener en cuenta la incidencia de los mandatos de la LPRL, que necesariamente van a modular la aplicación del art. 52.a) del ET. En este mismo trabajo, cuando analicemos el despido objetivo por ineptitud sobrevenida, vamos a analizar cómo la jurisprudencia más reciente ha ido incluyendo este aspecto en sus resoluciones, de manera que, efectivamente, por un lado, al despido por ineptitud sobrevenida, cuando la causa es la alteración de la salud del trabajador y los riesgos del puesto de trabajo son incompatibles con esa alteración, necesita de la justificación de la imposibilidad de cumplimiento del empresario de las medidas preventivas de adaptación y/o reubicación del puesto de trabajo; y por otro, este tipo de despido objetivo se convierte en una medida de prevención extrema, amparada, al fin y al cabo, en el derecho a la seguridad y salud del trabajador y en el de-

¹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 462-463. SEMPERE NAVARRO, A.V.: "El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, pp. 60; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 123-132; SOLÁ MONELLS, X.: "La extinción de la relación laboral por pérdida de la capacidad sobrevenida", en AA.VV., *La extinción del contrato de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 375.

² GOERLICH PESET, J. M., "La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 61, 1996, p. 60; NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela libre editorial, Madrid, 2000, pp. 322-323.

³ La STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2012 (R.º 1646/2011) recoge que "la incapacidad permanente parcial no presupone la pérdida de la capacidad laboral que está insita en la ineptitud, aunque sí puede suponer una pérdida del rendimiento óptimo de aquél, y por tanto, según qué casos, dar lugar a la extinción del contrato por ineptitud del trabajador, en la medida en que esta circunstancia se valora y aprecia por sus manifestaciones en el rendimiento de trabajo. A pesar de la existencia de algún pronunciamiento en sentido negativo de esta posibilidad, nada parece impedir, como se ha afirmado con anterioridad, que el trabajador afecto a una incapacidad permanente parcial pueda ser despedido por ineptitud sobrevenida (STS 14-4-1988 (RJ 1988, 2960)) precisamente porque su capacidad laboral se ha visto mermada a causa de las lesiones que le ha generado dicho estado (STSJ Navarra 31-7-1997 (AS 1997, 2536))". STSJ de Navarra de 31 de julio de 1997 (Sentencia 374/1997) establece que: "La invalidez permanente parcial no es suficiente por sí sola para justificar un despido objetivo. Para ello es preciso que se demuestre, como viene estableciendo la jurisprudencia ya desde el extinto Tribunal Central de Trabajo, que la incapacidad parcial imposibilite la continuidad en el puesto de trabajo". STSJ de Murcia, de 15 de febrero de 2017 (R.º 696/2016).

recho a la vida y la integridad física del mismo, con el objetivo de dar cumplimiento al deber del empresario de proteger la salud⁴.

2.2. Incapacidad Permanente Total, Absoluta, y Gran Invalidez

El art. 49.1 e) ET prevé que el contrato de trabajo se extinga de forma automática por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo establecido en el art. 48.2 ET, que permite la suspensión del contrato cuando la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo.

Pues bien, ante esta situación tenemos que hacer una afirmación y una pregunta. En primer lugar, la afirmación. Un trabajador con discapacidad no tiene necesariamente que tener una IPT, IPA o GI, por tanto, no podrá ver extinguido su contrato de trabajo o ser despedido por razón de su discapacidad. Esta cuestión es sencilla y no genera más problemas. Pero, y en segundo lugar, ¿un trabajador al que se le declara una IPT, IPA o GI será un trabajador con discapacidad automáticamente?, ¿se puede extinguir su contrato? Parece claro que por vía del art. 49.1 e) ET se le extingue el contrato de forma automática. Lo que no está tan claro es si se trata de un trabajador con discapacidad, es decir, esa declaración de IPT, IPA o GI, ¿supone el reconocimiento del grado de discapacidad del 33 % de forma también automática?

Sobre esta cuestión, tenemos que traer a colación la evolución normativa y con ella, la evolución jurisprudencial. En un primer momento, el art. 1.2 de la Ley 51/2003 de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad establecía que: *“a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”*. Este precepto fue objeto de interpretación por el Tribunal Supremo en su STS de 21 de marzo de 2007 (R.º 3872/2005), entre otras, en las que llegaba a la conclusión de que las previsiones del art. 1.2 desplegaban plena eficacia en el ámbito material de la Ley 51/2003, pero sin alcanzar una atribución de carácter general, por lo que, no se aplicaba, entre otros supuestos, a los efectos de la Ley 13/1982, de 7 de abril (LISMI).

En un segundo momento, con el RD 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 (LGDPD), que viene a refundir los textos legales anteriores, recoge en su art. 4.2 que: *“a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”*. También en relación con este precepto, el TS se ha manifestado recientemente en tres sentencias (SSTS de 29 de noviembre de 2018 (R.º 3382/2016; 1826/2017; 239/2018)), llegando a una conclusión similar a la que había llegado en su momento, solo que considerando que el legislador, al hacer la refundición, ha incurrido en una regulación “ultra vires”⁵.

⁴ STS de 12 de junio de 2013 (R.º 793/2012).

⁵ Sobre esta cuestión resulta imprescindible la lectura de algunos autores: GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “La equiparación de las situaciones de Incapacidad Permanente (total y absoluta) y Gran Invalidez a la discapacidad en

El Tribunal Supremo fundamenta su postura en un argumento básicamente finalista, y entiende que las normas de protección de la discapacidad incluyen dimensiones de la vida social, educación, participación en actividades sociales, económicas y culturales, por lo que el porcentaje de discapacidad es el efecto que la “deficiencia” tiene sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, la participación plena en la sociedad. Sin embargo, la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la aplicación de la IP, sólo atiende a consideraciones de empleo y trabajo, porque tiene un carácter eminentemente profesional que pone en conexión la dolencias de un trabajador con su capacidad laboral. Así pues, entre la interpretación finalista y la consideración de que el legislador ha realizado una regulación *ultra vires*, la equiparación entre los que tienen una IPA, IPT o GI y el reconocimiento de la discapacidad, no es automática sino, sólo y exclusivamente, a los efectos que otorgaba en su momento la Ley 51/2003⁶.

El problema principal que están planteando estas sentencias es que desde la aprobación de la LGDPD hasta la resolución del TS se ha venido reconociendo de forma automática el grado de discapacidad a las personas a las que se las ha declarado en un grado de IP. Por tanto, ahora el nivel de inseguridad jurídica que se está produciendo es elevado. A estos efectos, hemos encontrado un Informe del Servicio Público de Empleo Estatal de 16 de mayo de 2019⁷, que resolvía la cuestión planteada por el Servicio de Empleo Valenciano, del que se pueden extraer algunas conclusiones. La primera, que no cabe extender las medidas de fomento de empleo de personas con discapacidad a los perceptores de las prestaciones por IP. El art. 39 LGDPD (sobre incentivos y ayudas para el fomento del empleo), se encontraban regulados anteriormente en la LISMI, no se aplican a las personas con un grado de IP. Por tanto, tan solo generarán derecho a las subvenciones los trabajadores que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, seguido por el procedimiento establecido en el RD 1971/1999. La segunda, y por seguridad jurídica, que aquellos que hubiesen sido contratados al amparo de la asimilación del art. 4.2 LGDPD con anterioridad a la resolución del TS, seguirán manteniendo dicha condición. La tercera, es que la doctrina del TS no se aplica ni a las bonificaciones, ni a la celebración del contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad de la Ley 43/2006 ya que tiene su propia definición de personas con discapacidad en la que incluye a los perceptores de pensiones de IPT, IPA y GI. Tampoco lo hará respecto de la consideración del mínimo por discapacidad para la aplicación del art. 60 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Por último, parece que los perceptores de prestaciones de IP no tendrán la condición de

grado igual o superior al 33% ex art. 4.2 RD Legislativo 1/2013”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 19, 2019, pp. 95-111. GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesario distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221, 2019, (versión electrónica); ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78 y en el RDLEg 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2017, (versión electrónica); GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total, absoluta del trabajador (art. 49.1 e) TRLET?: una lectura integradora a la luz de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad”, en MIRANDA BOTO, J. M. (dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Madrid, Cinca, 2018, pp. 273-294.

⁶ La Sentencia contiene un Voto Particular en contra que viene a establecer que se hacía al legislado para refundir era también un mandato para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales. Con la nueva norma, “a todos los efectos” ya no se puede referir a normas que están incorporadas a una norma consolidada. Por tanto, por ser IPT, IPA o GI, la persona debe tener reconocido un grado de discapacidad del 33 %, sin necesidad de acudir al RD 1971/1999. Solo se acudirá a esta norma cuando se necesite el reconocimiento de un % superior para el acceso a otros derechos que así lo exijan.

⁷ SEPE, Efectos de las Sentencias del Tribunal Supremo que declaran *ultra vires* el art. 4.2 de la Ley general de Discapacidad, en línea en:

https://www.fecetc.org/wp-content/uploads/2019/05/190530-Assessoria_butlet%C3%AD_mai2019_fecetc-EFECTOS-DE-LAS-SENTENCIAS-DEL-TRIBUNAL-SUPREMO-QUE-DECLARAN-ULTRA-VIRES-EL-ART%C3%8DCULO-4.pdf

personas con discapacidad para cumplir con el porcentaje mínimo de personas con discapacidad que se exige para los CEE (70 % de la plantilla). Tampoco se podrá aplicar a estas personas la relación laboral especial de personas con discapacidad en CEE (RD 1368/1985). Igualmente debemos aludir al Criterio de la Dirección general de trabajo de 11 de junio de 2019 en el que se mantiene que las situaciones que ya fueran firmes en el momento de dictarse las sentencias no podrán revisarse, atendiendo al principio de seguridad jurídica.

Así pues, las personas que hubieran sido contratadas antes de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo atendiendo a su consideración como persona con discapacidad, en tanto fueran pensionistas de Seguridad Social titulares de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas con pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, deberían mantener la condición de persona con discapacidad a efectos de la percepción o concesión de las ayudas y subvenciones de fomento de empleo derivadas de esta contratación. Lo mismo cabe considerar respecto de estos pensionistas que hubieran sido contratados en Centros Especiales de Empleo, por considerarles personas con discapacidad, manteniendo esta condición mientras permanezcan contratados en el respectivo Centro Especial de Empleo, tanto a efectos del cumplimiento del requisito de que la plantilla del Centro Especial de Empleo esté constituida al menos por un 70 % de personas trabajadoras con discapacidad, como de la concesión y percepción de las subvenciones para mantenimiento de puestos de trabajo, durante el tiempo que permanezcan contratados.

3. EXTINCCIONES VINCULADAS A DESPIDOS OBJETIVOS RELACIONADOS CON LA DISCAPACIDAD

La segunda fórmula por la que se puede extinguir un contrato de trabajo, relacionado con la discapacidad de un trabajador, es a través del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, y el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo intermitentes justificadas (en este caso, y como veremos más adelante, ya no sería posible, como consecuencia de la derogación del precepto que lo permitía). Ambos supuestos pueden darse en diversas circunstancias, pero, bien es cierto, que cuando se trata de un trabajador con discapacidad, hay un aumento de las probabilidades del uso de ambos amparos legales para proceder a la extinción del contrato de trabajo por estas causas. A continuación, vamos a ver cada uno de los supuestos con cierto detenimiento, y especialmente cómo ha sido tratados por la jurisprudencia.

3.1. Despido Objetivo por Ineptitud Sobrevenida (art. 52 a) ET)

A este respecto, conviene primero saber cuándo procede llevar a cabo el despido por ineptitud sobrevenida⁸ regulado en el art. 52.a) ET. Es imprescindible para ello, acudir al concepto y requisitos que la jurisprudencia ha establecido al respecto. El concepto de ineptitud se refiere a *“una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración,*

⁸ Sobre el concepto de ineptitud es imprescindible acudir a la doctrina que ha tratado el tema. GOÑI SEIN, J. L.: “La ineptitud del trabajador como causa del despido”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, pp. 418 que nos viene a decir que esta causa de despido se convierte en un cajón de sastre que puede dar cabida a situaciones muy diversas, entre las que hipotéticamente también podrían incluirse las pérdidas de capacidad sobrevenidas de menor entidad. También es imprescindible acudir al trabajo de SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Ineptitud, despido y desempleo”, *Revista de Política Social*, núm. 89, 1971, p. 15, donde define la ineptitud como la inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad, nata o sobrevenida, para el desarrollo de una actividad profesional. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social*, núm. 127, 1980, pp. 205: “La ineptitud es un concepto negativo que se define por constituir ausencia, carencia, falta de adecuación de algo o alguien a un fin concreto. Referida al trabajador, la ineptitud no puede ser otra cosa que la falta de adecuación de éste al trabajo para el que se le contrata”.

etc.—”. Además, para que la ineptitud pueda ser causa de extinción del contrato de trabajo debe cumplir una serie de requisitos: ha de ser verdadera y no disimulada⁹; ha de ser general, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos¹⁰; ha de ser de cierto grado, esto es, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión¹¹; ha de estar referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo; ha de ser permanente y no meramente circunstancial¹²; y además, debe afectar a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos.

Algunas breves cuestiones hay que dejar claras. Primero, que la ineptitud sobrevenida es pluricausal, por lo que puede tener su origen en la falta de aptitud o habilidad o preparación del trabajador; en la revocación o no renovación de las titulaciones exigidas; y en lo que a nosotros interesa, en la alteración del estado de salud del trabajador siendo indiferente cuál sea el origen o causa de esa alteración y si la misma tiene carácter físico o psicológico¹³. Segundo, que la ineptitud tiene que tener carácter permanente o previsiblemente permanente¹⁴ y no temporal, de forma que la jurisprudencia ha entendido que cuando la ineptitud se da como consecuencia de la alteración de la salud de carácter temporal, la consecuencia ha de ser la suspensión del contrato de trabajo y no el despido¹⁵. Y tercero, la ineptitud debe ser general o incidir en las tareas principales encomendadas al trabajador, por lo que no resultará suficiente con la disminución del rendimiento sólo de algunas funciones de puesto. Es necesario que la ineptitud quede referida al conjunto, o por lo menos a la principal, de las tareas encomendadas¹⁶.

Todos estos elementos dan lugar a una primera justificación del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, sin embargo, junto a ellos, la jurisprudencia ha venido considerando que es nece-

⁹ STSJ de Asturias de 2 de mayo de 2014 (R.º 833/2014).

¹⁰ STSJ de Castilla la Mancha de 19 de enero de 2012 (R.º 1366/2011); STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2012 (R.º 5329/2011)

¹¹ La prestación laboral ha de resultar medianamente satisfactoria y cubrir las expectativas asociadas al puesto. Por ello, la prevención de riesgos no puede ser usada por las empresas, por ejemplo, en un proceso de selección cuando no exista un vínculo entre la patología y el riesgo laboral, que es precisamente lo que caracteriza la existencia de los TES y por tanto, lo que permite aplicar las medidas y las distintas consideraciones que venimos haciendo al respecto. STSJ de Madrid de 16 de junio de 2015 (R.º 43/2015).

¹² STSJ de Castilla la Mancha de 18 de febrero de 2016 (R.º 1680/2015).

¹³ STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005 (R.º 9467/2004) establece que *“la ineptitud derivada de motivos patológicos, como sería la situación analizada, existe cualquiera que sean esos motivos y el origen de la enfermedad; el precepto sólo exige que sean sobrevenidas y posteriores a la fecha de inicio de la relación laboral, pues si son anteriores y conocidos del empresario se está asumiendo por el mismo la incapacidad preexistente y no podrá ser posteriormente invocada como causa de resolución del contrato. Lo importante es que el trabajador haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo”*.

¹⁴ STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2016 (R.º 2292/2015).

¹⁵ STSJ de Castilla y León de 11 de junio de 2008 (R.º 237/2008) que establece: *“a fin de determinar si concurre causa de ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas que viene recogido en el apartado a) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, el diagnóstico de la entidad aseguradora es insuficiente para fundar la ineptitud invocada. Con todo ello llegamos a una primera conclusión que nos parece importante y es que la declaración de ‘no apto’ de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica a la que puede ser sometido no es causa automática para que opere el art. 52.a del Estatuto de los Trabajadores y se justifique con ello la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al amparo del citado texto legal, sino que deben concurrir los demás requisitos antes expuesto y que viene siendo admitidos de forma constante y reiterada por nuestra jurisprudencia. Uno de estos requisitos es que la ineptitud sea permanente y no circunstancial, y recordar en relación con este tema que la Incapacidad Temporal es causa de suspensión de la relación laboral no de extinción”*.

¹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *“La ineptitud como causa de despido...”*, op. cit., pp. 214. También se recoge en la jurisprudencia: STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2013 (R.º 6232/2012).

sario, además, tener en cuenta la incidencia de los mandatos de la LPRL, que necesariamente van a modular la aplicación del art. 52.a) del ET. A continuación, vamos a analizar cómo la jurisprudencia más reciente ha ido incluyendo este aspecto en sus resoluciones. En primer lugar, vamos a ver cuándo las sentencias han calificado este despido objetivo como improcedente; y en segundo lugar, vamos a ver los supuestos en los que se ha llegado a la conclusión de que se trata de un despido nulo.

3.1.1. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida declarado improcedente

Centrando aún más la cuestión, vamos a analizar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida cuando éste se fundamenta en las calificaciones de aptitud que lleva a cabo el servicio de prevención de riesgos laborales a través de los reconocimientos médicos que se hacen en el marco de la vigilancia de la salud. La calificación de “apto”, supone que no hay elementos del trabajo que perjudiquen a la salud del trabajador, por lo que, aunque éste tenga alguna patología o discapacidad, sin embargo, puede desarrollar su trabajo sin ningún problema. En este caso, no se podría fundamentar de ninguna forma el despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

La calificación de “apto con restricciones”, implica que hay elementos en el trabajo que, en conexión con la patología o discapacidad del trabajador, podrían llegar a causar daños para la salud del mismo. En estos casos, el trabajador tendría ciertas limitaciones para desarrollar las tareas de su puesto de trabajo¹⁷. Por su parte, la calificación del trabajador como “no apto” implica que el trabajador no puede seguir en su puesto de trabajo, por cuanto los riesgos del mismo son incompatibles con sus limitaciones, patologías o discapacidad. En este caso, podría pensarse que tal calificación resulta adecuada para justificar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia ha considerado, por un lado, que la declaración de no apto o de apto con restricciones, por el servicio de prevención, no es suficiente para declarar el despido como procedente, *por lo que se revela insuficiente el diagnóstico de la entidad aseguradora de tal forma que la declaración de no apto de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica, no es causa automática para que opere el art. 52 a) ET*¹⁸. Por tanto, no toda merma en la capacidad del trabajador permite la extinción del contrato, sino solo la que alcanza una relevancia suficiente que afecte al conjunto del trabajo y no sólo a algunos aspectos, siempre que sea de cierta entidad o grado en relación con las concretas funciones del puesto de trabajo. A lo que hay que añadir que la declaración de no apto llevada a cabo por la vigilancia de la salud no implica necesariamente la procedencia automática de la medida extintiva¹⁹.

Por otro, hay jurisprudencia que va más allá, por lo que además de que el no apto no implica la automaticidad del despido objetivo, entiende que se debe demostrar la imposibilidad de realizar adaptaciones del puesto a las limitaciones del trabajador. En este sentido encontramos la STSJ de Madrid de 18 de abril de 2016 (R.º 90/2016) que hace una interpretación sistemática e integradora para el correcto ejercicio de la facultad resolutoria empresarial basada en la ineptitud sobrevenida. Así pues, considera el Tribunal que la empresa ha de demostrar no solamente la concurrencia de la ineptitud con los requisitos antes mencionados, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador. En este sentido, viene a resaltar que la LPRL establece un deber general de prevención, que implica; a) la obligación de adaptación el puesto de trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la elección de los equipos y los métodos de trabajo (art. 15.1.d)); b) que empresario deba tomar en conside-

¹⁷ STSJ de Valencia de 15 de mayo de 2013 (R.º 738/2013).

¹⁸ STSJ de Castilla y León de 5 de octubre de 2015 (R.º 599/2015); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2014 (R.º 1460/2014); STSJ de Andalucía de 20 de diciembre de 2012 (R.º 751/2012).

¹⁹ STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2014 (R.º 2041/2014).

ración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas (art. 15.2)); c) que si los resultados de la evaluación obligatoria de los riesgos pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos (art. 16.2.b)); d) que el empresario debe adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos (art. 17.1)); y e) que el empresario ha de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y en función de las evaluaciones de los riesgos, debe adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 25.1). Pero es que además, el Tribunal recuerda expresamente que todos estos mandatos no son meras declaraciones programáticas, sino normas legales imperativas de ineludible aplicación, y ello se traduce en que la empresa no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber justificado el cumplimiento de estas obligaciones.

Se trataba del caso de una trabajadora que fue diagnosticada de hipoacusia neurosensorial bilateral leve siéndole aconsejado evitar el ruido intenso y ambiente laboral ruidoso. El Servicio de Prevención declaró a la trabajadora como no apta para su puesto de trabajo. La trabajadora solicita el cambio a un puesto de trabajo en que se hicieran tareas administrativas o de back office. Nada de esto se realiza, y es despedida por ineptitud sobrevenida. De los hechos probados se infiere una automaticidad en la adopción de la decisión extintiva que difícilmente resulta incompatible con la normativa en materia de prevención, máxime si tenemos en cuenta que era viable la encomienda y desempeño de tareas de administración, integradas dentro del mismo grupo profesional. Además, esta sentencia resulta muy interesante porque también establece el Tribunal que no recae sobre la trabajadora la carga de probar que existe otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual, sino que corresponde al empresario acreditar la imposibilidad de adaptar o adecuar el puesto a las circunstancias concurrentes tras la declaración de no apta de aquélla por las condiciones antedichas, ceñidas a la no conveniencia de utilización de cascos en el desempeño del trabajo. El incumplimiento del empleador de esas obligaciones determina que el despido se califique como improcedente²⁰.

De la lectura de esta sentencia (y otras mencionadas en la citas pie), empezamos a observar, aunque sea de forma tímida, que empieza a imponerse el concepto de ajuste razonable o adaptación del puesto a las condiciones del trabajador, como obligación del empresario a cumplir necesariamente antes de proceder a la extinción del contrato, y por tanto, como elemento que modula o que se incluye con el resto de los requisitos que la jurisprudencia establece para poder llevar a cabo un despido objetivo por ineptitud sobrevenida. A este respecto, resulta muy interesante un reciente caso, la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2017 (R.º 1300/2017), en el que el servicio de vigilancia de la salud califica al trabajador como no apto para aquellas tareas que conlleven un alto nivel de estrés y presión de tiempo, y/o manipulación de cargas por encima de los 15 kg. Además, establece que el trabajador debe seguir en turno fijo de mañana. La empresa, tras el reingreso después de la incapacidad temporal, le ordena llevar a cabo una serie de tareas, algunas de las cuales implicaban cargas superiores a 15 kg. Como el trabajador no pudo completar su trabajo correctamente es despedido por ineptitud sobrevenida. El Tribunal llega a la conclusión de que se trata de un despido improcedente: “(...) *nuestra actual legislación prima el mantenimiento del puesto de trabajo en este tipo de situaciones siempre y cuando el trabajador pueda ejercer sus funciones ordinarias dentro de los parámetros de seguridad que la Ley 31/95 prevé, toda vez que la empresa no solo tiene la obligación de garantizar la protección de todos sus trabajadores frente a los riesgos que concurren en el puesto de trabajo, sino*

²⁰ En este mismo sentido se pueden encontrar algunas otras sentencias como la STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2015 (R.º 483/2015); STSJ de Madrid de 14 de enero de 2013 (R.º 4701/2012); STSJ de Madrid de 9 de enero de 2014 (R.º 1579/2013).

que lo debe hacer, incluso, atendiendo a las propias características personales o estado biológico conocido de cada uno de ellos, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial (art. 25.1), realizando los ajustes razonables que el estado de salud del actor requería con el fin de que pudiera continuar trabajando(...)".

3.1.2. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida declarado nulo

Como hemos visto, la consecuencia habitual de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, cuando se fundamenta en cuestiones de salud del trabajador, y cuando no se cumplen los requisitos que jurisprudencialmente se han establecido, conlleva la declaración de improcedencia del mismo, por lo que el empresario tendrá la opción de readmitir al trabajador o abonarle la indemnización correspondiente a esta calificación. Sin embargo, la evolución del concepto de discapacidad tras las últimas sentencias del TJUE²¹ podrían llevarnos a plantear, si la calificación de este despido podría llegar a ser la de la nulidad. Y no se trata sólo de una posibilidad, sino que ya encontramos casos en nuestra jurisprudencia que a continuación vamos a analizar, en los que precisamente se llega a esta conclusión. Siendo esto así, podríamos concluir que las limitaciones o discapacidades de los trabajadores, cuando se trata de un trabajador que tiene una discapacidad de las consideradas como tal por la Directiva 2000/78, y usadas para justificar el despido objetivo, sin aplicar las medidas de ajuste razonable, podrían llevar a la declaración de nulidad de este tipo de despidos.

Antes de entrar a analizar estos casos, vamos a intentar resumir cuál es la situación actual²² de lo que estamos tratando, para ubicar la conclusión a la que queremos llegar. El Tribunal Supremo ha venido manteniendo de manera reiterada que no es posible equiparar enfermedad y discapacidad. Así, se ha señalado que 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. Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana, y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; y se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa. De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en una conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido (que es precisamente lo que acabamos de ver), pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación (STS de 27 de enero de 2009 R.º 602/2008). Esta afirmación se ajusta la doctrina comunitaria de la STJUE de 11 de julio de 2006 (C-1305) Caso Chacón Navas, que establece que una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 ya que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal, y que esta, 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.

Sin embargo, esta doctrina general no puede llevarnos a entender que la enfermedad no puede ser en ningún caso un factor de discriminación. Y aquí es donde tenemos que hablar de la STJUE de 11 de abril de 2013, el Caso Ring y Werge, que viene a realizar tres afirmaciones importantes. La primera, que no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. La segunda, que procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable aca-

²¹ STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-227/11) Casos Ring y Werge; STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13) Caso Kaltof; STJUE de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15) Caso Daouidi. STJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/2016) Caso Ruiz Conejero.

²² Indicar al lector, que en otros trabajos de este mismo número de la revista se analizan, con la profundidad requerida, todas estas cuestiones.

rea 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, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Y tercera, trata e insiste en la cuestión de los ajustes razonables, entendiendo que la Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, atendiendo, eso sí, a una definición amplia de ajuste razonable. Por completar este breve resumen de la situación, la cuestión ha llevado a una segunda derivada, y que es en el que ahora están nuestros Tribunales. Aunque no es objeto de nuestro análisis, tendrá repercusión en nuestros casos de TES, ya que ahora lo que se plantean es la determinación de las enfermedades como situaciones duraderas, porque sólo cuando sea así la enfermedad deberá ser considerada como discapacidad. En este marco, es donde han quedado encuadradas las SSTJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13) Caso Kaltof; de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15) Caso Daouidi; de 18 de enero de 2018 (C-270/16) Caso Ruiz Conejero; y la más reciente de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18) Caso Nobel Plastiques Ibérica (que después veremos de forma concreta), así como las más actuales sentencias de nuestros Tribunales²³. Incluso en este sentido, tenemos que destacar la STS de 22 de febrero de 2018 (R.º 160/2016) donde se admite el concepto de enfermedad equiparada a discapacidad cuando se dan los requisitos de la definición de la Directiva 2000/78, aunque si bien, en este caso, la resolución fue desestimatoria para la trabajadora por no apreciar discriminación ya que se habían realizado múltiples ajustes y cambios antes de proceder al despido de la misma.

Volviendo a nuestra cuestión, y sobre la calificación de nulidad del despido, en primer lugar, encontramos la STSJ de Madrid 21 de diciembre de 1999 (R.º 4095/1999) que, aunque ya es antigua, y anterior a la jurisprudencia del TJUE, sin embargo, ante la enfermedad de la trabajadora consistente en una reacción alérgica producida por los productos usados en su trabajo, la empresa sin justificar el despido, procede al mismo. El Tribunal considera nulo el despido, y basa la nulidad en la vulneración del art. 14 CE, entendiendo que la enfermedad se ha usado para despedirla y esto supone una discriminación por una cuestión personal, a lo que añade que no ha cumplido con las previsiones de la normativa de prevención impone haciendo la siguiente argumentación:

“Todas estas circunstancias constituyen indicios relevantes de que la causa del despido fue efectivamente la reacción alérgica de la trabajadora, siéndole más cómodo a la empresa prescindir de ésta que proceder al cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de manera que desde que constata que la baja de la actora se considera por la Mutua como una enfermedad profesional, decide no reincorporarla a su puesto de trabajo y así cuando se produce el alta médica, acuerda un traslado ficticio a otro departamento, que conocía no iba a producirse, y le concede un permiso retribuido a los solos efectos de preparar el despido y comunicárselo, siendo tales indicios suficientes para invertir la carga de la prueba, y no habiéndose justificado por el empresario, a quien corresponde, hecho alguno motivador del despido, éste ha de considerarse discriminatorio por vulnerar el derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por ninguna condición o circunstancia personal, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, así como el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, reconocidos éstos por el artículo 40.2

²³ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de fecha 23 de diciembre de 2016 y la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (R.º 2310/2017) que revoca la del Juzgado; STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2017 (R.º 1172/2016); STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2017 (R.º 143/2017); STSJ de País Vasco de 9 de mayo de 2017 (R.º 906/2017); STSJ de Andalucía de 17 de mayo de 2017 (R.º 24/2017).

de la Constitución Española, que desarrolla la citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y cuyo cumplimiento se ha pretendido obviar mediante la decisión extintiva de la patronal, cuya causa son las características personales de la trabajadora que le hacen especialmente sensible a los riesgos existentes en la empresa, violando su derecho fundamental a ser protegida contra ellos, discriminándola por tal circunstancia personal, en contra de lo establecido en el artículo 4.2 c), por lo que el despido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 14 de la Constitución, ha de reputarse nulo”.

La siguiente Sentencia que encontramos es la STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2014 (R.º 778/2014) en la que un trabajador es despedido a los pocos días de recibir el alta médica de un proceso de incapacidad temporal por lumbalgia de 3 meses de duración, circunstancia que suponía la necesidad de llevar a cabo un cambio de puesto de trabajo. El servicio de Prevención calificó al trabajador como apto con limitaciones. El Tribunal en este caso entiende que: *“estamos ante una dolencia física –lumbalgia– que produce una limitación de larga duración –pues no solo la baja médica había durado 90 días, sino que la previsión era que no podía seguir desempeñando las mismas tareas– y que al interactuar con diversas barreras –como es un puesto de trabajo en el que se debían levantar pesos de hasta 10 kilos y realizar tareas con frecuentes encorvamientos– impedían la participación del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores de la empresa demandada–. Estamos, por consiguiente, ante el concepto de discapacidad que contempla la Directiva 2000/78 en la interpretación dada por la STJUE de 11 de abril de 2013, por lo que la calificación de nulidad del despido del demandante que hace la sentencia recurrida se ajusta a lo previsto en el artículo 55.5 del ET, que califica como tal el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley”.*

En la misma línea encontramos la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015 (R.º 7053/2014), en la que la trabajadora que prestaba servicios como gerocultura es diagnosticada de hipertiroidismo y enfermedad coronaria moderada, por lo que el Servicio de Prevención la declara como apta con restricciones para lo que la prohíbe la manipulación de cargas superiores a 10 kg. Tras esto, la empresa decide despedir a la trabajadora por ineptitud sobrevenida. En este caso, al igual que en el anterior, el Tribunal considera que estamos ante un caso en el que la enfermedad se identifica con discapacidad según las previsiones de la Directiva 2000/78 y al amparo de la jurisprudencia del TJUE, a lo que añade que: *“la empresa lejos de realizar los ajustes razonables para que continuara trabajando (en los términos que refiere el artículo 3 del Anexo Primero del RD 487/1997 de 14 de abril sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entraña riesgos, en particular dorso lumbar para los trabajadores; en relación con los artículos ya citados de la LPRL, sin poner a disposición de la trabajadora los “equipos de elevación” que poseía (...) procedió a la extinción del contrato de la demandante en un contexto del que solo cabe deducir la nulidad que por la presente se confirma”.*

En esta misma sentencia se recoge que la ausencia de una formal declaración de discapacidad no es relevante, puesto que lo importante no es la declaración de discapacidad que se realiza en nuestro derecho interno a través del correspondiente procedimiento, sino que lo realmente importante es la declaración de discapacidad conforme a las previsiones de la Directiva Comunitaria, por lo que estando ante una situación de limitación derivada de dolencias físicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (a lo que se añade que el empleador no adopta los ajustes razonables para que continúe trabajando), debemos entender que se trata de una situación discriminatoria por motivos de discapacidad. Podríamos decir que las exigencias de adaptación o de realizar ajustes razonables, unido a esa evolución del concepto de discapacidad empieza a encontrar un espacio importante en nuestra jurisprudencia²⁴, de forma que la denegación de esos ajustes, vienen a suponer una forma de

²⁴ Jurisprudencia, no obstante que no se manifiesta de forma unánime. En contra de las sentencias que se ha recogido en el texto del trabajo, podemos hacer referencia a alguna otra que llega a distinta conclusión, declarando

discriminación y de vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, entendida esta en su sentido más amplio, según los correctos criterios que nos llegan desde Europa.

Y, por último, tenemos que mencionar algunas sentencias más recientes como la STSJ de País Vasco de 6 de noviembre de 2018 (R.º 2021/2018) o la STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018 (R.º 359/2018). En el primer caso, se trata de un trabajador de la empresa Telepizza que es despedido por ineptitud sobrevenida ante la declaración de no apto por los servicios médicos de la empresa. Su dolencia consiste en una epicondilitis del codo (que, por otro lado, no era incompatible con las tareas propias de su categoría profesional de sub-encargado). Lo que ocurre en este caso, es que el Tribunal entiende que, además de no estar justificado el despido por vía del art. 52 a) ET, lo que llevaría a la improcedencia del mismo, debe aplicarse la doctrina del TJUE sobre el concepto de discapacidad, puesto que se trata de un caso de un trabajador con una enfermedad de la larga duración, sin visos de curación, para la que la empresa tampoco ha intentado llevar a cabo ninguna medida de ajuste para adaptar el puesto de trabajo. Por todo ello, el Tribunal considera que se trata de un caso de despido que obedece a móviles discriminatorios, y por tanto, debe ser calificado como nulo.

En el segundo caso, se trataba del caso de una trabajadora gerocultora auxiliar cuyo cuadro clínico era "omalgia izquierda, tendinosos del manguito, lumbalgia, discopatías degenerativas a nivel lumbar". El servicio de prevención declaró a la trabajadora no apta y la empresa procedió al despido por ineptitud sobrevenida. El Tribunal calificó el despido como nulo, en base a la discriminación ocasionada aplicando la doctrina del TJUE. Consideró que se trataba de un caso de enfermedad de larga duración (1 año), por lo que el motivo del despido no es otro que su limitación funcional que se prevé de larga duración en el tiempo, a lo que hay que añadir que la empresa no intentó la adaptación del puesto de trabajo, sino que acudió directamente al despido objetivo.

Llegados a este punto, no podemos dejar de hablar de la calificación como nulo también, de los casos de despidos disciplinarios, basados normalmente en una disminución del rendimiento (art. 54. 2 e) ET), como consecuencia de una enfermedad asimilable a discapacidad o de una discapacidad como tal. Aunque esta cuestión ya ha sido tratada por otro ponente, resulta interesante traer aquí algunos casos concretos que resultan especialmente relevantes en cuanto no se realizan los ajustes razonables y las adaptaciones que hubieran sido pertinentes. El primer caso que podemos destacar es de la STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2017 (R.º 1172/2016) en el que la trabajadora es despedida con causa en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales (art. 54 1) y 2) ET). La trabajadora tenía calificado un 48 % de discapacidad por una enfermedad del aparato digestivo, lo que la llevó a tener numerosas bajas médicas por enfermedad común. El Tribunal considera que se trata de un caso en el que concurre una limitación duradera de su capacidad, y que su despido le ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y con ello, la participación plena y efectiva en el mundo del trabajo en igualdad de condiciones con las demás trabajadoras por razón de discapacidad.

el despido solo improcedente y no nulo. Se trata del caso de la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2016 (R.º 197/2016), que entiende que la enfermedad que protege la Directiva 2000/78 es aquella enfermedad que produce una discapacidad, de forma que, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llega a la conclusión de que la enfermedad no puede considerarse con carácter general como causa o motivo de discriminación porque no opera como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Así pues, el Tribunal en esta ocasión considera que la enfermedad que tiene el trabajador en la rodilla no es una discapacidad, aunque la misma le impide realizar algunas de las tareas de su puesto de trabajo, pero no la principal; por lo que entiende que se trata de un despido improcedente, porque no se cumple con los requisitos del art. 52 a) ET ni con los requisitos del art. 25.1 LPRL, pero no un despido nulo. Lo mismo ocurre con la STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2018 (R.º 5944/2017).

El segundo caso, que queremos destacar es el de una trabajadora con cáncer de útero. Se trata de la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019, en la que el Tribunal considera que hay indicios suficientes para entender que no estamos ante una enfermedad sino ante una discapacidad. El cáncer de útero ocasiona una limitación duradera al tratarse de un proceso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo. Muy al contrario, es posible que su tratamiento conlleve cirugía, radicación o tratamiento con quimioterapia, y opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirá la participación plena y efectiva de la trabajadora en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Por último, vamos a destacar la STSJ de País Vasco de 1 de julio de 2019 (R. 1167/2019), en el que el trabajador limpiador de una empresa de servicios que prestaba servicios en varios centros de trabajo, solicita que se le adapte su puesto de trabajo. Era un trabajador con un 41 % de grado de discapacidad por reumatismo poliarticular con déficit del sistema osteoarticular y endocrino. El servicio médico del servicio de prevención, tras reconocimiento médico le declara apto con limitaciones, y la empresa no le proporciona ningún tipo de adaptación del puesto y de las funciones. Lejos de eso, la empresa procede a despedirle por incumplimiento de sus deberes laborales (art. 54. 2 b), d) y e) ET). El Tribunal llega a la conclusión de que se trata de un despido nulo, puesto que el panorama indiciario le lleva a considerar que se ha vulnerado el art. 14 CE. En este sentido, la empresa no había accedido al requerimiento del trabajador de dejar de prestar servicios en varios centros de trabajo debido al esfuerzo físico que eso le suponía; junto a ello, no se había adaptado su puesto, ya que el trabajador solicitó un calzado adecuado a su situación de discapacidad, haciendo la empresa caso omiso. Por tanto, se trataba claramente de un caso en el que por la discapacidad y el tipo de puesto de trabajo hubiera sido necesario reconocerle la condición de trabajador especialmente sensible, y haber procedido a hacer los ajustes razonables requeridos, a lo que debe unirse que por el tipo de enfermedad y las circunstancias del caso, nos encontramos de un caso de discapacidad de la Directiva 2000/78, y por tanto, ante una situación de despido discriminatorio que necesariamente lleva a la calificación de nulo.

3.2. Despido Objetivo por Causas ETOP: Caso Nobel Plásticos Iberica (art. 52 c) ET)

El Tribunal de Justicia de la UE sigue construyendo su importante doctrina sobre el concepto de persona con discapacidad derivado de la Directiva 2000/78 de Igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y sobre la protección frente a discriminaciones que pudiera sufrir la persona como consecuencia de esta condición.

Ahora, dando un paso más, y aplicando su doctrina a los casos en los que la persona con discapacidad pueda ser un Trabajador Especialmente Sensible (en adelante, TES), así como el alcance la obligación de realizar ajustes razonables, se ha dictado la reciente STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18) Asunto Nobel Plásticos Ibérica S.A. que resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona.

Para entender los razonamientos jurídicos del TJUE resulta imprescindible conocer, brevemente, el supuesto de hecho. El caso comienza con una demanda interpuesta por una trabajadora que pretende la declaración de nulidad o subsidiariamente, improcedencia de su despido objetivo. La empresa procedió al despido por causas objetivas de varios trabajadores atendiendo a una serie de criterios, en principio objetivos, para determinar a las personas afectadas por tal despido: a) estar adscrito a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, b) alcanzar unos niveles de productividad determinados, c) polivalencia en los puestos de trabajo y, d) índice de absentismo. La trabajadora tenía reconocida una enfermedad profesional (epicondilitis) y la condición de TES, y como consecuencia de ello, había sufrido varios procesos de Incapacidad Temporal, tras los cuales se le hacían los correspondientes reconocimientos médicos en los que se indicó como resultado que era apta pero con limitaciones para su trabajo.

El Juez Nacional plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea básicamente dos cuestiones: 1) Si es equiparable el concepto de TES del art. 25 LPRL como el concepto de persona con discapacidad, y 2) si el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad

basados en criterios empresariales de elección (productividad, polivalencia y absentismo) constituyen una discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad.

En relación con la primera cuestión, el TJUE considera que “el mero hecho de se reconozca a una persona la condición de TES a los riesgos derivados del trabajo conforme al Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78”. No se trata de definiciones idénticas que contengan los mismos requisitos. Por tanto, tendrá que ser el juez nacional el que deberá comprobar si el estado de salud de la trabajadora implicaba una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (Apartado 41 STJUE Asunto Nobel Plastiques Ibérica).

Sobre la segunda cuestión, el TJUE llega a la conclusión de que el establecimiento de criterios como el nivel de productividad el grado de polivalencia y el índice de absentismo no puede considerarse una discriminación directa (que recordemos que se produciría cuando un apersona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga). Sin embargo, no llega a la misma conclusión en el caso de la discriminación indirecta. En este sentido, un criterio de selección basado en el índice de absentismo puede suponer una discriminación indirecta por cuanto un trabajador con discapacidad está más expuesto al riesgo adicional de estar de baja por enfermedad como consecuencia de esa discapacidad; e igualmente tendrá menos posibilidades de obtener buenos resultados en cuanto a su productividad y polivalencia, precisamente como consecuencia de las limitaciones en su capacidad.

Ahora bien, el TJUE nos recuerda que para que haya discriminación indirecta será necesario que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutro, pueda ocasionar una desventaja a una persona con discapacidad, salvo que la empresa haya adoptado medidas adecuadas y, en estos casos, ajustes razonables (art. 2 b y 5 Directiva 2000/78). Por tanto, si la empresa no hubiera adoptado con anterioridad al despido objetivo, las medidas adecuadas para que se eliminaran las barreras, se podrían entender que se trata de un despido nulo por constituir una discriminación indirecta.

Dicho todo esto, ahora tendrá que ser el Juez Nacional al que le corresponda valorar si nos encontramos ante un despido nulo o no. ¿Qué es lo que debería haber tenido en cuenta nuestro Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona?

Lo primero que debería haber valorado es si estamos ante un supuesto de TES del art. 25 LPRL. Un TES puede ser cualquier trabajador cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo; riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales, o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador, en el caso de éstos, se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracterizan, y para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada elevando aún más, el estándar de prevención establecido por la LPRL²⁵. El art. 25 LPRL hace referencia, además a aquellos trabajadores que tengan una discapacidad reconocida. Por tanto, una persona que tenga una discapacidad sea reconocida o no, y que tenga una limitación en su capacidad para la realización de un trabajo (característica personal), y además, ese trabajo conlleve una serie de riesgos que ponga en peligro su salud, será considerado TES según nuestra legislación de prevención. Así pues, un trabajador con una discapacidad no siempre será TES, solo lo será en aquellos casos en los que esa limitación y en los riesgos del trabajo que desarrolla, supongan un riesgo para su salud.

²⁵ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los Trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

En segundo lugar, el Juez debería haber tenido en cuenta si se dan los requisitos de la definición de trabajador con discapacidad derivada de la Directiva 2000/78 y de la doctrina del TJUE. Entonces, además de ser un TES, si la empresa no actúa adecuadamente, y conforme a los parámetros que el TJUE ha establecido, se producirá una discriminación por razón de discapacidad, y en este caso, el despido deberá ser considerado nulo.

Y en tercer lugar, debería haber comprobado si la empresa cumplió con la obligación de realizar ajustes razonables. En este caso, se deberá observar si la empresa adaptó el puesto de trabajo, cambió de funciones a la trabajadora, o llegado el caso, si procedió al cambio de puesto, siempre que tales medidas no supusieran una carga desproporcionada al empresario teniendo en cuenta los recursos financieros, el tamaño de la empresa, volumen de negocio y la disponibilidad de fondos públicos o ayudas a tal adaptación. En esta última cuestión, deberá tener en cuenta el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo a la que hace referencia la propia STJUE, y que propone una sanción para la empresa, primero, por la exposición de la trabajadora a los riesgos que se produjeron creando un riesgo grave para su integridad física, y, segundo, por el mantenimiento de las condiciones de prestación de servicio de la trabajadora una vez conocida su epicondilitis, es decir, por adscribir a la trabajadora a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con las particularidades de su estado de salud. En su informe, la Inspección de Trabajo indicó que esta trabajadora había rotado entre diversos puestos, pero en todos existían operaciones que suponían la existencia de riesgos ergonómicos, de afectación al sistema músculo-esquelético, para las extremidades superiores. Señaló que Nobel Plásticos Ibérica no había realizado las actuaciones de adaptación del puesto de trabajo para asegurar la compatibilidad entre este y la salud de la trabajadora. Todas estas cuestiones se plasman definitivamente, y como no podía ser de otra manera, en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona de 4 de noviembre de 2019, que resuelve finalmente el caso declarando la nulidad de la actuación empresarial por discriminación por razón de discapacidad.

3.3. Despido Objetivo por faltas de asistencia al trabajo intermitentes justificadas (antiguo art. 52 d) ET, derogado por Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero)

El último de los supuestos de extinción causal que vamos a analizar es el caso del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo intermitentes aunque justificadas. Bien es cierto que se trata de un análisis del pasado más reciente, porque el precepto que lo regulaba ha sido derogado recientemente. El art. 52 d) ET que establecía que será causa de despido *“las 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”*. Este precepto también establecía supuestos que se excluían del cómputo de las faltas de asistencia: *“las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”*.

Varias son las cuestiones que había que tener en cuenta cuando analizábamos este tipo de despido objetivo. En primer lugar, por lo que respecta a las bajas intermitentes por la misma etiología o enfermedad, había que tener en cuenta que computaban todas ellas a efectos de este despido, ya que la excepción de las bajas de 20 días solo era aplicable cuando se trataba de días consecutivos y no de días alternativos que se sumen por la misma enfermedad (STS de 24 de octubre de 2006, R.º 2247/2005).

En segundo lugar, por lo que respecta al plazo para valorar la existencia del absentismo, el *“dies ad quem”* para el cómputo del plazo de los doce meses era la fecha del despido, que es

la que determinaba en todo caso la normativa (STS de 19 de marzo de 2018, R.º 10/2016)²⁶. Hay que tener en cuenta que la norma establecía dos plazos para valorar el absentismo. Un plazo corto de 2 meses consecutivos en los cuales debía haber un 20 % de faltas de asistencias, o de 4 meses discontinuos, en los cuales debía haber un 25 % de faltas de asistencia. Y, además, un plazo largo (a cumplir en el caso de los 2 meses consecutivos) en el cual debía haber un 5 % de faltas de asistencia en 12 meses. El Tribunal Supremo venía entendiendo que plazo corto y plazo largo han de coincidir en un único periodo de 12 meses, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieran tenido lugar²⁷.

La última de las cuestiones que necesariamente había que tener en cuenta cuando tratábamos este tipo de despidos objetivos era su aplicación a una persona que tuviera una discapacidad, o una enfermedad asimilable a discapacidad, ya que esta situación no se preveía entre las situaciones que se exceptuaban del cómputo. Y para ello, teníamos que analizar el famoso Caso Ruiz Conejero, STJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/2016), por un lado, y por otro, la más reciente STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, por la que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad del art. 52 d) ET, y que en definitiva ha llevado o coadyuvado a su derogación.

3.3.1. Caso Ruiz Conejero

Mediante resolución de 15 de septiembre de 2014, emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se reconoció al trabajador, limpiador de un hospital de Cuenca, la condición de discapacitado, con un grado de discapacidad del 37 %, que se desglosaba en un 32 % debido a limitaciones físicas (24 % por enfermedad del sistema endocrino-metabólico –obesidad– y 10 % por limitación funcional de la columna vertebral) y en un 5 % debido a factores sociales complementarios. Como consecuencia de estas enfermedades, durante 2014 y 2015 el trabajador causó baja por enfermedad común durante distintos periodos por motivo de la patología que había dado lugar al reconocimiento de su discapacidad (su obesidad). El trabajador fue comunicando a la empresa empleadora, en tiempo y forma, todas las situaciones de baja, entregando los correspondientes partes médicos acreditativos de su motivo y duración. La empresa le comunica su despedido por causas objetivas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 d) ET por el motivo de superar los límites tasados en dicha norma legal de ausencias laborales, aun justificadas. Concretamente, la carta de despido indicaba que, en los meses de marzo y abril de 2015, las ausencias habían superado el 20 % de las jornadas hábiles, superando, asimismo, en los doce meses anteriores el 5 % de las jornadas hábiles.

El trabajador interpone demanda contra el despido ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cuenca. En dicho procedimiento, no se cuestiona la veracidad ni la exactitud de las ausencias laborales ni su implicación porcentual. No obstante, alega que las mismas han venido exclusivamente motivadas por la enfermedad causante de su discapacidad, por lo que existe una vinculación directa entre las ausencias al trabajo y su estado de discapacitado. Por consiguiente, solicita la nulidad del despido por discriminación.

En estas circunstancias, el Juzgado remitente decidió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente Cuestión prejudicial: “¿Se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por falta[s] de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que al-

²⁶ GALLEGO MOYA, F.: “Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo como causa de despido. Análisis de la doctrina del tribunal superior de justicia de Murcia”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2018 (versión electrónica).

²⁷ Doctrina seguida por: STSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2018 (R.º 523/2018); STSJ de Madrid de 21 de junio de 2018 (R.º 942/2017).

cance[n] el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad?"

Dos son básicamente las cuestiones que había que analizar en un caso como este. En primer lugar, había que ver cómo la sentencia depura el concepto de discapacidad a los efectos de la prohibición discriminatoria, ya que ni se limita solo a las discapacidades así declaradas por los órganos nacionales competentes, ni tampoco implica que una discapacidad reconocida tenga como consecuencia inevitable la consideración del afectado como discapacitado a los efectos de la Directiva. Y, en segundo lugar, si el art. 52 d) ET podía dar lugar a una discriminación de las prohibidas por la Directiva, ya sea directa o, más específicamente, indirecta para lo que, partiendo del riesgo de que así sea, considerar si la finalidad perseguida por el art. 52, d) ET es legítima y, sobre todo, si los medios utilizados son adecuados, proporcionales y razonables²⁸.

Según la jurisprudencia del TJUE, el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 *"debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores"*. De modo que la obesidad, pese a tratarse de una enfermedad, habrá de estar incluida en el concepto de discapacidad a efectos de la aplicación de la Directiva citada en la medida en que incida en la capacidad para desarrollar la actividad profesional en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores; sea a causa de su movilidad reducida, o sea a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio aquélla.

Pero, es más, el Tribunal de Justicia de la UE añade que el reconocimiento formal de la condición de discapacitado en el ordenamiento nacional no implica necesariamente que el trabajador deba ser valorado como discapacitado a efectos de la Directiva 2000/78, incluso, como sucede en este caso, tratándose de una valoración previa al despido, y pese a no ser conocida por la empresa. Esto significa que la calificación formal de discapacitado a efectos internos no supone automáticamente la de discapacitado en los términos que exige la Directiva 2000/78, aunque tampoco su ausencia lo impide. Solo que, de existir, refuerza la calificación de discapacitado, y de no hacerlo fuerza a una prueba más precisa de las limitaciones que esa enfermedad/discapacidad duradera tiene en términos de discapacidad. Se maneja, pues, un concepto más amplio de discapacidad que permite dar entrada a situaciones que igualmente presentan algún tipo de limitación pero que, conforme al derecho interno, habrían de quedar excluidas por no alcanzar el grado del 33 % exigible para su reconocimiento formal.

En el Caso Ruiz Conejero, dando un paso más en el concepto de discapacidad se constata cómo una discapacidad consolidada y fundamentada en una enfermedad no implica una total estabilidad en el estado de salud de la persona. Sin embargo, la discapacidad puede estar en el origen de las alteraciones (breves e intermitentes) de la salud de la persona. La clave será, por tanto, no basarnos en las alteraciones de la salud, sino en su conexión real con la discapacidad del trabajador, lo que permite saber si estamos ante un supuesto de discriminación de los protegidos por la Directiva²⁹.

²⁸ BARCELÓN COBEDO, S.: "Discapacidad y Extinción del contrato de trabajo. Comentario de la STJUE (Sala tercera) de 18 de enero de 2018. Asunto Ruiz Conejero C-270/2016)", en RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C.: *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del I y II Encuentro Anual del Centro Español de la European Law Institute*, Sepín, Madrid, 2018.

²⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Extinción objetiva por morbilidad excesiva y discriminación por discapacidad", *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 49, 2019, pp. 68.

Por lo que se refiere a la posible discriminación causada por el art. 52 d) ET, el TJUE llega a la conclusión de que podría tratarse de una discriminación indirecta, entendiendo por aquella, la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una discapacidad respecto de otras personas. Desde esta perspectiva indirecta, el Tribunal entiende que las personas con discapacidad podrían verse más afectadas por el despido del art. 52 d) ET teniendo en cuenta que el trabajador con discapacidad está expuesto a riesgos adicionales de estar de baja por una enfermedad relacionado con su discapacidad.

A esto, el TJUE resuelve la cuestión devolviendo el asunto al juez nacional con una serie de cuestiones a tener en cuenta en la valoración de la posible discriminación en el caso concreto. En este sentido, el Tribunal le dice que deberá verificar si la diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad. Para ello, deberá tener en cuenta: a) Si los datos numéricos del precepto se han concebido para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral; b) Los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas por el absentismo; c) Si el precepto tiene el efecto de incentivar la contratación y el mantenimiento del puesto de trabajo; d) El contexto del precepto, y en el caso español la aplicación del art. 40 LGDPD (ajustes razonables); y e) El riesgo de las personas con discapacidad en el contexto del mercado de trabajo.

Finalmente, los Tribunales Nacionales que resuelven la cuestión (Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca, de 7 marzo de 2018 y la STSJ de Castilla la Mancha de 10 de abril de 2019, R.º 664/2018) llegan a la conclusión que el art. 52 d) ET, a pesar de su aparente neutralidad, supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad. Especialmente porque «no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador», provocando «un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores, ya que, aquellos (por razón de su capacidad) soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad»³⁰.

3.3.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre

Si hablamos del art. 52 d) ET, necesariamente tenemos que hablar de la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019 de 16 de octubre de 2019, que resuelve la Cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona. La razón de este planteamiento es que el Juez de lo Social se cuestiona si este precepto es contrario a ciertos derechos fundamentales y constitucionales, en concreto al art. 15 CE (derecho a la vida y a la integridad física), al art. 35.1 CE (derecho al trabajo) y al art. 43.1 CE (derecho a la protección de la salud).

El Pleno del TC llega a la conclusión de que el art. 52 d) ET que establece la posibilidad de despido por faltas de asistencia intermitentes aun justificadas, es conforme a la CE. Para ello parte de una premisa básica, y es que el precepto cuestionado persigue un interés legítimo, cual es el de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo. En este contexto, hace referencia al Asunto Ruiz Conejero donde la sentencia establece que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos de la Directiva, correspondiendo a los Tribunales verificar en el caso concreto que la medida legislativa aplicada no va más allá de lo necesario para alcanzar es finalidad legítima.

El TC analiza, desde mi punto de vista de forma algo ligera, la posible vulneración de cada uno de los preceptos cuestionados. Así, en primer lugar, entiende que para que se vulnere el

³⁰ Sobre esta cuestión se puede ver ampliamente la entrada al Blog “Una mirada Crítica a las Relaciones Laborales”, del profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Despido objetivo por faltas de asistencias y el caso Ruiz Conejero: el TSJ de CLM ratifica la existencia de discriminación indirecta*, 26 de abril de 2019, en línea: <https://ignasibeltran.com/2019/04/26/despido-objetivo-por-faltas-de-asistencias-y-el-caso-ruiz-conejero-el-tsj-de-clm-ratifica-la-existencia-de-discriminacion-indirecta/>

art. 15 CE es necesario que se produzca una actuación de la se deriva un riesgo, o se produzca un daño, para la salud del trabajador. Sin embargo, según el TC, en el supuesto del art. 52 d) ET no se observa que, de la actuación empresarial, se derive un riesgo o se produzca un daño, puesto que se limita a realizar un despido cuando el trabajador supere un número determinado de faltas de asistencia, lo que en nada perjudica la salud. Y a eso hay que añadir, dice el Tribunal, que ya el legislador está excluyendo de la aplicación de este precepto las bajas prolongadas y derivadas de enfermedades graves, de forma que ya se está atendiendo a los casos de riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores.

En relación con el art. 43.1 CE, la tutela del derecho a la protección de la salud se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Para el TC, el art. 52 d) ET no incide en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores que se presta en todo caso a través del Servicio Nacional de Salud. Por tanto, el art. 52 d) ET no vulnera el derecho a la protección de la salud.

Por último, por lo que se refiere al art. 35.1 CE, éste se concreta en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, y por tanto, a no ser despedido sin justa causa (STS 119/2014, de 16 de julio). El TC considera que el art. 52 d) ET no prescinde del elemento de causalidad del despido, y aunque contiene una limitación parcial del derecho del trabajo, esta limitación se encuentra justificada por el art. 38 CE. El art. 35.1 no es absoluto ni incondicional, entiende el TC. De hecho, hay excepciones a su aplicación muy cualificadas como recuerda con la STC 125/2018 de 26 de noviembre.

Por lo que se refiere a la vulneración del art. 6.1 del Convenio 158 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el TC considera que una eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales no determina en sí mismo una violación de la CE, sino que, lo que hay que llevar a cabo es un juicio de aplicabilidad, que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria. A eso, añade el TC, que su solución a la cuestión de inconstitucionalidad tiene amparo en el art. 4 del Convenio 158 OIT, conforme al cual cabe poner fin a un contrato cuando existe causa justificada realizada con la capacidad, o la conducta del trabajador, o basada en necesidad de funcionamiento de la empresa. Entre esas necesidades, considera el TC, que se encuentra la defensa de la productividad que puede verse comprometida por los costes directos e indirectos que tienen que soportar las empresas con consecuencia de las ausencias intermitentes, aún justificadas, de los trabajadores.

Una sentencia así, como no podía ser de otra manera, cuenta con cuatro votos particulares, dos de ellos de adhesión a los votos del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré y de la Magistrada María Luisa Balaguer. En primer lugar, el Magistrado Valdés Dal-Ré, parte de la base de que aceptar que la causa extintiva es una causa legal sin examinar si la regulación responde realmente a una causa legal justificada es lo mismo que no hacer examen del art. 35.1 CE. A ello añade, que no se puede amparar el TC en el hecho de que la norma ya establezca excepciones, porque el problema radica realmente en si la excepción no prevista en la norma determina la inconstitucionalidad de la misma. Por ello, la valoración del art. 35.1 CE solo puede llevarse a cabo analizando la causa justa de la decisión extintiva, y esta exigencia solo depende de la calificación de la causa como justa o no. Nos recuerda el Magistrado que la STC 62/2008 de 26 de mayo viene establecer que se puede vulnerar el derecho a no ser discriminado cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el trabajo. Por tanto, el despido por el art. 52 d) ET segrega, y disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud, y queda fundado en la existencia misma de la enfermedad. En este escenario, no puede haber justa causa del despido, contrario a la protección de la salud, bajo la amenaza del no mantenimiento del puesto de trabajo.

Por su parte, y en relación con el voto particular de la Magistrada María Luisa Balaguer, nos recuerda con buen criterio, que el índice de absentismo de la empresa en su conjunto, eliminado

en la Reforma Laboral de 2012, es el que verdaderamente manifestaba la existencia un absentismo dentro de la empresa. Porque solo el absentismo colectivo, y no el individual, es el que puede generar un problema de productividad dentro de las empresas. Por otro lado, considera que no cabe dentro del art. 38 CE cualquier decisión empresarial y especialmente las decisiones de extinción del contrato dirigidas a controlar el absentismo laboral, ya que el control del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno de las empresas, y no dentro de la dimensión constitucional del art. 35.1 CE. Esto lleva a considerar que el absentismo pueda controlarse a través de otros mecanismos, pero no a través de despidos.

Además, nos parece muy interesante destacar la relación que establece entre las bajas por enfermedad intermitentes y justificadas y la posible discriminación indirecta que esto puede conllevar por razón de sexo teniendo en cuenta que el mayor porcentaje de bajas de este tipo les corresponden a las mujeres. Para ello, la magistrada hace alusión a una serie de datos obtenidos de diferentes estudios. En este trabajo, y coincidiendo con la idea de este voto particular, hemos acudido a otros datos sobre el asunto para justificar esta posible afirmación. En este sentido, bien es cierto que las mujeres tienen un mayor porcentaje de bajas por contingencias comunes que los hombres. Las posibles razones de ello son, por un lado, el embarazo que se canaliza por la vía de la Incapacidad Temporal (IT) cuando no se está ante un supuesto de riesgo durante el embarazo; y por otro las mujeres trabajadoras asumen de forma mayoritaria las responsabilidades familiares y el hogar, por lo que la incapacidad temporal podría servir para conciliar la vida laboral y familiar, a lo que se añade que la doble jornada puede derivar en situaciones complicadas de IT. En este sentido, observamos en el Informe de Salud Laboral desde la perspectiva de género (2017)³¹ que, según el INSS, han existido 355.549 procesos de IT mujeres, y 125.300 procesos de IT de hombres. Y según los datos de la Mutuas, se han producido 927.239 procesos de IT en mujeres, y 766.803 procesos de IT en hombres. Por otro lado, según el VIII Informe de Absentismo ADECCO (2019)³², el índice de procesos IT mujeres es del 37,20 %. Concretamente en edades comprendidas entre 25 y 34 años, es del 42,10; y en edades entre 35 y 44 años, es del 36,84 %. Sin embargo, el índice de procesos IT hombres es del 26,58 %. Y por comparar con las franjas de edad, en edades entre 25 y 35 años es del 30,42, y en edades entre 35 y 44 años, es del 26,22 %.

En la actualidad, y como hemos mencionado, la cuestión se ha resuelto de manera rotunda por el legislador con la derogación del precepto que venía regulando este tipo de despido. Por tanto, cualquier duda sobre el despido de los trabajadores con discapacidad en su concepción actual, debe resolverse teniendo en cuenta que las faltas de asistencia intermitentes justificadas no pueden ser la causa del mismo.

4. VALORACIÓN GENERAL

Una vez analizado el panorama actual en el que se mueven las extinciones causales de los contratos de trabajo de las personas con discapacidad o de las personas con enfermedades asimilables a discapacidad, tenemos que traer a colación algunas cuestiones que se han planteado en una Propuesta del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), de noviembre de 2019, por la que se pretende la modificación del RD 1451/1983, y que tienen conexiones con varias de las cuestiones que aquí hemos tratado.

En primer lugar, en relación con la IPP, se pretende la modificación del art. 1 RD 1451/1983 en el sentido de suprimir la disminución del salario en caso de disminución de rendimiento. Esta medida de disminución que se mantiene en la norma ya resulta obsoleta dado el avance en las técnicas de adaptación de los puestos de trabajo. En segundo lugar, en lo que respecta a la

³¹ AA.VV., Informe de Salud Laboral desde la perspectiva de género, disponible en línea en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25606>

³² AA.VV., VIII Informe de Absentismo Adecco, disponible en línea en: <https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2019/06/VIII-Informe-Absentismo.pdf>

IPT, IPA y GI, la propuesta del CERMI se establece en la línea del mantenimiento del empleo al sobrevenir una IP en un puesto adecuado y adaptado. Por lo que se pretende la generación de una obligación empresarial de oferta, bien del mantenimiento del mismo puesto, bien del cambio a otro puesto de trabajo en la empresa, antes de proceder a la extinción. Además, será la empresa la encargada de acreditar, en su caso, que no ha posibilidad de adaptar o cambiar de puesto. En tercer lugar, la propuesta también establece la necesidad de mantenimiento del empleo a las personas a las que se les haya reconocido una discapacidad igual o superior al 33 %, cuando tal discapacidad ha dado lugar a una declaración de no aptitud para el puesto de trabajo. Se generaría, de nuevo, la obligación empresarial de oferta, bien de mantener el mismo puesto adaptado, o bien, otro puesto de trabajo en la empresa antes de proceder a la extinción. En este caso, también será la empresa la encargada de acreditar, en su caso, que no ha posibilidad de adaptar o cambiar de puesto.

Una vez analizadas las soluciones que vienen dando tanto los Tribunales, desde el ámbito europeo y nacional, como las referencias de posibles modificaciones futuras de las normas, y las modificaciones realizadas recientemente, sólo podemos afirmar que los avances están llegando. Bien es cierto que no con la rapidez que sería deseable, pero, todo el entramado normativo y jurídico se mueve en la dirección del cumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde los principios de integración absoluta, con adaptaciones y ajustes del entorno a las personas, se imponen cada vez con más énfasis en el ámbito del empleo, y del mantenimiento del mismo, evitando las extinciones de los contratos de trabajo.