

LA EXTINCIÓN “NO CAUSALIZADA” DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR

THE FORMAL TERMINATION WITHOUT CAUSE OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO THE WORKER’S ILLNESS*

Juan Carlos Iturri Gárate**

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

SUMARIO: 1. Generalidades. Antecedentes. Derecho comparado. –2. Anticipo de conclusiones sobre el estado actual de la cuestión. –3. La doctrina del Tribunal Supremo; 3.1. Origen y argumentos en que se basa el actual criterio; 3.2. Primeras aproximaciones al concepto de discapacidad. Diferenciación tajante de ambos conceptos; 3.3. La confirmación del Tribunal Constitucional del principio jurisprudencial vigente. Admisión de que caben supuestos de nulidad del despido. Una excepción a la improcedencia; 3.4. Otra excepción a la improcedencia. Amenazas empresariales para obtener el alta laboral; 3.5. A estos efectos, es igual que la baja derive de accidente de trabajo o contingencia común; 3.6. Reiteraciones recientes del criterio de la improcedencia; 3.7. Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo relacionados. –4. Diversa doctrina de Tribunales Superiores de Justicia.

RESUMEN

De siempre se ha considerado ilegítimo el despido disciplinario con causa en la enfermedad del trabajador, pues este ha de basarse en un incumplimiento contractual culpable y grave del mismo.

Pero la polémica se ha centrado en la calificación que merece ese ilegal despido.

A diferencia de lo que se decía en el pasado, desde principios de este siglo nuestra jurisprudencia se ha decantado por la improcedencia en esta materia como principio general, relegando la calificación de nulo supuestos muy excepcionales.

En la actualidad, este estado de las cosas está evolucionando en los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia. Y lo hace ensanchamiento el ámbito operativo de la nulidad y la reduciendo el de la improcedencia, aunque sigue siendo ésta el principio general.

Y ello por base el vigente concepto social de la discapacidad, en cuanto que es un concepto amplio, variable y evolutivo. Y también tiene cierta repercusión en razón de la creciente incorporación de las personas con diversidad funcional al mundo del trabajo.

Este es el objeto de este trabajo: analizar el actual estado de esta cuestión.

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

Este trabajo se ha realizado con ocasión de un encargo que me hizo la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a desarrollar con ocasión de una jornada sobre el empleo de las personas con discapacidad que organizó en el campus de la Puerta de Toledo de la Universidad Carlos III.

Debo agradecer la amabilidad con la que me trataron y de ahí esta mención a los mismos.

** Magistrado de la Sala de lo Social.

ABSTRACT

Disciplinary dismissal with cause in the employee's illness has always been considered illegitimate, since it must be based on a culpable and serious breach of contract.

But the controversy has centred on the qualification that this illegal dismissal deserves.

Contrary to what was said in the past, since the beginning of this century our jurisprudence has opted for the impropriety in this matter as a general principle, relegating the classification of very exceptional cases to nullity.

At present, this state of affairs is evolving in the High Courts of Justice. And it makes the operative scope of nullity wider and reduces that of impropriety, although this remains the general principle.

This is based on the current social concept of disability, as it is a broad, variable and evolving concept. It also has certain repercussions due to the growing incorporation of people with functional diversity into the world of work.

This is the purpose of this paper: to analyse the current state of this issue.

Palabras clave: Despido disciplinario. Discriminación. Discapacidad. Despido nulo. Despido improcedente. Disminución voluntaria y continuada de rendimiento. Convención. Discriminación por discapacidad. Enfermedad. Enfermedad de larga duración. Directiva 78/2000. Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

Key words: Disciplinary dismissal. Discrimination. Disability. Void dismissal. Unjustified dismissal. Voluntary and continuous decrease of performance. Convention. Disability discrimination. Illness. Long-term illness. Directive 78/2000. General Law on the Rights of Persons with Disabilities and their Social Inclusion.

1. GENERALIDADES. ANTECEDENTES. DERECHO COMPARADO

En el ordenamiento laboral del siglo pasado dominó la idea de que la enfermedad no podía fundar válidamente un despido.

En este sentido, recordar que el artículo 79, punto primero, de la Ley del Contrato de Trabajo (BOE 24 de febrero de 1944) ya indicaba que el contrato de trabajo no podía extinguirse durante tal incapacidad temporal, salvo que la misma pudiese atribuirse al trabajador y mientras no se superasen los plazos fijados por la Ley o el reglamento y, en su defecto, por el uso y la costumbre.

Esto se mantiene hoy en día y es lógico. En caso de enfermedad, si el trabajador no cumple con la obligación de trabajar es por una causa inimputable al mismo. Por otra parte, esa causa se halla debidamente justificada con el reconocimiento oficial de esa enfermedad a través del paso a la situación de incapacidad temporal y el correspondiente parte médico de baja laboral.

Ahora bien, a tal principio se le unía una excepción que, cuando menos, ya estaba en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo, BOE de 14 de marzo de 1980). Era el caso del artículo 52, letra d de tal Ley, el llamado “despido por absentismo”.

Este tipo de despido, junto con otros despidos, los llamados “causalizados” por la enfermedad del trabajador, se tratan en la ponencia de la profesora Moreno Solana. Hemos procurado coordinarnos para evitar repetirnos al tratar los asuntos.

Yo me centro en los “no causales”. Esencialmente, en los despidos disciplinarios. Ya sean estos con invocación de la baja del trabajador como causa explicitada en la carta de despido, o bien no se invoque concreta causa en esa carta o se invoque otra distinta a la real, que es la en-

fermedad del trabajador. Según se deduce de leer el diverso casuismo existente, la fórmula más habitual es esta última y, en concreto, fundar la carta de despido en el incumplimiento regulado en el artículo 54, punto 2, letra d del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre); es decir, alegar la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal o pactado.

Y ya centrándonos en el despido disciplinario, lo primero que se ha de recordar es que el mismo tiene su razón en un incumplimiento laboral del trabajador y que este ha de ser grave y culpable, tal y como dispone el artículo 54, punto 1, del Estatuto de los Trabajadores.

En términos generales, no cabe considerar que la morbilidad del trabajador tenga por razón su propia voluntad y por eso no cabe justificar en la Ley el despido disciplinario por tal causa. Si el trabajador cae enfermo y por ello no puede trabajar, la Ley prevé un efecto distinto al de la extinción del contrato por tal causa: su suspensión. Al producirse ese efecto, la persona trabajadora deja de prestar servicios y la empresa deja de abonar los salarios (artículo 45, punto 1, letra c del Estatuto de los Trabajadores en relación con su punto 2), aunque debe cumplir con su obligación de pago delegado de la situación de incapacidad temporal y, en su caso, la mejora de tal prestación.

Y ello desde la máxima de la experiencia que hace ver que el trabajador enfermo está en un periodo de ineptitud transitoria para desplegar su actividad profesional y lo que requiere en tal momento es la atención sanitaria necesaria para su mejor y más pronta recuperación, que es lo que se encuentra en el sustrato de la situación de incapacidad temporal, según se deduce de leer el artículo 169, punto 1, letra a de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Y ya se ha dicho que, por ello, tradicionalmente y también hoy en día se considera ilegal este tipo de despido disciplinario.

Y la verdad es que este paradigma no ha evolucionado. Lo que sí ha evolucionado es la calificación que merece esa terminación ilegal del contrato de trabajo y, sobre todo, los efectos de esa ilegal rescisión.

Es lugar común considerar que el despido disciplinario en general puede ser procedente, improcedente o nulo (artículo 55, punto 3 del Estatuto de los Trabajadores).

También es notorio que, si no es legal o procedente, caben dos calificaciones: puede ser improcedente o nulo (artículo 55 en sus números siguientes).

Pues bien, si tradicionalmente se consideró como nulo, desde el inicio del presente siglo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sostiene la calificación de improcedente como principio general.

Tal es la vigente exégesis jurisprudencial del contenido del vigente artículo 55, número 5 del Estatuto de los Trabajadores¹.

Consecuencia práctica de ese criterio: procede la opción entre readmisión con abono de salarios de tramitación o el abono de la indemnización legal, siendo que en los casos normales compete el ejercicio de tal facultad de elegir al empresario (artículo 56 del Estatuto de los Traba-

¹ ARASTEY SAHÚN, María Lourdes: "El despido por motivos relacionados con la salud del trabajador. La perspectiva de la cuestión desde la óptica del Tribunal Supremo". Encuentro de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo con Presidentes/as de Salas de lo Social de TSJs y de la Audiencia Nacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, mayo, 2017.

jadores). Si se considerase tal despido merecedor de la nulidad, no habría tal opción empresarial, pues solo cabría la obligada readmisión del trabajador, con abono al mismo de los salarios de tramitación (artículo 55, punto 6 del Estatuto de los Trabajadores).

Empero, no fue esa la idea de improcedencia la que presidió el Estatuto de los Trabajadores en su redacción originaria.

En efecto, conforme a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la nulidad del despido era la derivada jurídica de esa ilegal terminación del contrato de trabajo a instancias del empresario. Basta leer su artículo 55, punto seis: si el contrato de trabajo estaba suspendido, el despido debía declararse nulo, salvo el caso de que procediera declararlo procedente. Como quiera que la situación de incapacidad temporal² determinaba la suspensión del contrato de trabajo (artículo 45, número 1, letra c de esa misma Ley), si el trabajador estaba en situación de incapacidad temporal, el despido era nulo, salvo el caso de que fuese procedente.

Interesa destacar esta excepción. No cabe perder de vista un importante matiz: la Ley también entonces permitía despedir por causa disciplinaria al trabajador en situación de incapacidad temporal. Ello estaba implícito en el texto. Precisamente se excluía de la calificación de nulo, para el caso de que el despido disciplinario del trabajador enfermo fuese procedente. Ello podía darse, por ejemplo, en el supuesto de que el trabajador realizase trabajos incompatibles con esa situación de baja laboral. El examen de los repertorios de jurisprudencia de la época hace ver que esto efectivamente así se producía, siempre que hubiese, eso sí, causa grave y culpable.

Por otra parte, ese efecto de despido nulo, frente a la más liviana calificación de improcedente, se entendía justificado en la consideración de que, en el trance del trabajador enfermo, este tiene mermadas no solo sus aptitudes profesionales, sino también otra serie de facultades vitales, debiendo atender principalmente a seguir el tratamiento médico y conseguir restablecerse a la menor brevedad, estando también menguada su aptitud para atender debidamente a la defensa de sus intereses caso de ser despedido. Y junto a ello, otra razón adicional: en tal situación, el trabajador no está en el centro de trabajo y, por tanto, se complican por ello sus posibilidades de defensa de sus intereses frente a tal despido, cuando menos hasta cierto punto.

Como ya se ha dicho anteriormente, también esa misma redacción original del Estatuto de los Trabajadores ya preveía el despido objetivo por absentismo laboral, que incluía también algunas bajas laborales concretas, de forma parecida al vigente artículo 52, punto d del Estatuto de los Trabajadores, pero con requisitos distintos y entre ellos y relevantemente que junto con esas bajas individuales, en todo caso, en la empresa debía superarse también un índice de absentismo global de sus trabajadores para permitir ese despido: el cinco por ciento. Este último requisito fue suprimido con la reforma laboral del año 2012. Ya se ha dicho que esta vía de despido e incluso la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019 se tratan en otra ponencia de esta misma jornada.

El régimen normativo original del Estatuto de los Trabajadores así se mantuvo hasta la reforma laboral del año 1994³.

Uno de los efectos de esta reforma es precisamente el que surja la nueva línea jurisprudencial que cambia el estado de las cosas en esta materia. Se pasará del principio general de la nulidad del despido disciplinario ilegal del trabajador enfermo, al primado de la improcedencia en su calificación, relegando la calificación de la nulidad a supuestos muy excepcionales.

² O la entonces existente invalidez provisional, hoy en día situación inexistente.

³ En concreto este régimen legal se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que lo modificó (artículo 5, número 13).

E incluso luego de imponerse esos nuevos postulados a principios de este siglo —como más adelante se explica— también ha habido algún intento de volver a la calificación de nulidad del despido. Así, la profesora Velasco Portero advierte cómo ya con ocasión del debate del Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación, en el año 2011 se presentó una enmienda dirigida a reconocer la enfermedad como causa de discriminación, lo que hubiese propiciado la calificación de nulidad frente a la de improcedencia⁴.

Y no debe ser idea peregrina por desfasada, pues hoy en día hay ordenamientos jurídicos que mantienen la nulidad del despido del trabajador enfermo, al entender que existe una proscripción de la discriminación por razón del estado de salud del trabajador, como es el caso del estado francés. En otros países, se llega a similar conclusión anulatoria del despido por otra vía: la de equiparar directamente a la discapacidad diversas enfermedades de evolución progresiva, por ejemplo, la esclerosis múltiple. Es el caso del Reino Unido⁵.

Pues bien, pese a que mucho se ha escrito en el pasado sobre ello⁶, la realidad nos demuestra que, desde luego en los Juzgados y en menor medida en los Tribunales Superiores de Justicia, que también, en los últimos tiempos se está produciendo una evolución con respecto del ámbito en el que opera el principio general de la improcedencia, restringiéndolo un tanto, aunque siguen siendo mayoría los casos en que el pleito termina en despido improcedente.

Y entiendo que ese movimiento surge precisamente al calor del vigente concepto jurídico de discapacidad y sus interconexiones con la enfermedad y también de la progresiva incorporación de las personas con diversidad funcional al mundo laboral.

Entiendo que ha habido dos textos legales muy relevantes en esta materia y ello porque el contenido ha sido crucial para provocar ese cambio: la Directiva europea 2000/78 y la Convención de Nueva York de 2006, textos ambos determinantes del contenido de nuestra vigente Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).

Incluso antes de que surgiera la jurisprudencia que fija el paradigma de la improcedencia, surgió la (para entonces) muy progresista Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Y es que esa Directiva introducía muchas novedades. Para lo que nos interesa, lo más importante: protegía expresamente a la persona trabajadora contra la discriminación por su discapacidad (artículo 1), proscribía tanto la discriminación directa como indirecta (artículo 2) y fijaba por primera vez la obligación empresarial de ajustes razonables (artículo 5). Fue traspuesta a España por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Este es el primero de esos textos legales y hacía ver ya el paso del concepto médico o rehabilitador al vigente modelo social en el tratamiento de las políticas públicas en materia de discapacidad. El movimiento para la vida independiente había tenido eco mundial y empezaba a producir sus efectos en Europa. Fue un movimiento propiciado por el gran Ed Roberts y tuvo su origen en la Universidad californiana de Berkeley en los años sesenta del siglo pasado.

⁴ VELASCO PORTERO, María Teresa: “El despido del trabajador enfermo. ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia: “Enfermedad Crónica y despido del trabajador; una perspectiva comparada”. *Revista Electrónica Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, núm. 1. 2015. Adapt University Press.

⁶ Una buena recensión de lo acontecido en el pasado se encuentra en el libro de TOLEDO OMS. Albert: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. Editorial Aranzadi, S.A. 2009.

Esta concepción social supone considerar que estamos hablando de derechos humanos cuando hablamos de discriminación de personas con discapacidad y que los poderes asumen la obligación de obtener el “desideratum”⁷ de la igualdad real, realizando las adaptaciones o adecuaciones que sean necesarias, pues han de prestar a sus ciudadanos los servicios en condiciones iguales. Así lo desarrollaron posteriormente filósofos de la talla de Amartya Sen o Martha Nussbaum.

Sus ideas tuvieron eco en la opinión pública, propiciando diversos cambios legislativos necesarios, primero en los Estados Unidos de América y Canadá y luego en Europa.

Y al calor de todo ello, surge un segundo texto normativo de máxima relevancia. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Fue aprobada en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006⁸. Se conoce con el acrónimo CRPD.

Lo más relevante es que se trata de un Pacto Internacional sobre derechos humanos, que fija un concepto amplio y funcional de la discapacidad, basado en la idea de que la misma impide a la persona la participación plena, efectiva y en condiciones de igualdad en la sociedad⁹, proscribiendo la discriminación por motivos de discapacidad, sea directa o indirecta, imponiendo las ideas de accesibilidad universal, el diseño universal y, en su defecto, la obligación de ajuste razonable como medio de garantizar esa igualdad (artículos 2 y 3), fijando un contenido amplio de derechos laborales en su artículo 27, derechos por desplegar en un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible.

Pero entre uno y otro texto legal internacional, aquella Directiva de principios de siglo ya provocaba la atención de los operadores jurídicos.

Y es que antes de esa CRPD, el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid planteó ya una primera cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ella, el Magistrado del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid (Pablo Aramendi Sánchez) planteaba la posible equiparación de la enfermedad y la discapacidad a los efectos de aplicar la protección antidiscriminatoria otorgada por aquella Directiva también al trabajador enfermo. Dio lugar a la sentencia del asunto Chacón Navas. La sentencia del TJUE de 11/07/2006 (c-13/05) resolvió la cuestión fijando un concepto propio de discapacidad (no se había aprobado la CRPD, aunque la definición era muy similar) y, sobre todo, enfatizando las diferencias entre los conceptos de enfermedad y discapacidad y entendiendo que, siendo conceptos diversos uno y otro, no procedía otorgar la protección antidiscriminatoria de la Directiva a aquel concreto caso a la trabajadora que estaba enferma, pero no constaba que fuese persona con diversidad funcional.

Ya una vez que entró en vigor la CRPD¹⁰, surgieron nuevas sentencias del TJUE en relación con el contenido y alcance de ambos conceptos (discapacidad y enfermedad). Constituyen el segundo factor generador del actual cuestionamiento.

⁷ “La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance a convertirla en un hecho”: Honoré de Balzac. Como se ve, el movimiento por la vida independiente tenía una visión más positiva de la evolución humana.

⁸ El instrumento de ratificación lo suscribió el Reino de España el día 30 de marzo de 2007 y fue publicado en el BOE de 21 de abril de 2008, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico ex artículo 96.1 de la Constitución (BOE 29 12 1978) sirviendo de elemento hermenéutico al tratar de derechos humanos, tal y como se deduce de leer el artículo 10.2 de este último Texto, prevaleciendo incluso en caso de conflicto con nuestra norma ordinaria interna ex artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

⁹ Artículo 1, segundo párrafo: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

¹⁰ Sobre la trascendencia que tiene la promulgación y aprobación de la CRPD en esas nuevas sentencias del TJUE, véase MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso Ring”. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, número 130, año 2015.

De entre ellas, la más importante es la sentencia HK Danmark o también llamado asunto Ring¹¹ (11/04/2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11). Pero más recientemente, también son muy destacables las sentencias Kaltoft (18/12 /2014, asunto C-354/13), Daouidi (1/12/2016, asunto C- 395/15), Ruiz Conejero (18 de enero de 2018, asunto C-270/16) o Nobel Plastiques Ibérica (11/09/2019, asunto C-397/18). Pero hay más¹².

De forma muy general, cabe decir que el TJUE asume que la CRPD forma parte del acervo normativo europeo¹³. Además de ello, también usa la definición de discapacidad contenida en su artículo 1, segundo párrafo. Por último, atribuye un papel relevante a la CRPD en la labor ejecutiva de la normativa derivada de la propia Unión Europea.

Ahora bien, parte que la Convención no es susceptible de producir el llamado “efecto directo” –horizontal o vertical– al tratarse de una normativa de principios, de baja intensidad, “light” (ligera) o “soft” (suave)¹⁴. A estos efectos, recordar que, desde la sentencia Van Gend en Loos¹⁵, el Tribunal mantiene que tal efecto directo solo se produce si la norma en cuestión reúne las condiciones de precisión, claridad, no necesidad de desarrollo de sus contenidos y se da la incondicionalidad de sus postulados. Pues bien, en este caso considera que la CRPD no reúne esas características, rechazando, pues, que sea de directa aplicación.

2. ANTICIPO DE CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Vuelvo al objeto central de este trabajo. En el siguiente capítulo pretendo explicar las razones, el ámbito y las excepciones de ese primado de la improcedencia que fija la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como efecto del despido disciplinario ilegal del trabajador enfermo.

En el ulterior capítulo, destaco supuestos sobre los que asiento la conclusión de que existe una evolución en las sentencias del TSJ en orden a ensanchar el ámbito operativo de la excepción de la nulidad, con restricción del principio general de la improcedencia.

Y por lo que hace al estado actual de la cuestión, mi conclusión es que no hay evolución destacable en el concreto punto de la calificación que merece el despido ilegal que tratamos en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Sigue vigente el principio general y en los últimos tiempos no se ha ampliado el número de casos excepcionales que provocan la declaración de nulidad del despido en época reciente.

Pero sí que aprecio movimientos en otros aspectos colaterales de este entorno.

Por ejemplo, se ha recibido y asumido la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, generadora de un cierto acercamiento entre los conceptos de enfermedad y discapacidad. Ambos habían sido nítidamente diferenciados en una primera época, sin posibilidad alguna de convergencia y, más modernamente, el TS admite que conceptualmente cabe la posibilidad de que un

¹¹ Se trata de dos asuntos acumulados. En uno la demanda la presenta la señora Ring, en el otro la señora Werge. En ambos son representadas por el sindicato HK Danmark. Esto explica esta ambivalente denominación.

¹² Sobre el concepto de discapacidad cabe citar también los asuntos Glatzel (sentencia de 22/03/2014, C356/12), el asunto llamado Z (sentencia de 18/03/2014, C 363/12) y otras. La más reciente, asunto Milkova (sentencia de 9/03/2017, C 406/15).

¹³ Su recepción lugar a través de la Decisión 2010/ 48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 27 de enero de 2010).

¹⁴ Lo que tanto SEGALÉS FIDALGO, Jaime como yo mismo hemos advertido que es nota común en este tipo de legislación en materia de personas con discapacidad en otros trabajos.

Por ejemplo, en “Trabajo y Discapacidad”, *Cuadernos digitales de formación*, 36. 2010. Consejo General del Poder Judicial.

¹⁵ Sentencia de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62).

trabajador enfermo merezca el amparo antidiscriminatorio que otorga la Directiva 2000/78 por razón de discapacidad. En concreto: cuando esa enfermedad genere limitación profesional de larga duración. Pero todavía no hay caso en el que haya resuelto considerando que procede la nulidad del despido sobre la base de tal equiparación.

También aprecio una cierta evolución en punto a asumir que legalmente existe una obligación empresarial de ajuste razonable del trabajo de persona trabajadora con diversidad funcional. Al efecto, cita el artículo 5 de la Directiva 2000/78, aunque no hace mención de los correspondientes preceptos que también se contienen en nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, hago de menos la cita del artículo 40, punto 2 de la LGPCDIS en punto a esa obligación empresarial de ajuste razonable, cuyo incumplimiento da lugar a considerar discriminación directa de la persona con discapacidad. En este apartado, es especialmente relevante la TS 22/02/2018 (recurso 160/2016).

En cuanto a las sentencias TSJ, me centro en los más recientes y relevantes pronunciamientos sobre esta materia, pues la realidad nos demuestra que hay muchos más. Entiendo que estas sentencias TSJ sí que revelan evolución, en el sentido ya expresado de reducir el ámbito operativo del principio general de la improcedencia, pues hay diversos pronunciamientos en que el despido ya se declara nulo al equipararse el concepto de enfermedad que genera limitación de larga duración con la discapacidad, siguiendo la línea TJUE HK Danmark y por esta vía calificar el despido como nulo, aplicando la protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78, casos en los que se valoran los indicios sobre secuelas o menoscabos de larga duración a los que alude la doctrina TJUE Daouidi, supuestos en los que se declara el despido nulo por no adoptar el empresario medidas de ajuste razonable en vez de despedir, etc.

Y junto a ello, pleitos o problemas añadidos al original pleito por despido. Como son los posteriores procesos en reclamación de indemnización por vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado, casos en que luego del despido nulo se insta a la situación de incapacidad permanente, casos en que la propia enfermedad impone que no queda optar por la solución readmisoria, pues supondría imponer un riesgo grave de agravamiento de la enfermedad generadora de discapacidad y otros.

Y aún y así, seguro que el futuro nos depara más novedades, pues quedan muchos temas por resolver en esta materia. Se me ocurre un ejemplo de un caso que seguro que se ha de presentar a corto plazo: persona trabajadora con diversidad funcional que pasa a baja laboral por enfermedad consecuencia secundaria de su propia discapacidad y que es despedida disciplinariamente por ello y no por la vía del artículo 52, d Estatuto de los Trabajadores. Entiendo que existen grandes probabilidades que, en tal caso, se declare el despido nulo y no improcedente, como ha acontecido en el caso Ruiz Conejero, por lo menos en cuanto a Juzgado y TSJ, puesto que el TS todavía no se ha pronunciado. La única diferencia es el ámbito en el que se enmarca la decisión empresarial: en aquel caso, se viabilizó el despido por esa baja con base en el artículo 52, d Estatuto de los Trabajadores, mientras que en el caso al que me refiero, en la carta de despido se indicaría alguna de las causas del artículo 54 de esa misma Ley.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Origen y argumentos en que se basa el actual criterio

Más arriba se ha expuesto cómo la inicial redacción del Estatuto de los Trabajadores llevaba a catalogar como nulo el despido ilegal de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal. También se ha dicho ya el cambio que en materia de calificación del despido produjo la reforma del año 1994, fijándose el postulado de la improcedencia en la calificación de despido ilegal del trabajador enfermo.

Y al efecto, suele destacarse que la que inició el actual criterio fue la TS 29/01/2001 (recurso 1566/2000).

Resuelve un supuesto en el que una empresa pública extingue el contrato de uno de sus empleados, invocando la vía del despido objetivo. Alega la amortización de su puesto de trabajo por terminar una concreta contrata adjudicada a la empresa. En el pleito se asume que, en la realidad, la rescisión estaba motivada en los procesos morbosos que habían impedido la actividad laboral de esa persona.

El TSJ catalán consideró nulo el despido, por entender que discriminaba a los trabajadores por razón de su estado de salud.

El razonar estimatorio del recurso empresarial descansa en dos grandes argumentos. El primero: este tipo de despido se trata de una especie dentro del género del despido en fraude de ley y ya se ha dicho que este género de despido ilegal es improcedente y no nulo. El segundo: no cabe considerar que la decisión empresarial de despedir al trabajador por esa enfermedad suponga que la empresa ha incurrido en uno de los supuestos de discriminación prohibida constitucionalmente por basarse en razones repudiables.

Al empezar su razonamiento de fondo, el TS recuerda que ya previamente había cambiado la calificación de lo que la jurisprudencia había venido denominando el despido en fraude de ley, esto es, cuando el mismo no responde a la causa alegada, sea la real otra o se desconozca esta última¹⁶. Con cita de otras sentencias previas (2/11/1993, 23/05/1996 y 30/12/1997) advierte que ha fijado que la calificación de ese despido ilegal es la de improcedencia. Siendo que este supuesto se incluye en este grupo, la conclusión es que procede la calificación ya prefijada para tal tipo de despidos.

En cuanto al segundo argumento, el TS considera que no se da la segregación inconstitucional defendida en la sentencia catalana recurrida.

Al efecto, inicia el mismo recordando que el artículo 14 CE regula tanto el principio de igualdad de trato como el de no discriminación, para llamar la atención sobre el distinto alcance y contenido de uno y otro principios.

Se centra en el segundo, el de no discriminación y explica cómo el mismo no incluye todo tipo de segregaciones, sino solo aquellas discriminaciones que se consideran de forma generalizada como inadmisibles en nuestro entorno ético político y cultural. Es decir, que se refiere a los casos de lo que se ha venido en llamar la segregación por “causas odiosas”.

Por tanto, ese derecho fundamental a la no discriminación no opera con respecto de todo tipo de diferenciación, sino solo en casos de segregación por razones que se entienden que son siempre inadmisibles o repudiables en nuestro entorno cultural, puesto que suponen violación más cualificada de la igualdad, pues están basadas en criterios de diferenciación que se consideran especialmente rechazables. Cita al efecto varias sentencias del Tribunal Constitucional.

Asume que tal artículo 14 CE utiliza un sistema de “*numerus apertus*” en cuanto a ese tipo de causas inadmisibles, por ser rechazables siempre, dada la coda final de tal precepto. Pero entiende que la enfermedad no se encuentra entre esas circunstancias o condiciones personales o sociales que refiere el precepto.

En función de ello, afirma que no cabe entender discriminatorio el despido por enfermedad del trabajador, habida cuenta de que el despido en estos casos se hace considerando la vertiente funcional u operativa de la persona trabajadora, pues se le despide porque no presta su actividad productiva al empresario, con los derivados que ello conlleva para el mismo, más que por el hecho propiamente dicho de caer enferma.

¹⁶ Obviamente todo despido tiene una causa. Otra cosa es que en el proceso se llegue a conocer la misma. En tal sentido se ha de entender la expresión despido sin causa.

El fondo del argumento que le permite llegar a la conclusión reside en las siguientes frases: *“La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa”*.

Y termina la argumentación con la exclusión de que se pueda hablar de discriminación por discapacidad en el caso concreto. Asume que existe una prohibición de discriminar por discapacidad, pues así está prevista en el artículo 4, número 2, letra c segundo párrafo del Estatuto de los Trabajadores. Empero, no es el caso del demandante: no ha sido declarado persona con discapacidad, ni el despido se ha causado considerando su discapacidad, sino solo considerando los periodos de baja para el trabajo y la consiguiente pérdida, para la empresa, *“de interés productivo del trabajador”*.

Esta sentencia sirve de referencia a otras posteriores de los años 2003 a 2005 que reiteran aquellas ideas¹⁷.

Tal sentencia fue objeto de múltiples críticas en su momento. Las resume y explica detenidamente el doctor Toledo Oms¹⁸.

Y en orden a este mismo artículo 14 CE no está de más recordar que el Tribunal Constitucional sí que ha considerado que la discapacidad es una de esas causas de segregación inadmisibles, al entender que esa condición o circunstancia personal queda incluida en la coda final y abierta de ese precepto. En tal sentido, sus sentencias 269/1994, de 39 de octubre, y 10/2014, de 27 de enero. También proscribe este tipo de discriminación el artículo 21, número 1 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3.2. Primeras aproximaciones al concepto de discapacidad. Diferenciación tajante de ambos conceptos

Ya más detalladamente, en orden a la vigente distinción entre la enfermedad de trabajador y discapacidad del trabajador a efectos del despido, se suelen citar la TS 11/12/2007 (recurso 4355/2006)¹⁹.

¹⁷ TS 23/05/2005 (recurso 2639/2004), 12/07/2004 (recurso 4646/2002) o 23/09/2003 (recurso 449/2002).

¹⁸ TOLEDO OMS, Albert. Obra ya citada. Véase nota número 6.

¹⁹ Aunque sea un excurso, debo decir que se utilizan en tal sentencia expresiones que fueron sustituidas por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia meses antes. Se refiere a la “terminología” y dice: “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas”. Como quiera que sigo observando en la actualidad expresiones peyorativas similares que, a más de no considerar el respeto debido al diez por ciento de la población, mantienen expresiones desterradas de nuestro ordenamiento jurídico, me he detenido en este extremo.

En este particular caso, nuevamente la causa invocada en la carta de despido –bajo rendimiento continuado– no es la real, pues esta nuevamente es que la demandante llevaba de baja por enfermedad un tiempo y la empresa consideraba no rentable mantener el vínculo laboral.

Lógicamente cita los previos precedentes indicados y, como novedad, en esta sentencia ya se asume que la discriminación por discapacidad había quedado prohibida expresamente en nuestro ordenamiento interno desde la reforma del artículo 4 ET producida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que supuso, entre otras cosas, la transposición al ordenamiento jurídico interno de aquella Directiva 2000/78 del Consejo UE que ya se ha citado, aunque ya antes el Tribunal Constitucional había considerado que la discapacidad era una de las circunstancias o condiciones personales o sociales susceptibles de “discriminación odiosa”, como se ha explicado al final del punto 3.1. de este trabajo.

Ahora bien, esta prohibición de discriminación por razón de discapacidad no puede llevar a la nulidad del despido, pues no estamos ante un caso de persona con discapacidad, sino de persona enferma y sostiene que no cabe equiparar la discapacidad con la enfermedad. Por tanto, como en el caso, la demandante era enferma y no persona con diversidad funcional, procede la improcedencia, como se había decidido en los precedentes que cita.

Desarrolla la última de esas ideas, sosteniendo que no cabe considerar que estemos en presencia de conceptos similares cuando se habla de discapacidad y de enfermedad. Afirma que esto no es así ni en el lenguaje ordinario ni en el jurídico.

Así, se puede leer en esa resolución: *“La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un “estatus” que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.*

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.”

Termina la argumentación con la cita de su previa TS 22/11/2007 (recurso 3907/2006) y la TJUE Chacón Navas, que también es analizada y aplicada en esta última. Sostiene que en ambas resoluciones ya se dice que no se admite que a las situaciones de enfermedad se haya de otorgar la protección antidiscriminatoria prevista para la discapacidad.

Interesa destacar que esa TS 22/11/2007 (recurso 3907/2006) trata de un caso en el que la demandante es despedida invocándose, ficticiamente, retraso en la entrega del parte de baja, cuando queda claro que es despedida por un infarto de miocardio que sufrió que le ha generado baja laboral, excluyendo la Sala, porque no se le ha planteado en recurso, la posibilidad de declarar la nulidad por despido discriminatorio por razón de discapacidad, pues, siendo posible, tampoco consta que en el caso aquel infarto haya generado limitaciones profesionales de larga duración (“secuelas definitivas”).

Esos mismos criterios expuestos en la TS 11/12/2007 han sido luego reiterados en sentencias posteriores, como TS 29/09/2014 o 27/01/2009 (recursos 3248/2013 y 602/2008), en casos de

despido disciplinario con causa formal asumida por la empresa que era falsa y la real es la enfermedad del trabajador, en situación de baja laboral.

3.3. La confirmación del Tribunal Constitucional del principio jurisprudencial vigente. Admisión de que caben supuestos de nulidad del despido. Una excepción a la improcedencia

La sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo, deriva de otro caso de despido disciplinario en el que la empresa le imputa al trabajador mala fe al no poner en conocimiento su patología de espalda y que ha motivado varias bajas.

En el amparo se alegaba conculcación de los derechos a no ser discriminado y a la integridad física y moral. Empero, como el recurrente de amparo no había citado en el previo proceso laboral el artículo 15 CE, el tema se centra en si existe la discriminación prohibida en el artículo 14 CE.

Ratifica los previos criterios del TS relativos a que no cabe considerar que el despido por enfermedad en sí mismo constituya una vulneración de derechos fundamentales, citando expresamente la anteriormente comentada TS 29 01 2001 (recurso 1566/2000) y otras. Recuerda que el trabajador había sido declarado reiteradamente apto para su trabajo por el INSS, que la baja era de corta duración al tiempo del despido (diez días) y la empresa expresamente aludía a la falta de rentabilidad que las bajas del trabajador le generaban.

Centra su argumentación en determinar si el despido motivado por las dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio. Y considera que la enfermedad puede quedar amparada en el inciso final del artículo 14 CE. Entiende que así ocurrirá *“cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada 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 contenido de la prestación laboral objeto del contrato”*.

Por tanto, nos encontraríamos ante un caso en el que el despido disciplinario del trabajador enfermo daría lugar a la nulidad, por ser discriminatorio. Excepción expresamente asumida al primado de la improcedencia.

Sin embargo, no es ese el caso concreto sobre el que se centra el recurso de amparo. Entiende que, en el supuesto que valora, se pone de manifiesto que fue la perspectiva exclusivamente funcional de la enfermedad, su efecto incapacitante para el trabajo. Esto fue lo que determinó la decisión empresarial, pues se le despidió por no advertir de esa enfermedad, que, de ser conocida por la empresa, la misma no hubiese contratado al demandante según se afirma en la carta de despido.

En respuesta a argumento del Ministerio Fiscal, también rechaza que los casos en que una enfermedad crónica genere recurrentemente en el tiempo periodos de incapacidad temporal den lugar a la nulidad, luego de afirmar que sería una especie de *“tertium genus”* entre la enfermedad y la discapacidad. La Sala considera que no consta que sea este el caso, añadiendo además que el argumento carece de identificación y concreción debida de este colectivo como sujeto de segregación, pues no hay una categoría homogénea dentro del colectivo, que puede tener múltiples causas y manifestaciones y además considera que esa eventual situación de desventaja debe ser atendida por los poderes públicos por otras vías (medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesional).

Permítaseme que haga un excurso. Por cuanto que cita muchos preceptos constitucionales, pero no el 49, y porque expresamente parte de que se trataría de un tercera especie, distinta de la enfermedad y discapacidad, pese a que podría considerarse integrado en el concepto de discapacidad conforme al artículo 1 CRPD y 4 de la LGPCDIS.

3.4. Otra excepción a la improcedencia. Amenazas empresariales para obtener el alta laboral

La muy relevante TS 31/01/2011 (recurso 1532/2010) marca un nuevo hito en esta evolución jurisprudencial. Con ella se confirma el fallo de despido nulo de un caso de trabajador enfermo y al que previamente se le había amenazado con tal despido si no se incorporaba al trabajo, terminando de forma voluntaria el proceso de incapacidad temporal que había iniciado. No pasando a alta laboral, es despedido.

La Sala IV rechaza por motivos formales el recurso de casación, pero abunda en la razón de fondo de la declaración de nulidad recurrida por la empresa y recordando los previos precedentes propios, en el caso considera muy relevante que conste que la empresa amenazó al trabajador con despedirlo si no se “daba” de alta laboral, abandonando el tratamiento prescrito por los servicios sanitarios públicos que seguían su baja por parestesias.

El TS entiende que este dato hace cualitativamente diverso este supuesto de los anteriores precedentes, en los que se decantó por calificar el despido por enfermedad como improcedente y ello porque el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal forma parte del derecho fundamental a la integridad física de todas las personas (artículo 15 CE), siendo que esa amenaza pone en claro riesgo la salud del trabajador, de tal forma que considera conculcado ese derecho fundamental, lo que le lleva a confirmar la conclusión de nulidad de ese concreto despido.

Destacar que afirma que no se aparta, sino que asume la doctrina previa de considerar que el principio general es que el despido por causa de las bajas del trabajador no da lugar a nulidad, aunque admite, nuevamente, que, excepcionalmente, puede haber casos en que la enfermedad pueda quedar incluida en el ámbito de la prohibición de discriminación por “causa inadmisibles” del artículo 14 CE.

3.5. A estos efectos, es igual que la baja derive de accidente de trabajo o contingencia común

Al caso de baja laboral derivada de accidente de trabajo se refiere la TS 12/07/2012 (recurso 2789/2011). Trata del despido de un trabajador, causado por vía de desistimiento empresarial del contrato cuando este está en periodo de prueba y cuando el desistimiento es producido luego de un accidente de trabajo acaecido el primer día de trabajo, siendo cesado al día siguiente por tal causa. El informe de investigación del accidente reveló que debía adiestrarse al trabajador y que debiera haberse colocado una faja o bien proporcionarle medios mecánicos de manipulación manual de cargas para evitar el sobreesfuerzo físico de la zona dorso-lumbar que le produjo la baja inmediata.

El TS confirma la validez de aquel cese empresarial por desistimiento en periodo de pruebas, entendiéndose que el producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no supone ni discriminación ni vulneración de derechos fundamentales, pues la enfermedad no es uno de los factores de discriminación incluibles en el art. 14 CE y entiende que la misma suerte ha de correr la que deriva de accidente de trabajo, rechazando también la idea de que ese cese suponga fraude de ley o abuso de derecho, pues entiende que hay una explicación razonable de esa conducta desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, pues aparte de que probablemente deberá contratar en sustitución del accidentado a otro trabajador (con igual expectativa a continuar en el trabajo que el enfermo), se fuerza al empresario a tomar una decisión, inmediata o cuasi inmediata, sobre el cese o no en periodo de prueba del accidentado.

Dicha sentencia contiene un voto particular que se decantaba por aplicar la doctrina fijada en la TSJ de contraste (País Vasco, 25/11/2008, recurso 2524/2008) que había confirmado como improcedente tal tipo de cese (no se discutió en la Sala si el despido era nulo). El presupuesto de esa sentencia de contraste se forma con la idea de que en el accidente el trabajador no tuvo

culpa alguna y que se le cesó solo por esa causa. En estas condiciones, la Sala entiende que ese desistimiento no superaba los cánones que impone el principio de buena fe contractual, que también rige en el especial periodo de prueba, ya que considera que se usa tal instituto para una finalidad diversa de aquella a la que tal institución sirve y, además, supone un atentado a valores jurídicos superiores, como es la dignidad del trabajador accidentado, por cuanto que se le reduce al valor de “mera cosa, de la que se prescinde en cuanto se avería, lo que supone una humillación y una afrenta a su condición de persona”.

3.6. Reiteraciones recientes del criterio de la improcedencia

3.6.1.

TS 3/05/2016 (recurso 3348/2015) trata del habitual caso en que se alega la falta de rendimiento continuada y voluntaria del trabajador como causa de un despido disciplinario que, en realidad, obedece a la situación de baja de la trabajadora. Baja en este caso empezada diez días antes de su despido, siendo que en el mes anterior se había felicitado a las nueve integrantes del departamento de la demandante por su actividad y que la empresa despidió a las cuatro que estaban de baja en tal departamento. Ello se dice que se hizo para obtener la adecuada productividad y continuidad del servicio que prestaba la empleadora. Nuevamente también se discute si el despido, que se asume que es ilegal, es nulo o improcedente.

El TS recuerda lo dicho en los precedentes indicados sobre el doble contenido del artículo 14 CE. También itera que, en concretos supuestos, la enfermedad sí que puede dar lugar a considerarse que es causa “odiosa” de segregación, pero que, por lo general, el despido por enfermedad suele obedecer a la razón de que el empresario despide porque, estando de baja, el trabajador no puede prestar su trabajo. Si esta es la exclusiva razón funcional entiende que da lugar a la improcedencia.

También recuerda las diferencias entre enfermedad y discapacidad que habían expresado las previas sentencias de la propia Sala Cuarta que resalta y que, a su vez, se basan en la 11/12/2007 (recurso 4355/2006) citada anteriormente.

Considera que esa razón de falta de funcionalidad de la trabajadora de baja concurría en la voluntad de despedir de la sociedad empleadora y por ello confirma la sentencia del TSJ catalán que así lo había declarado, revocando la calificación de nulidad hecha por el Juzgado barcelonés que juzgó el asunto en instancia.

Además y como elemento nuevo en relación con los precedentes, amplía su razonamiento considerando lo expuesto por el TJUE en aquella sentencia Chacón Navas (TJUE 11/07/2006, asunto C. 13/05) y también, como novedad, en la HK Danmark o Ring Skouboe Werge (TJUE 11/0472013, asuntos acumulados C 355/11 y C-337/11) y, sobre esta base, asume expresamente la definición de discapacidad contenida en el CRPD de Nueva York y, partiendo de la misma, entiende que no se puede considerar que en concreto caso haya que otorgar la protección antidiscriminatoria de la Directiva UE 2000/78, pues afirma que la demandante no podía ser considerada persona con discapacidad al tiempo en que el empresario tomó la decisión de despedirla.

Por tanto, asume que cabe equiparar la enfermedad a la discapacidad al efecto de otorgar la protección antidiscriminatoria en materia de despido disciplinario, pero que no es ese el caso de autos.

Y no lo es porque no consta que haya limitación funcional y profesional de larga duración en la persona despedida.

Destacar que, para llegar a aquella conclusión de que no se puede considerar a la demandante como discapacitada, el TS repara en que la baja laboral se inició diez días antes de su despido y que el alta laboral se produjo en un plazo inferior a un mes desde que se inició el pro-

ceso de incapacidad temporal, sin que conste que a la demandante le hayan quedado limitaciones algunas derivadas de esa enfermedad que motivó su baja laboral. En consecuencia, considera que no se da el requisito de “larga duración”, elemento necesario para considerar la existencia de discapacidad.

Resta por indicar que la sentencia confirmada en este caso por el TS fue a su vez dictada en pleno de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña (1/07/2014, recurso 956/2014)²⁰, contando esta última sentencia con un voto particular que consideraba correcta la calificación del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, Juzgado de instancia que había calificado como nulo tal despido.

Tal voto, suscrito por cinco de las personas integrantes de esa Sala, se basa en considerar que la demandante debía ser considerada como persona con discapacidad, atendido lo dicho en la CRPD y en aquellas TJUE Chacón Navas y Ring (o HK Danmark), pues consta que, incluso pasados seis meses, se le suministró todavía rehabilitación por aquel latigazo cervical que había provocado su baja, parangonando el caso concreto a los dos supuestos de esta última sentencia y entendiendo que esta doctrina impone ya un concepto de discapacidad distinto del que tradicionalmente había considerado el TS, debiendo repararse que a esta idea responde tanto la nueva Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) como incluso la reforma del artículo 52,d del ET, producida por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio)²¹.

Entendiendo que era un caso de discriminación por razón de discapacidad, el voto proponía que se confirmase la sentencia, si bien asumía que la consideración de tal despido disciplinario como despido en fraude de ley, hoy en día no podía llevar al despido nulo, como ya sostenía el voto mayoritario, revocando también en este punto la sentencia del Juzgado.

Esta sentencia catalana se comenta en el siguiente capítulo.

3.6.2.

La TS 15/03/2018 (recurso 2766/2016) trata del despido de una limpiadora que es despedida formalmente por vía de despido disciplinario ex artículo 54.2,e del Estatuto de los Trabajadores (disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo pactado normal o pactado) y se trata de una empresa que se había subrogado en la condición de empleadora de la despedida. Le imputa que, estando de alta en la empresa un total de 453 días, sólo había estado en disposición de prestar servicios efectivamente 164 días. Esto suponía una notable rendimiento laboral inferior al pactado, lo que derivaba en pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa, que era lo que motivaba su despido. La demandante llevaba de baja nueve meses y medio al tiempo del despido y la misma se prolongó en dos meses y medio más luego del mismo, sin que conste le queden limitaciones tras esa alta.

La Sala cita de nuevo la CRPD y la doctrina TJUE, desde la Chacón Navas a las más recientes sentencias Daouidi (TJUE 1/12/2016, asunto C- 295/15) y Ruiz Conejero (TJUE 18/01/2018, asunto C-270/16) y vuelve a remarcar la diferencias entre enfermedad “en cuanto tal” y discapacidad e implícitamente asume que alguna enfermedad pueda equipararse a la discapacidad a estos efectos, pero entiende que este no era el supuesto de la despedida, pues al tiempo del despido no había agotado la duración máxima del periodo de incapacidad temporal, ni existía

²⁰ Esta sentencia también se cita con ocasión del estudio de la STJUE Ring y de ella se trata también al estudiar las diversas STJUE.

²¹ Al efecto, cita su Exposición de Motivos y entiende que la exclusión de las bajas motivadas en el tratamiento médico del cáncer o enfermedad grave, operada por el artículo 18.5 de la Ley, enlaza con ese nuevo concepto de discapacidad que impone el CRPD.

resolución alguna que permitiera considerar como de situación duradera ese estado de incapacidad laboral que permita considerarla equiparable a discapacidad, procediendo a estimar el recurso y revocar la TSJ Galicia que había considerado nulo ese despido al entender estaríamos en un caso de enfermedad equiparable a discapacidad.

Parece relevante la idea que parece introducir de que se impone que se haya agotado el periodo máximo de incapacidad temporal en estos casos, lo que considero que se aparta un tanto de las tesis de la TJUE Daouidi que entiende que lo relevante es que no esté bien perfilada la pronta duración de la baja laboral al tiempo del despido, lo que personalmente entiendo que es cualitativamente diverso a que se imponga el agotamiento del periodo máximo de incapacidad temporal para hablar de enfermedad equiparable a discapacidad a estos efectos.

3.7. Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo relacionados

3.7.1.

Aunque es anterior en el tiempo a las anteriores, también mención aparte merece la TS 25 11 2014 (recurso 2344/2013), en la que, moviéndose en el peculiar ámbito del artículo 52, d ET, afirma que la Sala ha de matizar o precisar su propia doctrina sobre enfermedad y discapacidad a raíz de aquella sentencia Ring o HK Danmark. Por tanto, ya al año y medio de la sentencia europea la Sala Cuarta advirtió que esa TJUE imponía cuando menos matizar las tajantes diferencias entre enfermedad y discapacidad que había fijado principalmente en la primera década del presente siglo.

En el proceso, se juzgaban tres despidos objetivos basados en superarse los umbrales de bajas justificadas que prevé la Ley y pese a que, sobre los varios temas tratados por el recurrente, la Sala no hace pronunciamiento sobre el fondo, al no apreciar contradicción.

Ahora bien, tratando de la alegación de discriminación en el despido, basada en la discapacidad de uno de los demandantes, la Sala vierte aquella afirmación, considerando que, en el caso, no cabe entrar al fondo, pues el demandante ya era persona con discapacidad al tiempo de ser contratado (tenía reconocida una incapacidad permanente total) y se parte de que los procesos de incapacidad temporal sobre los que la empresa formuló su despido eran por causa distinta de aquella discapacidad. Se asumía la condición de improcedentes de los tres ceses laborales.

Precisamente ello parece materializarse en la TS 3/05/2016 (recurso 3348/2015) cuando expresamente asume la definición de discapacidad que da la CRPD, que es diversa de la que se dio en aquella TS 11/12/2007 (recurso 4355/2006)²², admitiendo la hipótesis de que quepa equiparar ambos conceptos en concretos supuestos, si bien, no era uno de ellos el estudiado en tal sentencia, como se ha pretendido explicar.

3.7.2.

A dos casos de despido objetivo por ineptitud sobrevenida se refieren las TS 21 09 2017 y 22 02 2018 (recursos 782/2016 y 160/2016). En ambas resoluciones se especula nuevamente con las sentencias Chacón Navas, Ring e, incluso, la más moderna de las dos, con las recientes sentencias Daouidi (TJUE 1/12/2016, asunto C- 295/15) y Ruiz Conejero (TJUE 18/01/2018, asunto C-270/16) para recordar que la diferencia entre enfermedad y discapacidad que en términos tan contundentes se fijaba en los años 2007 y 2008 por el TS, debe considerarse matizada por los

²² En tal sentido, DESDENTADO AROCA, Elena: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, número 3 (marzo) del año 2017.

contenidos de esa doctrina TJUE; y, añadido yo también, por las previsiones del artículo 4 LGPCDIS, puesto que una enfermedad, si genera limitaciones a largo plazo en lo profesional, ha de ser equiparada a la discapacidad y otorgarle el abrigo protector de la Directiva 78/2000 y de la CRPD.

3.7.3.

También trata de un despido objetivo la TS 20/03/2019 (recurso 1784/2017) que transcribe, en parte, la anteriormente citada TS 22 03 2018 (recurso 160/2016), para recordar su criterio sobre “la enfermedad de larga duración como factor de discriminación”, para seguidamente considerar que quien recurre es la empresa, que pretende la procedencia del despido, frente a la calificación de procedente y que, desde luego, no es la nulidad del despido por discriminación “una opción que esté en juego”, para indicar que ello es extremo que no es objeto de casación para la unificación de doctrina. Finalmente, no aprecia contradicción y desecha el recurso empresarial.

4. DIVERSA DOCTRINA DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Existen muchos pronunciamientos bien sugerentes. Pretendo indicar los que considero más relevantes.

Algunos porque son muy recientes y suponen mantener el criterio jurisprudencial expuesto. Es el caso de las numeradas como 1 a 5, 10, 13, 16, 17, 19 y 22. Entre ellas, destaca una, la 3, que se enfrenta a una sentencia del Juzgado que había considerado nulo el despido por incurrir en vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad y por atacarse el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

La 6 sigue esa línea, pero finalmente declara nulo el despido, al entender que el mismo es consecuencia de que la trabajadora no se diese de alta, luego de advertirle un responsable de la misma que la despediría si no se daba de alta. Aplica la excepción que supone TS 11 01 20111 (recurso 1432/2010).

Otras son citadas porque son en sí mismas importantes, en cuanto que relacionadas especialmente con la doctrina TJUE. Unas por dictarse en los procesos en los que se ha planteado cuestión al TJUE. Son las sentencias TSJ en los casos Ruiz Conejero y Daouidi. Números 11 y 16. Otra, porque supone un antecedente importante de lo que luego se discutirá en la TJUE Ruiz Conejero (número 20). Alguna más porque trata el caso de obesidad mórbida, resuelto también la TJUE Kaltoft, habiendo merecido diversas críticas doctrinales. Es la 22.

Otra se cita por razón distinta: se deniega la calificación de despido nulo pese a constar que el accidente de trabajo que generó la enfermedad ha producido secuelas profesionales que se supone han de ser definitivas, pues se trata de una amputación y se deniega la equiparación por entender que no se había agotado el periodo de duración máxima de la incapacidad temporal. La número 17.

Pero, junto a ellas, se citan otras sentencias precisamente porque califican como nulos casos en los que se considera que el despido del trabajador enfermo se produce en un supuesto en el que se ha de equiparar la enfermedad y la discapacidad, al producir aquellas limitaciones profesionales de larga duración. Es el caso de las número 7, 9, 12, 14, 15, 20 y 21.

En otros supuestos, se declara el despido nulo porque la empresa acudió a la vía del despido ilegal, cuando bien pudo cumplir con su obligación de ajuste razonable, lo que supone discriminación directa por razón de discapacidad. Número 8.

Estos dos últimos grupos hacen ver la evolución TSJ que he comentado. Y de ellas, la mayoría confirman otras sentencias de Juzgados que declaran nulos los despidos al entender equiparable a la discapacidad la enfermedad que determina el despido disciplinario de la persona trabajadora.

En cuanto a estas últimas, también es de destacar que, en algunas de ellas, por ende se fija pronunciamiento condenatorio al pago de indemnización por vulneración de derecho fundamental a no ser discriminado. Son mayoría entre las sentencias que han declarado el despido nulo.

Por otra parte, al calor de estas sentencias, surgen otro tipo de problemas procesales o nuevos pleitos. Por ejemplo, la vinculación que lo decidido en el pleito de despido (nulo por discriminator) pueda tener en el ulterior proceso de incapacidad permanente de la misma persona trabajadora (número15), o si cabe o no reclamar en proceso aparte daños y perjuicios por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en estos casos (sentencia 14), si cabe considerar razonable cumplir con la obligación de readmisión derivada de la calificación de nulidad cuando ya se sabe que el puesto de trabajo es incompatible con la enfermedad crónica que padece el trabajador (sentencia 15), etc.

Se relacionan por orden cronológico:

1. TSJ Castilla y León, sede de Valladolid, 3/10/2019 (recurso 1378/2019).

El Juzgado consideró procedente el despido objetivo que acordó la empresa, al superar la demandante, limpiadora, el mínimo que permite tal despido con una serie de procesos de incapacidad temporal cortos, pero seguidos.

El recurso defiende solamente que el despido es nulo por discriminar a la trabajadora por razón de su enfermedad, lo que la Sala rechaza, considerando el principio general que TS fija y que se ha explicado anteriormente, citando también la TC 62/2018 y las TJUE Chacón Navas, HK Danmark y Daouidi para considerar que, en el caso, no consta indicio alguno que haga ver que esa enfermedad que ha motivado las bajas laborales genere limitaciones profesionales de larga duración en el tiempo y que permita aquella equiparación.

2. TSJ Galicia, 23/09/2019 (recurso 2812/2019).

El Juzgado declaró el despido nulo por dos razones: ataque a la garantía de indemnidad y discriminación por razón de discapacidad.

La Sala mantiene la calificación por la primera de esas dos razones, pero no por la segunda, pues el trabajador estaba de baja por lumbago escasos dos meses cuando es despedido y la previsión de baja era de cuarenta y tres días, sin que conste que esa enfermedad le genere limitaciones a largo plazo. No se discute en el recurso que el despido sea nulo por suponer el mismo reacción empresarial a las reclamaciones del trabajador y que, por tanto, suponga vulneración de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3. TSJ Galicia, 16/09/2019 (recurso 2345/2019).

Trabajador que es contratado y al mes le dice a la empresaria que se tiene que hacer unas pruebas médicas y le pide cambio de turno. La empresaria, disgustada porque le haya ocultado esos problemas médicos, le despide.

Al día siguiente al despido, la persona trabajadora pasa a incapacidad temporal, en principio de corta duración, pero posteriormente la misma se va alargando.

TSJ considera que no hay despido nulo por discriminator por razón de enfermedad o discapacidad, pues la baja es posterior y no consta que el despido haya sido causado por limitaciones profesionales de larga duración en el caso del demandante.

4. TSJ Extremadura, 25/07/2019 (recurso 339/2019).

Despido objetivo por amortización del puesto de trabajo a los diez días de la baja por caída trabajando que finalmente dura algo más de un mes de un repartidor de comidas, cuando realiza su trabajo. La previsión de la duración de la baja laboral era de diez días.

El Juzgado considera que la carta de despido no cumple los mínimos exigibles, por lo que, ya solo por eso, el despido, cuando menos, debiera ser calificado como improcedente, despidiendo al día de renovación de aquella baja laboral, siendo que existía personal que se contrató seguidamente para realizar aquellas funciones y que la causa del despido es solo tal enfermedad del demandante, declarando nulo el despido y fijando indemnización adicional por daño moral derivado de vulneración del derecho a no ser discriminado.

No se aprecia existencia de enfermedad equiparable a discapacidad y estima el recurso empresarial, pues el despido, basado en esa baja laboral y, por tanto, en la enfermedad del trabajador, ha de ser calificado como improcedente y no nulo, pues no estamos en presencia de enfermedad equiparable a discapacidad a estos efectos, al no constar que se generen limitaciones profesionales de larga duración en el tiempo.

5. TSJ Madrid, 19/07/2019 (recurso 488/2019).

Despido a los quince días de la baja, asumiendo la empresa la improcedencia del despido.

Asumiéndose que el despido tiene por real causa la baja de la persona despedida, la Sala considera que no hay datos suficientes de enfermedad asimilable a discapacidad y que, por tanto, se ha de aplicar la jurisprudencia que califica el mismo como improcedente.

6. TSJ Baleares, 22/07/2019 (recurso 366/2018).

Mediante una carta, de contenido genérico, la empresa se limita a comunicar el despido disciplinario, sin indicar causa concreta del mismo. La trabajadora había pasado a situación de baja laboral quince días antes por cervicalgia, teniendo una previsión de duración de tal baja de 62 días, durando realmente la misma más de cuatro meses. Consta en hechos probados que hubo una entrevista entre el director del hotel donde trabajaba la demandante como limpiadora y esta. En la misma se le comunica que, prolongándose su baja laboral, deberá despedirla, pues sus compañeras están sobrecargadas y sin perjuicio de contratarla más adelante. El Juzgado declaró improcedente tal despido disciplinario.

La Sala rechaza la nulidad del despido por discriminatorio, pues entiende que no hay indicios al tiempo del despido de que la baja haya de prolongarse en una larga duración, pero finalmente estima el recurso de la demandante y declara nulo el despido por atentatorio a la integridad física de la trabajadora, pues equipara aquella entrevista al caso de amenaza velada de despido si no se “pasa” a alta laboral, considerando que es aplicable la doctrina TS 11 01 20111 (recurso 1432/2010), mencionada en el párrafo 3.4 de este trabajo.

7. TSJ País Vasco, 16/07/2019 (recurso 1074/2019).

Trabajadora que, teniendo mucha antigüedad en la empresa y estando de baja con previsión de larga duración de la incapacidad temporal es despedida a los diez meses de la baja indicada, imputándosele realizar actividades incompatibles con la incapacidad temporal. Se le imputaron actividades domésticas en casa rural de la hija que el Juzgado consideró no probadas y de insuficiente entidad en todo caso para justificar el despido.

El Juzgado consideró el despido nulo, apreciando como excesivamente genérica la imputación contenida en la carta de despido, que, en todo caso, no se probó, que la baja laboral estaba

debidamente justificada, pues la demandante no podía usar la mano en las tareas manuales que la empresa le asigna y que, en realidad, la despide porque la baja era ya de larga duración, con antecedente de patología similar en la otra mano y que ya había motivado una baja laboral dos años antes, también de larga duración.

Tras estudiar los motivos de reforma fáctica, la Sala considera que, aparte de que la carta es genérica y no probada la imputación de actividad incompatible con su situación de incapacidad temporal, resaltando la doctrina Daouidi y el dato de que, al tiempo de ese despido, la demandante todavía estaba pendiente de una operación quirúrgica que se hizo finalmente mes y medio después del despido.

8. TSJ País Vasco, 9/07/2019 (recurso 1167/2019).

Se trata de un limpiador, persona con discapacidad reconocida administrativamente, que tenía que prestar su actividad en tres centros de trabajo.

Tras una baja de quince días de duración, con previsión inicial de duración de cuarenta y cinco días, pasa a alta laboral y a los nueve días naturales es despedido, alegando la empresa disminución voluntaria y continuada de rendimiento.

Consta que había pedido trabajar solo en uno de esos centros, eximiéndosele de viajar dos días a la semana a los otros dos y ello por su discapacidad, lo que la empresa no atendió.

También consta había solicitado recibir calzado adecuado a su discapacidad por la empresa, lo que esta no había atendido al tiempo del despido. Existía recomendación médica de uso de ese calzado.

Tres meses antes de su despido, había sido declarado apto con limitaciones por el servicio médico contratado, estando limitado para el trabajo en alturas, o que suponga grandes esfuerzos físicos o tareas que requieran andar mucho.

En tal situación, el Juzgado declaró el despido nulo, fijando la indemnización por daño moral derivado de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado.

La Sala considera todos estos datos, que se le despidiese al trabajador por aquella genérica causa de despido disciplinario precisamente cuando pasa a alta laboral y entiende que la empresa, en vez de despedir, debiera haber actuado las oportunas medidas de ajuste razonable y, no haciéndolo, lo que procede es declarar el despido discriminatorio y por tanto nulo.

Además, examina algunas reformas fácticas y diversos aspectos de la temática relativa al interrogatorio de las personas jurídicas con ocasión de examinar esa reforma fáctica.

9. TSJ Extremadura, 11/07/2019 (recurso 358/2018).

Despedido un trabajador en periodo de prueba, luego de conocer la empresa su ingreso hospitalario por hemiparesia, el Juzgado declara el despido nulo, al considerar que procede otorgar en el caso la protección antidiscriminatoria que brinda la Directiva 78/2000.

La Sala asume la libertad empresarial de no expresar causa de extinción en tal periodo, pero entiende que esa decisión no puede atacar derechos fundamentales, entendiendo que en el caso hay indicios suficientes de que se le cesa por conocer que se ha generado una baja de larga duración equiparable a la discapacidad el último día de ese periodo de prueba, cese que conoce el demandante luego de transcurrido el mismo y sin que la empresa aporte datos que hagan ver que fue otra distinta la razón de ese desistimiento empresarial, destacando que la empresa conocía que, por definición, la baja no iba a ser de corta duración y que previsiblemente al demandante le restarían secuelas.

Considerando que no se destruye el panorama indiciario de discriminación, confirma la sentencia recurrida.

10. TSJ Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, 10/07/2019 (recurso 340/2019).

La misma revoca un despido disciplinario que encubre un despido por baja laboral de la empleada.

La Sala considera que a la fecha del despido no se había agotado el periodo de duración máxima de la incapacidad temporal de la demandante, pues justo habían pasado dos meses desde su inicio, aunque la previsión de baja laboral era de 99 días, pero entiende que no se había agotado el periodo de duración máxima de la incapacidad temporal y que, además, para que proceda esa equiparación de la enfermedad con la discapacidad es necesario que la empresa supiese que ese proceso iba a impedir a la demandante o limitar su actividad laboral al tiempo del despido, lo que no es de caso.

Califica el despido como improcedente.

11. TSJ Castilla La Mancha, 10/04/2019 (recurso 664/2018).

Se dicta en el proceso en el que el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca planteó al TJUE cuestión, dando lugar a su sentencia 18/01/2018 (asunto C 270/16) en el caso Ruiz Conejero.

Recordar que tal persona con diversidad funcional fue despedida por la vía objetiva del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores y que, planteada la cuestión indicada, ante la respuesta del TJUE, el Magistrado al frente de aquel Juzgado declaró nulo tal despido, entendiendo que, como quiera que algunas de las bajas computadas para el despido del demandante eran efectos secundarios o estaban relacionadas con su discapacidad, utilizar las mismas para despedirle, suponían discriminación por tal discapacidad, entrañando discriminación indirecta el dato de que se puedan computar estas bajas para tal tipo de despido objetivo, pues las mismas no tienen por qué circunscribirse obligatoriamente en el caso de enfermedad grave, cuya baja no puede ser computada a los efectos de absentismo que justifique un despido por esta vía. Fijó una indemnización reparadora de daño moral de un euro.

La sentencia es recurrida solo por la empresa y el TSJ desestima su recurso, luego de indicar que el TJUE dio una respuesta positiva a la pregunta de si podía considerarse como discriminatoria la actual redacción del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que no permitía excluir todo ese tipo de bajas laborales relacionadas con la discapacidad, que son bajas que solo pueden producirse en casos de personas con discapacidad por definición, generando así una mayor probabilidad de poder ser despedidas por esta causa las personas con discapacidad en relación con las demás personas, que no sufren este tipo de bajas, lo que supone un caso de discriminación indirecta.

Asimismo, considera irrelevante que la empresa no tuviese ánimo de discriminar, pues entiende que el que haya o no ese ánimo es irrelevante si se trata de discriminación indirecta, descartando también que haya mala fe o tenga relevancia alguna el hecho de que el trabajador no haya comunicado expresamente su condición de persona con discapacidad a la empresa, debiendo dispensarse en todo caso la protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78, descartando que se pueda considerar la existencia de causa alguna que legitime la diferencia de trato que indirectamente supone el artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores entre las personas trabajadoras con discapacidad y las demás²³.

²³ Con mayor extensión, se puede consultar, ITURRI GÁRATE, Juan Carlos. "Caso Ruiz Conejero. Tercera parte. Sentencia confirmatoria del TSJ". *Revista Jurisdicción Social*, Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia, número 199, abril de 2019.

12. TSJ País Vasco, 30/10/2018 (recurso 1966/2018).

Un trabajador es contratado por una ETT a través de contrato en prácticas para trabajar en una empresa siderometalúrgica, donde se encarga de trabajar en una prensa, trabajo que no guarda relación con el tipo de formación que dio lugar a aquel contrato. Sufre un accidente de trabajo, por atrapamiento de una mano por esa máquina y pasa a baja laboral con limitaciones. Reanuda actividad laboral, tras reconocimiento médico al alta en el que se le califica como apto con limitaciones, derivadas de aquel accidente y a los dos meses pasa a baja por la misma causa. En esta segunda baja, si bien se dice que va a ser de breve duración, luego se prevé que sea de ciento ochenta días. Casi a los cinco meses de esta segunda baja, la empresa comunica al trabajador el fin de su contrato temporal. Previamente había solicitado una incapacidad permanente que le fue reconocida al poco tiempo del despido.

El Juzgado consideró tal despido nulo por ser discriminatorio por razón de discapacidad, resaltando que nada tenía que ver el título de soporte del contrato en prácticas con la ordinaria actividad de prensista que desarrolló, que existía un panorama indiciario claro de que se le había despedido por esa situación de limitaciones de larga duración derivadas de aquel accidente de trabajo y que por ello el cese era vulnerador del derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, fijando indemnización por daño moral derivado de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación.

Recurrida la sentencia tanto por la empresa de trabajo temporal y la usuaria como por la demandante, la Sala acoge este último y rechaza aquellos, incrementando el importe de la indemnización por daño moral, pero considerando existente aquel panorama indiciario suficiente de discriminación por razón de discapacidad, comentando las diversas sentencias TJUE sobre la materia y apoyando su decisión especialmente en la TJUE Daouidi.

13. TSJ Madrid, 2/02/2018 (recurso 1036/2017).

Desestima el recurso del demandante, confirmando la improcedencia y no la nulidad del despido disciplinario de la demandante, basada en disminución continuada y voluntaria de rendimiento en el trabajo. La Sala considera que el despido en fraude de ley merece la calificación de improcedente, que no consta acoso laboral y que no puede hablarse de enfermedad equiparable a discapacidad a estos efectos, pues el despido fue hecho cuando la demandante ya estaba de alta laboral. Previamente al despido, consta que la misma solo había sufrido una baja dos años antes, baja que tuvo tres días de duración y en el mismo año del despido sufrió otros dos procesos, de mes y medio uno y tres meses y una semana el otro, sin que conste queden limitaciones para desarrollar su actividad, siendo bajas que tanto el Juzgado como la propia Sala califican de corta duración.

14. TSJ País Vasco, 19/12/2017 (recurso 2500/2017).

Se despiden disciplinariamente a una persona, alegando errores continuos en su trabajo, lo que ni se pretende probar. El Juzgado declara improcedente el despido.

En el recurso se pide nulidad, alegando que se le ha despedido por estar de baja por razón de una incapacidad temporal de larga duración, siendo por ello equiparable a una discapacidad y que, por tanto, el despido por tal causa es nulo, en cuanto que discrimina por razón de discapacidad.

La Sala estima el recurso, aplicando la Directiva europea contra la discriminación en el trabajo y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretarla, entendiendo que existe panorama indiciario suficiente de que se la despidió por conocer que la baja laboral en que se encontraba la demandante iba a ser de larga duración y, por tanto, se tratase de una enfermedad equiparable a discapacidad a estos concretos efectos. Para ello, considera que han transcurrido

cuatro meses desde el inicio de la baja hasta el despido, que se fijó su duración breve en un principio, pero que luego ya se fijó en cien días antes de ese despido, aunque luego se prolongó a doscientos, debiendo considerarse que la empresa ni ha pretendido probar aquellos imputados errores.

Es sentencia firme.

Actualmente el mismo TSJ 15/10/2019 (recurso 1667/2019) ha admitido a la misma demandante que pueda reclamar en proceso ulterior y distinto una indemnización por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas generado en aquel pleito. Para admitir ese segundo proceso, se basa en la jurisprudencia fijada por la Sala Cuarta TS.

15. TSJ País Vasco, 26/09/2017 (recurso 1734/2017).

Estima la nulidad de un despido económico acordado por una empresa panadera de un ayudante de panadería el cual llevaba de baja más de dos meses antes de su despido precisamente por cuadros de asma ocupacional y alergias a los que la Sala reputa la condición de limitaciones duraderas, pues el contacto con los productos de elaboración del pan y similares genera las mismas y, de hecho, conforme lo pedido por el demandante en razón de ese perjuicio, no se fija la obligada readmisión derivada de la calificación de despido nulo, sino la extinción por despido improcedente y abono de salarios de tramitación correspondientes.

Otorga la protección antidiscriminatoria por discapacidad con base a lo dicho en la sentencia Daoudi.

Recientemente la misma Sala ha estimado que tal trabajador se encuentra en situación de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual (TSJ País Vasco 5/11/2019, recurso 1809/2019).

16. TSJ Cataluña 12/06/2017 (recurso 2310/2017).

Es la sentencia que la Sala dictó en suplicación del asunto Daoudi, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social que había declarado nulo el despido, entendiendo que el mismo no obedecía a razones de funcionalidad o rentabilidad empresarial, sino precisamente a entender que debía aplicarse la protección antidiscriminatoria por discapacidad de la Directiva 2000/78, pues el despido no se produjo de forma inmediata luego del accidente de trabajo o el inicio del proceso de incapacidad temporal, sino pasados casi dos meses y luego de apreciar que tal proceso se tornaba duradero, no estando bien delimitado en el tiempo lo que iba a durar, luego de que el trabajador comentase que no iba a ser cercana la reincorporación laboral. Ello lo hizo interpretando la previa TJUE 1/12/2016 (c- 395/15) resolviendo la previa cuestión que el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona había planteado en esta causa.

La Sala hace un repaso de la jurisprudencia y de sus precedentes –en especial de la sentencia de Pleno de la propia Sala catalana de 1/07/2014 (recurso 956/2014)–.

Indica que, en el caso, no fue la enfermedad el factor de segregación del demandante en relación con otros trabajadores (ello no se alegaba ni en demanda) y, debiendo valorarse la situación justo al tiempo del despido según la TSJ Daoudi, no cabe valorar hechos posteriores (petición de incapacidad permanente, tratamientos posteriores).

Por ello entiende que el despido es improcedente, que no nulo, pues el demandante fue despedido sin transcurrir dos meses desde el accidente laboral y el consiguiente inicio del proceso de incapacidad temporal y a los meses del despido fue dado de alta sin secuela alguna, por lo que no cabe apreciar que existiesen limitaciones duraderas para el trabajo.

Este criterio es compartido por el profesor Beltrán de Heredia Ruiz, quien destaca el acierto que supone fijar que la valoración sobre los dos indicios que indica la TJUE Daouidi se ha de hacer partiendo de los datos existentes al tiempo del despido²⁴.

Asimismo, la propia Sala posteriormente desecha que haya diversas especies de vulneración de derechos fundamentales o que quepa considerar como nulo el despido sin causa real o en fraude de ley.

17. TSJ Andalucía (Granada), 17/05/2017 (recurso 24/2017).

Examina el caso de un trabajador que sufre un accidente de trabajo en el que media una amputación distal del húmero del brazo izquierdo. Al mes del accidente es despedido por la empresa: uno de cuyos representantes acude al hospital a entregarle el despido, firmando allí un finiquito el demandante, dándose por resarcido de lo derivado del contrato temporal suscrito entre partes.

Desestima el recurso del demandante que pretende la nulidad del despido.

Asumiendo que el despido es improcedente, descarta la nulidad tras citar la jurisprudencia TS y, en especial, las TS 11/12/2007 y 27/01/2009 (recursos 4655/2006 y 602/2008), entendiendo que la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo en sí misma no constituye causa discriminatoria en cuanto que pueda considerarse que vulnera un derecho fundamental, no siendo causa reconocida de discapacidad, considerando que fue la componente funcional de la falta de actividad profesional del demandante enfermo lo que motivó la decisión empresarial de despedir al trabajador.

Como se ve, en la propia resolución se recoge que el accidente de trabajo supuso una amputación parcial en una extremidad y parece que ello ha de generar alguna discapacidad y, desde luego, esa amputación no es que sea duradera, es que es menoscabo permanente. Empero, no hay razonamiento específico al efecto en la misma y ya se ha dicho que desestima la petición de nulidad del despido, basándose, entre otra razones, en alegar que el despido es discriminatorio.

18. TSJ Madrid, 8/03/2017 (recurso 1172/2016).

Aplica la doctrina TJUE Daouidi a una trabajadora que, tras una baja muy prolongada, intenta reincorporarse a la empresa y, tras diversas vicisitudes, es despedida casi de inmediato, siendo que pasados unos meses se le reconoce la situación de persona con discapacidad (48%), en parte por los problemas estomacales que determinaron aquellas bajas.

Considera que consta que fue despedida sin que haya cometido ningún tipo de falta laboral, mediando sucesivas y largas bajas laborales por aquella enfermedad que es una de las que han producido su declaración de persona con discapacidad, la Sala concluye en que esa discapacidad es la que ha impedido a la demandante reincorporarse a su puesto de trabajo, siendo ello una traba que ha de ser superada, pues no cabe quede entorpecido el tratamiento y curación de la larga enfermedad despidiéndola de su trabajo, mutando la calificación de despido improcedente que había fijado el Juzgado a la de nulo.

19. TSJ Cataluña 18/03/2016 (recurso 197/2016).

Revoca la declaración de despido nulo fijada por el Juzgado y, estimando el recurso empresarial, considera improcedente el despido objetivo del demandante, ya que parte de que no se ha atacado ni el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante ni su derecho a no ser dis-

²⁴ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Incapacidad temporal, despido injustificado y caso Daouidi: improcedencia (y no nulidad)”, Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales” (<https://ignasibeltran.com/2017/07/03/incapacidad-temporal-despido-injustificado-y-caso-daouidi-improcedencia-y-no-nulidad/>).

criminado por razón de discapacidad, debiendo considerarse que no estaba justificado el despido del demandante (conductor de ambulancias) basado en ineptitud sobrevenida por consecuencia de las lesiones en una rodilla que se le habían generado, entendiéndose la Sala que se mantiene la aptitud suficiente como para asumir las tareas principales de tal actividad.

Por lo que hace a la discapacidad, rechaza que se dé esa situación en el caso, asumiendo que existe recomendación de evitar sobrecarga intensa de tal rodilla, lo que entiende que solo de forma esporádica se daría en su trabajo y, además, en su caso, debiera considerarse la obligación de ajuste del trabajo a las personales circunstancias del trabajador que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre).

20. TSJ Galicia, 22/12/2015 (recurso 3689/2015).

Considera nulo el cese en el que la empresa acude formalmente al despido objetivo del artículo 52 Estatuto de los Trabajadores y partiendo de que la demandante es persona con discapacidad (aunque no la tiene formalmente reconocida como tal), pues sus dolencias son previsiblemente permanentes y han desencadenado una parte importante de las bajas sobre las que se pretende el despido, considera que estamos en presencia de una enfermedad equiparable a la discapacidad (las bajas se producen de forma reiterada en el tiempo, aunque con escasa duración). Entiende que es un factor de segregación en relación con el resto de los demás trabajadores, pues puede implicar una diferencia de trato indirecta, al estar el trabajador con discapacidad más expuesto a sufrir una enfermedad generada por su discapacidad, corriendo mayor peligro de llegar a causa habilitante del despido objetivo que se trata, incidiendo ello en enfermedades que no sean graves (recordar que las bajas por enfermedades graves se excluyen por Ley para causalizar este tipo de despidos).

Además, con cita de TSJ Canarias 25 01 2011 (punto A de este capítulo), considera que el despido solo causalizado en esas bajas supone dejar de lado la consideración del trabajador como persona, como ser humano.

Molina Navarrete²⁵ considera que esta sentencia es una *“importante carga de profundidad contra la reforma de artículo 52 en el año 2010 y 2012”*, siendo que la aplicación de la doctrina TJUE (caso HK Danmark) impone una interpretación restrictiva en este tipo de despidos, cuando menos claramente cuando estemos ante enfermedades equiparables a la discapacidad.

Y al hilo de lo anterior, no cabe obviar aquella TS 25 11 2014 (recurso 2344/2013) que ya advertía de la presumible necesidad de reelaborar la doctrina aplicativa de aquel artículo 52, d ET.

La opinión que late en el fondo de esta sentencia creo que es la de que se ha de repudiar la idea de despedir a nadie por limitaciones derivadas de la propia situación de discapacidad, apoyándose al efecto en aquella doctrina TJUE sobre interpretación de la normativa antidiscriminación europea, aunque no lo dice expresamente.

Sin duda, es un precedente importante de la doctrina TJUE Ruiz Conejero (18/01/2018, asunto C. 270/16).

21. TSJ Comunidad Valenciana 8/05/2014 (recurso 778/2014).

Aplica la STJUE Ring, confirmando la calificación de despido nulo por discriminatorio por razón de discapacidad en un caso de una trabajadora con discapacidad empleada en un centro especial de empleo. La misma pasó a incapacidad temporal por lumbalgia, produciéndose el alta laboral tras tres meses de baja, y luego de haber sido declarada apta con limitaciones para su

²⁵ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Obra ya citada, véase nota número 10.

trabajo por el servicio de prevención, pidió un cambio de puesto de trabajo. Fue de inmediato despedida sin que la empresa intentase en juicio probar algo sobre las formales causas de despido disciplinario invocadas en la carta de despido, que era la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal y pactado en los últimos meses.

La Sala valenciana da relevancia a esa inactividad probatoria y entiende que, aparte de la duración por tres meses de aquella baja inicial, a los efectos de poder hablar del requisito de larga duración, en todo caso persiste una limitación de larga duración, pues la valoración tras la baja fue de aptitud con limitaciones por aquel Servicio de Prevención, infiriendo de ello que las tales limitaciones sí que cumplían con el requisito de larga duración. Concluye en que fue la discapacidad de la trabajadora la causa real del despido y, por ello, causa odiosa que determina aquella calificación.

22. TSJ Comunidad Valenciana de fecha 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012).

Revoca la sentencia del Juzgado, que había considerado el despido discriminatorio por razón de obesidad de un trabajador discontinuo y lo declara improcedente, considerando que la obesidad puede ser asumido que sea una enfermedad, pero que por sí misma no puede considerarse constitutiva de discapacidad.

Resumidamente, resalta que la obesidad del actor en anteriores campañas no supuso un impedimento para la ejecución de los cometidos propios de su puesto de trabajo y que, el sobrepeso, como alteración de la salud, no puede ser considerado como causa de segregación “odiosa”, ni está proscrita por la Ley, indicando que es enfermedad que afecta a la mayor parte de la población en las sociedades actuales, lo que se considera elemento adicional de refuerzo de su tesis.

Molina Navarrete²⁶ critica de esta sentencia el que no considere, siquiera cite, la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, que prohíbe tanto la discriminación por sobrepeso como por obesidad, pese a estar promulgada y en vigor al tiempo en que se dicta la resolución, extremo que también puso de manifiesto Rivas Vallejo, aunque resaltando los limitados efectos de esta Ley²⁷.

Con independencia de lo anterior, tanto Molina Navarrete como Rivas Vallejo entienden que tan genérico criterio debiera ser enmendado a la luz de la entrada en vigor de la CRPD y, más claramente, desde la STUE Kartoft (18/12/2014, asunto C- 453/13), que asume que la obesidad mórbida puede constituir enfermedad equiparable a discapacidad si genera limitaciones duraderas en lo profesional.

²⁶ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Obra ya citada. Véase la nota número 10.

²⁷ RIVAS VALLEJO, Pilar, “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *Ius Labor*, número 1, 2015.