

EL TRATAMIENTO JURÍDICO-LABORAL DEL TRABAJADOR ENFERMO: *Aproximación a través de un caso práctico.*

“Despido laboral por absentismo”

Trabajo de fin de Grado en Derecho

6º Derecho y ADE

Alumna: Florencia Noemí Malga Díaz

Tutor: Ricardo Ron Latas

ÍNDICE O SUMARIO

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	Pág. 3
II.	DESARROLLO	Pág. 5
	1. Punto de partida	Pág. 5
	2. El concepto de discapacidad en el Derecho Español y en el de la Unión Europea: régimen jurídico y evolución histórica	Pág. 5
	a) Desde los primeros años de democracia hasta el año 2013	Pág. 7
	b) Desde el año 2013 hasta nuestros días	Pág. 12
	3. Análisis del primer caso: Dña. Carmen	Pág. 17
	4. Análisis del segundo caso: D. Agustín	Pág. 20
	5. Análisis del tercer caso: D. Sergio	Pág. 23
III.	CONCLUSIONES	Pág. 25
IV.	BIBLIOGRAFÍA	Pág. 27
V.	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	Pág. 29

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Doña Carmen Fernández, Don Agustín Ramírez y Don Sergio Gámez trabajan para la empresa CONTRATOPHONE S.A., con sede en A Coruña.

Todos ellos son miembros de un equipo de trabajo compuesto por 20 personas, cuyo objetivo es realizar la venta de unos servicios de telefonía a unos clientes con unas necesidades concretas en la campaña “Primavera Fantástica”. Con fecha de 23 de abril de 2017, uno de sus superiores inmediatos les informa en su lugar de trabajo de que la campaña está siendo un éxito gracias al bien desempeño del equipo.

Doña Carmen sufre un accidente de tráfico el día 2 de mayo, padeciendo un “latigazo cervical” de acuerdo con el informe médico. Ese mismo día es atendida, y le es librado comunicado de baja médica por incapacidad temporal, iniciando proceso de IT que finaliza el día 26 de mayo.

El día 22 de mayo recibe la siguiente carta: *“La Dirección de la empresa le comunica que rescinde su contrato de trabajo por la bajada de su rendimiento, que se manifiesta de manera continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible.*

Las advertencias e intentos de corrección no han sido atendidos por usted, haciendo caso omiso de las mismas. Como muestra de ello, su media de ventas durante la campaña es de 13,6 productos al día, siendo una media inferior a la de otros compañeros de su campaña e inferior también a la venta de 20 productos, número previsto para la compañía”

Por su parte, a Don Agustín se le notifica la rescisión de su contrato el mismo día 22 de mayo a través de otra carta. En ella, se le comunica que la empresa opta por extinguir su contrato al no haber acudido a su trabajo en 21 días sobre las 80 jornadas que le correspondería haber trabajado en los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo y abril de 2017.

Don Agustín ha presentado siempre justificante médico de sus ausencias. En concreto, el desglose de sus ausencias es el siguiente:

- En octubre se ha ausentado tres días durante la primera semana del mes por un fuerte dolor en la zona cervical, y en la tercera semana se ausentó dos días por una gastroenteritis.
- En noviembre, inició proceso de incapacidad temporal por bronquitis, no acudiendo a su puesto de trabajo durante 6 días por ese motivo.
- En marzo, se ausentó 4 días al sufrir una reacción alérgica.

- En la primera semana de abril, se ausentó de su puesto de trabajo 4 días por fuertes dolores de cabeza y vómitos, y en la última semana se ausentó dos días debido a su estancia en el hospital por un tratamiento de cáncer que le había sido diagnosticado apenas unos días antes.

Por su parte, a D. Sergio se le comunica el día 23 de mayo la rescisión de su contrato por absentismo laboral en el 54% de los días de trabajo de los meses de febrero y marzo debido a recurrentes dolores de cabeza.

Don Sergio es Secretario de Organización del Sindicato CGT desde el día 19 de junio de dos mil quince, teniendo reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A.

Además, es parte de una sección sindical desde el día 17 de mayo, apenas unos días antes de recibir la carta de despido, si bien el día 15 de mayo la empresa había notificado al comité de empresa su intención de rescindir su contrato.

Tras haber recibido las cartas, los trabajadores buscan consejo jurídico y se plantean emprender acciones legales contra CONTRATOPHONE S.A.

CUESTIONES

1. ¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?
2. ¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?
3. ¿Tienen derecho, algunos o todos los trabajadores, a exigir alguna indemnización?
4. ¿Podría alguno de ellos exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?

II. DESARROLLO

Antes de comenzar, conviene aclarar que las cuestiones planteadas serán resueltas a lo largo de la argumentación jurídica, sin seguir necesariamente el orden establecido en la página anterior. No obstante, al final del documento, haré una recapitulación, a modo de resumen, para que el lector pueda comprender cuál es la postura defendida en este trabajo.

1. Punto de partida.

El presente supuesto de hecho describe la situación de 3 trabajadores de CONTRATOPHONE S.A.: Dña. Carmen, D. Agustín y D. Sergio.

La compañía despidió a la primera, Dña. Carmen, alegando que el motivo de la rescisión contractual no era otro que su bajada en la productividad en comparación con la del resto de sus compañeros. Por otra parte, los otros dos trabajadores, D. Agustín y D. Sergio, fueron despedidos, según la empresa, por absentismo laboral.

El denominador común que tienen estas personas es que, previamente a la rescisión del contrato laboral por parte de CONTRATOPHONE S.A., se encontraban, bien en situación de baja por incapacidad temporal o bien, en situación de enfermedad o padecimiento que les impedía realizar o acudir a su puesto de trabajo.

En este sentido, los sujetos entienden que han sufrido una discriminación por razón de sus dolencias, dado que el móvil de sus despidos no ha sido el efectivamente declarado por la organización. Por el contrario, sostienen que, tanto la razón de la bajada de rendimiento como la del absentismo, esconden la verdadera justificación que está relacionada con el estado de salud de cada uno de ellos.

En este punto, la cuestión principal, que resumiría las cuatro preguntas planteadas al comienzo, sería la siguiente: ***¿estamos verdaderamente ante situaciones de despidos discriminatorios por razón de discapacidad?*** La respuesta dependerá de lo que se entienda por *discapacidad* y dicha respuesta incidirá en la calificación jurídica del despido como improcedente o como nulo, lo cual no está exento de críticas y polémicas al respecto.

2. El concepto de discapacidad en el Derecho Español y en la Unión Europea: régimen jurídico y evolución histórica.

Las personas con discapacidad ostentan un ámbito de protección especialmente amplio en el marco jurídico de nuestro Derecho Social, quedando a salvo de cualquier tipo de discriminación, tanto directa como indirecta.

El Estatuto de los Trabajadores¹ establece en su artículo 4.2.c) que los trabajadores tienen derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de (...) discapacidad, siempre se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Asimismo, el artículo 4.2.e), determina que los trabajadores también tienen derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de (...) discapacidad”. En la misma línea sigue el apartado primero del artículo 17 de la misma Ley, al disponer que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de (...) discapacidad”.

Además del Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social datada en 2013², establece como principio rector en su artículo 3.c) la “no discriminación”, garantizando a las personas con discapacidad el “derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”, tal y como dicta el artículo 35.1 del mismo texto.

Estas garantías no son papel mojado puesto que, en la práctica, los tribunales laborales han venido plasmándolas en sus pronunciamientos judiciales, proscribiendo toda práctica empresarial que implique cualquier clase de discriminación relativa a personas con discapacidad.

En este sentido, los Juzgados de lo Social en España, desde hace un tiempo atrás, no suelen titubear a la hora de declarar toda extinción contractual apoyada en la discapacidad del trabajador como despido nulo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de Trabajadores. Esta disposición prescribe que será considerado nulo todo despido que tenga “por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Un supuesto reciente de despido declarado nulo por razones de discapacidad puede encontrarse en una STSJ de Asturias³, de 13 de diciembre de 2016, en la cual la empresa había sancionado a la trabajadora con el despido, imputándole faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad, indisciplina o desobediencia y disminución continuada y voluntaria en su rendimiento normal de trabajo. La trabajadora impugnó la decisión de la compañía y solicitó la declaración de nulidad, basándose en que el despido era consecuencia de su condición de discapacitada. El Tribunal concluyó que el despido debía declararse nulo por falta de pruebas que justificasen la procedencia de la medida disciplinaria.

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo al supuesto del trabajador que ostenta la condición legal de discapacitado y es despedido por esa razón. Sin embargo, la enjundia

¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre de 2015).

² Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre de 2013).

³ STSJ de Asturias, de 13 de diciembre de 2016 (Recurso de suplicación núm. 2262/2016). [JUR 2017\2541].

del problema está en aquellos trabajadores que, no ostentando dicha condición, padecen dolencias que les impiden desempeñar con continuidad la prestación de servicios laboral y, por ello mismo, se encuentran en situación de baja por incapacidad temporal en el momento del despido, aprovechando para extinguir la relación laboral de aquellos empleados cuyas dolencias les impiden desarrollar de manera persistente sus cometidos en la empresa.

De este modo, es patente la estrecha relación que existe entre despido-discapacidad-enfermedad y resulta crucial extraer de ella las posibles consecuencias legales de la extinción contractual por despido de todos aquellos trabajadores que se encuentren de baja temporal por enfermedad.

a. *Desde los primeros años de democracia hasta el año 2013*

La normativa social española de los primeros años de régimen democrático, esto es, desde 1978, solventaba la cuestión del despido durante la situación de incapacidad temporal con severa claridad. La Ley General de la Seguridad Social⁴, no contemplaba el concepto de trabajadores en incapacidad temporal, sino que dicha contingencia se encontraba dividida en incapacidad laboral transitoria y en invalidez provisional. El artículo 45.1.c) del Estatuto de Trabajadores, en su redacción de 1980⁵, recoge que el contrato de trabajo podrá suspenderse por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional de los trabajadores. El mismo texto, en su artículo 55.6 expresaba que el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia.

Así las cosas, los órganos judiciales del momento no encontraban ninguna razón para no declarar nulo el despido del trabajador que se hallara en situación de baja por enfermedad. Como ejemplo, conviene citar una sentencia del Tribunal Supremo⁶, de fecha 16 de noviembre de 1987, en la que el trabajador, que se encontraba en situación de incapacidad laboral transitoria en el momento del despido, situación en la cual –a juicio del Tribunal Supremo– “extinguida la causa de suspensión de su contrato, debió de ser readmitido al trabajo, y no como se hizo, no permitirle el reingreso (...) [lo que] determina que dicha decisión empresarial equivalga al despido, que debe calificarse nulo”.

Esta situación caracterizada por su armonía perderá su clarividencia con la publicación de la Ley 11/1994⁷, de 19 de mayo, que modifica determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores. Entre las novedades que introdujo, destaca el cambio que experimentó el artículo 55 citado anteriormente. Ahora ya no contenía ninguna referencia a la declaración de nulidad del despido cuando el trabajador se encontrara con su contrato en suspenso. Por tanto, ahora resultaba imposible incardinar estos despidos dentro de

⁴ Aprobada por Real Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20 de julio de 1974).

⁵ Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE 14 de marzo de 1980).

⁶ STS de 16 de noviembre de 1987. [RJ 1987\7979].

⁷ BOE de 23 de mayo de 1994.

algunas de las situaciones legales de despido nulo. Dentro de las primeras sentencias recaídas sobre esta materia destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León⁸ (sede Valladolid), de 16 de marzo de 1998.

En la mencionada resolución se discutía si el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con el contrato suspendido por enfermedad, podía ser declarado como nulo. Si recordamos que ahora ya no estaba contemplada dicha contingencia como causa de declaración de nulidad del despido, entonces ¿qué se alegaba ahora? El trabajador buscó un nuevo motivo de nulidad defendiendo la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales, en particular, interdicción de la discriminación por parte de la empresa demandada. La respuesta del tribunal, evidentemente, a la luz del cambio normativo, fue la consideración de dicho despido como improcedente, puesto que se había eliminado el despido de trabajadores con contrato en suspensión del listado del artículo 55 del vigente Estatuto de los Trabajadores. A partir de aquí, quedó reducido el ámbito del despido nulo a los casos en que el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación que prohíban la Constitución o la Ley, o bien violen los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En relación con la figura del despido de un trabajador en situación de baja por enfermedad, el tribunal introdujo reflexiones en su argumentación. Entre ellas, conviene destacar lo siguiente:

-“la enfermedad en abstracto es una situación física que puede afectar a cualquier trabajador (...) y además desvinculada a su condición de ser o no trabajador, y la enfermedad en sí no tiene una superprotección desde el punto de vista constitucional, ni puede suponer una forma de convertir en indefinida una relación laboral cuando el empresario despide a un trabajador que se encuentra de baja por enfermedad y en situación de incapacidad temporal”

- “porque si bien el derecho a la salud constituye un derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución Española, su vulneración se produce cuando se atenta contra la salud o integridad física del ciudadano, pero en modo alguno se deduce del texto constitucional que esa protección haya de extenderse al ámbito laboral, la que se rige además por normas específicas en materia de protección de los derechos fundamentales y de la no discriminación; y así el artículo 17.1º del Estatuto de los Trabajadores, en el que se establece un listado de causas que pueden dar lugar a un comportamiento discriminatorio de la empresa o adversas al empleo, en modo alguno se habla de la enfermedad y su situación derivada de incapacidad temporal como incluida en alguna de esas causas”.

Leídos estos apuntes, extraemos la conclusión de que este cambio normativo junto con el cambio jurisprudencial que trajo aparejado, generan una gran desprotección del trabajador en situación de baja por enfermedad.

⁸ STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 16 de marzo de 1998 (Recurso de suplicación núm. 424/1998) [AS 1998\1979].

Esta situación fue incluso avalada en un primer momento por el TJUE⁹, en su sentencia de 11 de junio de 2006, conocido como Caso Chacón Navas¹⁰. Tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social nº33 de Madrid, mediante resolución de 7 de enero de 2005, y que versaba sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹¹, en lo que concierne a la discriminación por motivos de discapacidad y, de forma subsidiaria, sobre la eventual prohibición de una discriminación por motivos de enfermedad. El Alto Tribunal europeo debía determinar si un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad podría vulnerar lo dispuesto en la Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluyendo así dentro de su ámbito protector a un trabajador que ha sido despedido de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enfermo.

La contestación del TJUE, según su criterio, fue que el despido de un trabajador en situación de baja laboral por enfermedad no constituía, en cuanto tal, una discriminación. La razón que dio para ello fue que el operario no era en el momento del despido una persona discapacitada en el sentido de la mencionada Directiva y, por tanto, no podía beneficiarse de la protección prevista en la misma.

Siguiendo esta interpretación, cabe entender que, para el TJUE, el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad no incluía dentro de su ámbito protector a una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad. La Directiva habla de la discapacidad y se refiere a ella como toda “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. En este sentido, el TJUE sostiene que, como el legislador no empleó el término de “enfermedad”, no cabe efectuar una equiparación pura y total de ambos conceptos. En su lugar, defiende que para que “la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de discapacidad, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración. Además, recuerda, por un lado, que “la Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad” y, por otro lado, que “ninguna disposición del Tratado CE contenga una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”. Por tanto, la conclusión final no fue otra que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”.

⁹ Véase para profundizar en materia de despidos por causa de discriminación: Maneiro Vázquez, Y. (2016). La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación [BIB 2016\80411]. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 191/2016.

¹⁰ Asunto C-13/05. Caso Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A. [TJCE 2006\192].

¹¹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (DOCE 2 de diciembre de 2000).

Tras esta declaración del TJUE, ninguna duda cabía acerca de la certeza o no del criterio adoptado tras la modificación operada en el Estatuto de los Trabajadores. A partir de aquí, los tribunales españoles continuaron aplicando la doctrina que se venía sosteniendo y declaraban como improcedente todo despido de trabajadores en incapacidad temporal. Sobre este particular, el Tribunal Supremo se había pronunciado con meridiana claridad. Prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo¹² de 11 de diciembre de 2007. El asunto versaba sobre la calificación judicial que debía corresponder a un acto empresarial de despido en que la causa aducida por el empresario, que era la disminución del rendimiento, no se correspondía con el motivo real de la decisión de despedir, que era la permanencia del trabajador en situación de baja por enfermedad durante cierto tiempo. Esta situación encaja, en gran parte, con los supuestos de hecho que se analizarán en el presente trabajo. La respuesta del Alto Tribunal se inclinó, como era de esperar, “en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción (...) el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo”.

La sentencia de instancia, en cambio, era favorable a la declaración de nulidad en base a la normativa comunitaria. La argumentación se basaba en que “tras la reforma operada por la Ley 62/2003, la cual ha efectuado la transposición al Derecho español de la Directiva Comunitaria 2000/78 sobre prohibición de discriminación en el empleo por discapacidad del trabajador (...) las extinciones de los contratos de trabajo practicadas por la entidad demandada patentizan un ánimo excluyente por parte de la misma respecto de los trabajadores con excesiva morbilidad” y dicha exclusión “lesiona, a juicio del órgano jurisdiccional de instancia, derechos fundamentales del trabajador, en concreto el derecho a la protección de la salud en relación con el derecho a no ser discriminado”. Para el Tribunal Supremo tales fundamentos jurídicos no resultaban acogibles.

En primer lugar, el Tribunal Supremo razona sobre el concepto de discriminación. El artículo 14 de la Constitución Española recoge que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La cláusula de cierre “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” no comprende, a juicio del Tribunal Supremo, cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales. Son comprendidos en ella, en cambio, aquellos factores de diferenciación relativos a condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas.

Continuando con el razonamiento, la enfermedad en sentido genérico, desde su perspectiva funcional de incapacitar para el desempeño de un trabajo, no puede ser considerada, bajo ningún concepto, como un motivo o factor discriminatorio. El Tribunal Supremo entiende la enfermedad como una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Es más, justifica que cuando el acaecimiento de enfermedades sucede con cierta frecuencia, puede no resultar rentable para el empresario continuar con la relación laboral. Como consecuencia,

¹² STS de 11 de diciembre de 2007 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 4355/2006). [RJ 2008\2884].

si el empresario decide despedir al trabajador en cuestión, podría incurrir en conducta ilícita, en el caso de no poder demostrar la concurrencia de una causa tasada de despido, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación.

En segundo lugar, para el Tribunal Supremo no procede utilizar una definición extensiva del concepto de discapacidad, puesto que “ni el lenguaje ordinario ni el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables”. La enfermedad, por una parte, “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” y, la discapacidad, en cambio, es “una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que alter de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada (...), 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”.

Por último, para terminar con el análisis de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, resulta ilustrativo citar lo siguiente: “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”.

En este punto conviene plantearse lo siguiente: puesto que lo que aquí se analiza, es la concurrencia o no de una vulneración de los derechos fundamentales debida a una discriminación por causa de discapacidad o enfermedad... ¿Qué ha hecho el Tribunal Constitucional? ¿Se ha mantenido al margen? ¿Se ha manifestado al respecto?¹³

La respuesta es afirmativa y, en cuanto al contenido, adelantar que mantenía una postura similar a la del Tribunal Supremo. La sentencia más citada a tal fin resulta ser la 62/2008¹⁴, de 26 de mayo de 2005, dictada en recurso de amparo frente a las resoluciones que declararon la improcedencia del despido de una trabajadora por causa de enfermedad, negando nuevamente la nulidad del despido.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional afirma que “el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo”, esa circunstancia solo podrá ser apreciada básicamente “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la

¹³ Véase el análisis efectuado en: Sánchez Pérez, J. (2017). El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud [BIB 2017\11172]. *Revista de Información Laboral*. Número 5/2017.

¹⁴ STC, de 26 de mayo de 2005 (Recurso de amparo núm. 3912/2005). [RTC 2008\62].

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”.

El fallo puede incluso considerarse, en cierto modo, contradictorio, dado que llega a pronunciar lo siguiente: “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla”. Finalmente, el resultado era el esperado en aquel entonces: “una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria”.

b. Desde el año 2013 hasta nuestros días

Es en este año cuando se producen hechos de especial trascendencia en lo que concierne a la calificación de los despidos durante la baja médica del trabajador.

Por un lado, se aprueba la Ley General de derechos de las personas con discapacidad¹⁵ y de su inclusión social. La finalidad de dicha norma, tal y como se desprende de su exposición de motivos, es armonizar la normativa sobre discapacidad en España y al mismo tiempo integrar en nuestro ordenamiento jurídico la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁶, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Otro hito que contribuye a la consideración del año 2013 como punto de inflexión en esta materia, es una resolución del TJUE que se aparta de la doctrina contenida en la sentencia Chacón-Navas. En el lapso temporal entre uno y otro pronunciamiento, tuvo especial influencia la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad citada en el párrafo anterior. El texto de la Convención introduce una nueva concepción del término discapacidad, disponiendo en su artículo 1 que “las personas con discapacidad resultan ser “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Resulta de vital importancia este suceso puesto que, hasta ese momento, en el derecho comunitario no existía una definición concreta de discapacidad, que se consiguió con su

¹⁵ Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre de 2013).

¹⁶ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. Ratificada en fecha 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril 2008).

adopción por medio de la Decisión 2010/48/CE de 26 de noviembre. Como consecuencia, el TJUE debía adaptar sus decisiones al respecto en aras de mantener la armonía con la Convención de la ONU.

El TJUE no tardó en pronunciarse y la tarea de armonización se llevó a cabo en su sentencia de 11 de abril de 2013¹⁷ que incluyó la enfermedad en el término de discapacidad.

La resolución trataba de dos trabajadoras que estuvieron de baja en diversas ocasiones. Sus certificados médicos indicaban que una padecía dolores permanentes en la región lumbar para los que no había tratamiento y que la otra, víctima de un accidente de circulación, sufrió un latigazo cervical. Por esas razones estuvieron de baja médica y lo que discutían era si el despido en tal circunstancia constituye o no una discriminación y, por tanto, si puede resultar contrario a la Directiva 2000/78/CE. En este caso, la respuesta resultó ser afirmativa, basándose en las siguientes premisas:

- “La Unión ha aprobado la Convención de la ONU (...) y sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión”
- “El concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Sobre estos presupuestos, el TJUE entendió que la Directiva 2000/78 comprende tanto la discapacidad de nacimiento o debidas a accidentes como las causadas por una enfermedad, de tal manera que “si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trata en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78”, sin que la discapacidad implique necesariamente “la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”.

En esta nueva línea argumental, el TJUE considera que la Directiva 2000/78 se opone a una disposición nacional que posibilita que un empleador pueda poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando esas bajas por enfermedad son “atribuibles total o parcialmente a su discapacidad”, ya que “un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad” y, por tanto, una normativa nacional “puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”. Continuando con lo dicho por el TJUE, “la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición

¹⁷ Asunto HK en los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. [TJCE 2013\122].

nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo (...) si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad (...) cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”.

A esta resolución del TJUE, le siguieron otra en la misma senda, como la sentencia de 18 de diciembre de 2014¹⁸. Esta resolución versaba sobre un trabajador despedido por causa de su obesidad, y lo que debía decidirse era si la obesidad de un trabajador puede considerarse como discapacidad. En este caso, el TJUE decidió que no puede considerarse como discapacidad pero efectuó un par de conclusiones de especial trascendencia que dejarán la puerta entreabierto de cara al futuro:

- 1) “El concepto de discapacidad no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad”.
- 2) En determinadas circunstancias, la obesidad sí que puede acarrear una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, en especial, si esta limitación fuera de larga duración, de tal manera que en tal caso la obesidad podría estar incluida en el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78.

El TJUE, en este asunto, deja a la decisión de los tribunales de cada Estado el comprobar si, efectivamente, la enfermedad acarrea una limitación que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En suma, el TJUE, a partir de este momento, a diferencia de lo sucedido antes del 2013, defiende que enfermedad y discapacidad son equiparables. No obstante, para ello hace falta que concurran una serie de requisitos, debiendo ser los tribunales de cada país los responsables a la hora de determinar si el despido de un trabajador en baja por enfermedad supone una discriminación por causa de discapacidad, al no poder mimetizarse a efectos legales ambos términos.

Ahora, surge de forma inmediata la siguiente pregunta: ¿Qué han hecho los tribunales españoles con esta novedosa doctrina? ¿La han aplicado? La respuesta es que los tribunales españoles se han mostrado reticentes al reconocimiento de la nulidad de los despidos de trabajadores en baja por enfermedad.

Tal práctica es manifiesta en la sentencia del Tribunal Supremo¹⁹ de 3 de mayo de 2016 que constituye, de momento, el único pronunciamiento de la Sala VI posterior al asunto HK. En la sentencia de instancia la trabajadora había sido despedida por motivos disciplinarios, disminución de rendimiento, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, con el diagnóstico de cervicalgia resultante de un latigazo cervical.

¹⁸ Asunto C-354/13. Caso FOA contra KL. [TJCE 2014\367].

¹⁹ STS, de 3 de mayo (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3348/2014). [RJ 2016\2152].

Junto con ella, cuatro trabajadoras más de la misma empresa estaban en situación de incapacidad temporal, por lo que la dirección de la empresa demandada decidió el despido de las cuatro, con la intención de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

Para el Tribunal Supremo el despido de una trabajadora que padece “dolencias lumbares, en cuyas fases agudas de dolor ha estado medicada, con diversos efectos secundarios” no resulta discriminatorio por razón de discapacidad. Para ello se apoya en su propia jurisprudencia y en la doctrina del Tribunal Constitucional, evidentemente anteriores al cambio de criterio efectuado por el TJUE.

En palabras del propio Tribunal Supremo: “la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación (...) la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada en principio como un motivo o factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo (...) De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación”. Como vemos, emplea argumentos ya desfasados con la nueva concepción del término discapacidad.

Es más, concluye que “cuanto se ha dicho (...) respecto de las enfermedades o bajas médicas individualmente consideradas del trabajador demandante en el presente litigio, no queda desvirtuado por la coincidencia en el tiempo de su despido con despidos por enfermedad de otros trabajadores”, y por consiguiente “en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta Litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales”.

El Tribunal Supremo ha hecho caso omiso a la doctrina del TJUE puesto que sostiene que “ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables”. También continúa manteniendo 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” y que “la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de incapacidad temporal no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa de despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio”.

Finalmente, de modo palmario, llega a la conclusión de que la doctrina del TJUE no ha introducido modificación alguna, sin argumentar dicha afirmación, limitándose a indicar que “a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo

finalizado la incapacidad temporal, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Así las cosas, pese a la inamovilidad del Tribunal Supremo, se vislumbran rayos de luz en el horizonte. Por un lado, los Tribunales Superiores de Justicia sí que empiezan a acoger con naturalidad la jurisprudencia del TJUE, declarando la nulidad del despido de trabajadores en situación de baja por enfermedad, cuando dicha baja viene producida por dolencias “previsiblemente permanentes”. Muestra de ello puede ser una sentencia del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015²⁰, que sostuvo lo siguiente: “la decisión empresarial extintiva de la relación laboral con causa única en las bajas del trabajador deja de lado, pues, la consideración del trabajador como persona, como ser humano; recordando que el artículo 41 CE consagra el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica que informa el sistema jurídico, la enfermedad como factor discriminatorio concurre cuando se den circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación (...) y ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad”.

Otro hecho que no hace perder la esperanza de un supuesto cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo es una reciente sentencia del TJUE²¹ que establece de forma rotunda una presunción a favor de la declaración de nulidad, salvo prueba en contrario, de todo despido de un trabajador que se encuentre en situación de baja por enfermedad.

Se trata de la sentencia de 1 de diciembre de 2016²². Se trataba de un trabajador temporal que sufrió un accidente de trabajo, dislocándose el codo izquierdo y teniendo que ser enyesado. A las pocas semanas, estando todavía en situación de incapacidad temporal, la empresa decidió despedirlo por “no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo”. El trabajador presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº33 de Barcelona quién, acto seguido, presentó cinco cuestiones prejudiciales al TJUE. Las cuestiones planteadas versaban sobre si el despido del enfermo era contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en caso de no serlo, si la decisión empresarial de despedir a un trabajador por el solo hecho de estar en incapacidad temporal, de duración incierta, por causa de accidente laboral, entraba o no en el concepto de discriminación directa por discapacidad.

La cuestión central es si una situación de incapacidad temporal, según el Derecho nacional, con una duración incierta, por un accidente laboral, pueda ser calificada como

²⁰ STSJ de Galicia, de 22 de diciembre de 2015 (Recurso de suplicación núm. 3689/2015). [AS 2016\385].

²¹ Un análisis pormenorizado del pronunciamiento puede verse en: Desdentado Daroca, E. (2017). El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi: algunas reflexiones críticas [BIB 2017\1107]. *Revista de Información Laboral*. Número 32017.

²² Asunto C-395/15. Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros. [TJCE 2016\308].

duradera con arreglo al concepto de discapacidad del derecho europeo. El TJUE considera dentro del concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 a todas aquellas limitaciones derivadas tanto de enfermedades como de accidentes. También aclara que esas dolencias derivadas del accidente, pueden estar incluidas en el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 si se trata de una limitación de larga duración.

¿Qué debe entenderse como limitación de larga duración? El TJUE razona que una lesión, aunque tenga carácter reversible, no impide que se pueda calificar como de larga duración. El hecho de que sea curable no cierra las puertas a la apreciación de “una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física”.

En este punto, el análisis se centra ahora en dilucidar si la limitación de la capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es duradera o no. En síntesis, toda lesión que sea irreversible estará siempre dentro del concepto de discapacidad pero aquellas que son reversibles solo lo harán cuando se consideren de larga duración.

¿Qué es “duradero”? Pese a no establecer una definición concreta del término, el TJUE aporta ciertos indicios, como “el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o (...) el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. El TJUE indica que corresponde al juzgado nacional comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter duradero, puesto que se trata de una apreciación de carácter fáctico, y para ello se basará en todos los elementos objetivos de que disponga como documentos y certificados relativos al estado de esa persona según el estado de la ciencia. Si bien, resalta que aunque se aplique el régimen jurídico de la incapacidad temporal con arreglo al Derecho español, no puede excluirse la calificación de la limitación de su capacidad como duradera en el sentido de la Directiva 2000/78.

A la vista de la evolución histórica que ha sufrido el concepto de discapacidad²³ tanto en la Unión Europea como en España y, teniéndolo en cuenta, a continuación, procederé a resolver las cuestiones planteadas en el supuesto de hecho.

3. Análisis del primer caso: Dña. Carmen

La empresa ha adoptado la decisión de rescindir el contrato laboral con Dña. Carmen por la bajada de su rendimiento, que se manifestaba de forma continuada y voluntaria en relación con la actividad normal y exigible. La compañía añade que hizo caso omiso de las advertencias e intentos de corrección, puesto que su media de ventas

²³ Véase el estudio efectuado de los términos discapacidad y enfermedad: Fernández Docampo, M. B. (2014). La salud del trabajador como causa de discriminación [BIB 2014\627]. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 162/2014.

había sido marcadamente inferior a la del resto de sus compañeros y al número previsto por la empresa.

CONTRATOPHONE, a su juicio, subsume su actuación en un despido de carácter disciplinario²⁴ que deriva de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Dña. Carmen. La causa que alega la empresa se encuentra dentro de las siete razones que dicta el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y, según lo que se desprende del supuesto de hecho, la compañía ha cumplido con las exigencias formales impuestas en el artículo 55 del mismo texto, como lo es la notificación por escrito.

Así descrita la situación, todo parece indicar que nos encontraríamos ante un despido procedente, en el caso de que CONTRATOPHONE lograra acreditar la bajada de rendimiento que alegó en el escrito de comunicación. De no quedar probada tal circunstancia, el despido recibiría la calificación de improcedente.

El efecto que tiene la improcedencia²⁵, siguiendo lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, es que la compañía deberá escoger entre la readmisión del trabajador ilícitamente despedido o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Si CONTRATOPHONE opta por el pago de la indemnización, el contrato de trabajo quedará extinguido y se producirá el cese efectivo de Dña. Carmen.

En cambio, si la empresa elige la readmisión, Dña. Carmen tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación. Estos salarios equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Sin embargo, no puede pasar desapercibido el hecho de que Dña. Carmen se encontrase en situación de baja médica por incapacidad temporal, dado que dicho período finalizaba el día 26 de mayo y ella recibió la carta de despido en fecha 22 de mayo. Ella argumenta que su despido fue únicamente por razón de su dolencia, que derivaba del accidente laboral que sufrió el día 2 de mayo, y que la bajada del rendimiento era una causa inventada por la empresa que escondía el móvil real, de índole discriminatorio.

El artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores prescribe que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

²⁴ Véase el estudio sobre la relación entre los tipos de despidos y la incapacidad temporal del trabajador: Rodríguez Castro, I. A. (2017). La incapacidad temporal como causa mediata o inmediata de la extinción del contrato [BIB 2017\43423]. Pamplona: Editorial Aranzadi.

²⁵ Para profundizar en los efectos que tiene la improcedencia del despido disciplinario, véase: Gorelli Hernández, J. (2016). Efectos del despido improcedente. En Goerlich Peset, J.M. (Coord.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (pp. 1091-1104). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Conviene recapitular, en este punto, que la calificación jurídica de la decisión empresarial puede desembocar en un despido procedente, improcedente o nulo. Sobre este particular, a la luz de todo lo expuesto hasta el momento, y dando respuesta a una de las primeras cuestiones, la calificación jurídica que merece esta situación no es otra que la de la nulidad.

Esa pretendida acción de nulidad se fundaría en la discriminación por razón de discapacidad, dado que su despido sólo responde a su estado de salud. La trabajadora Dña. Carmen se encontraba en una situación de incapacidad temporal por un latigazo cervical, consecuencia de un accidente de tráfico. La limitación que sufre y que le impide desarrollar su trabajo, aunque no sea de carácter permanente e irreversible, es temporal y dilatada en el tiempo, lo cual afecta a la posibilidad del trabajador de reincorporarse a su actividad laboral.

¿En qué se basa la afirmación de que la limitación tiene carácter duradero? La apreciación o no del carácter duradero de la limitación debe centrarse en el estado de Dña. Carmen a fecha 22 de mayo, que es cuando tuvo lugar el acto presuntamente discriminatorio. En esa fecha, no era previsible la determinación del momento exacto en el que tendría lugar su recuperación. Es más, del análisis de su estado de salud a fecha 22 de mayo, se podría extraer que su participación en la vida profesional estaba obstaculizada. Aún teniendo reconocida la baja por incapacidad temporal hasta el día 26 de mayo, es posible que el médico correspondiente, tras analizar su estado físico, tomase la decisión de prorrogar dicha baja, al persistir todavía la limitación física que le impedía participar en su vida profesional. Además, como también se ha comentado al realizar el análisis del concepto de discapacidad, el hecho de que estemos ante una incapacidad temporal, según la legislación nacional española aplicable al caso, no es óbice para la ulterior calificación de la limitación como duradera en el sentido de la Directiva 2000/98.

En definitiva, se trataría de una discapacidad formalmente temporal que materialmente sí que estaría incluida dentro del ámbito de protección de la Directiva 2000/78, tal y como ha interpretado el TJUE en el caso Daouidi.

La calificación del despido disciplinario como nulo conllevaría la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir²⁶.

Por otra parte, pese a que este sea el criterio seguido por el TJUE y el aquí defendido, compete a los juzgados españoles comprobar si la limitación de la capacidad de Dña. Carmen es a largo plazo o no. También es cierto que, hoy por hoy, siguiendo la corriente judicial española, si Dña. Carmen decide demandar a su empleadora, únicamente podría aspirar a solicitar la improcedencia de su despido, basándose en la no concurrencia de una de las causas contempladas en la ley para el despido disciplinario, dado que la postura de la nulidad, aquí defendida, todavía no ha tenido acogida en España.

²⁶ En aras de conocer más a fondo cuáles son las consecuencias de la nulidad de la extinción del contrato de trabajo, véase: Casas Baamonde, M. E. (1995). La nulidad del despido y sus efectos. En de la Villa Gil, L. E (Coord.). *Reforma de la legislación laboral: estudios al prof. Manuel Alonso García* (pp. 429-462). Editorial Marcial Pons.

4. Análisis del segundo caso: D. Agustín.

La compañía CONTRATOPHONE ha decidido rescindir el contrato laboral con D. Agustín por absentismo. El día 22 de mayo le fue notificada una carta en la que se comunica tal decisión al no haber acudido a su puesto de trabajo en 21 días sobre las 80 jornadas que le correspondería haber trabajado en los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo y abril de 2017.

La entidad avala la extinción del contrato en una de las causas objetivas contempladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, en particular, el apartado d), que dispone que será posible la extinción por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

El despido laboral por absentismo²⁷ no habilita al empresario a extinguir el contrato de sus trabajadores ante cualquier ausencia, sino que es el legislador el que establece los supuestos de absentismo que son suficientemente relevantes. Tradicionalmente²⁸, para que el absentismo fuera de una entidad tal que justificase el despido, era necesario cumplir con dos requisitos. Por un lado, el número de faltas de asistencia debía superar un determinado porcentaje y, por otro lado, el resto de la plantilla debía superar una determinada barrera de absentismo al mismo tiempo.

Desde la aprobación de la reforma laboral de 2012²⁹, al suprimirse esa segunda exigencia, el empresario puede acudir a esta causa de extinción del contrato en cuanto se pone de manifiesto el excesivo coste que suponen las faltas de asistencia al trabajo de un determinado trabajador. Ahora ya no tiene que constatar al mismo tiempo los perjuicios que para el normal funcionamiento y la productividad de la compañía acarrea la concurrencia de un determinado nivel global de absentismo.

Con este cambio, nace una presión sobre el trabajador para que renuncie a situaciones de ausencia, que estarían totalmente justificadas, por miedo a estar por encima del umbral fijado en la norma. Si pensamos en el caso del trabajador enfermo, constituye una suerte de amenaza de despido, ante unas posibles ausencias por asistencias sanitarias.

²⁷ Véase Arias Domínguez, A. (2005). El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: ineptitud, falta de adaptación y absentismo [BIB 2005\1989]. Thomson Aranzadi.

²⁸ Véase el análisis histórico y de fondo de la figura del despido por absentismo del trabajador: Moreno Gené, J. (2014). Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador [BIB 2014\77]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Paraf.núm.núm 59/20149/201410/2014.

²⁹ Aprobada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11 de febrero de 2012).

A simple vista, las ausencias de D. Agustín efectivamente han superado el umbral fijado en el mencionado artículo 52.d). Sin embargo, prestando atención al desglose de todas sus ausencias, respaldadas todas ellas con justificantes médicos, se observa que hubo dos días en los que su falta fue debida a una estancia en el hospital por un tratamiento de cáncer. El mismo artículo al que vengo haciendo referencia recoge exclusivamente que no serán computadas como ausencias las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

En aplicación de la norma, D. Agustín no acudió a su puesto de trabajo en 19 días sobre las 80 jornadas que le corresponderían y, por tanto, como no se cumple el requisito del veinticinco por ciento, no concurre la causa objetiva del absentismo. Por consiguiente, si el trabajador recurre la decisión empresarial, el despido podrá recibir la calificación de improcedente. El principal efecto que tendrá, a elección de CONTRATOPHONE, será o bien la readmisión del trabajador o bien el abono de una indemnización, tal y como ha quedado expuesto en el apartado anterior.

En todo caso, entendiéndolo cumplido el postulado del artículo 52.d), y en atención a lo ya expuesto sobre el nuevo y ampliado concepto de discapacidad, procede defender que podríamos hablar de un caso de despido discriminatorio nulo por razón de enfermedad³⁰. En esta línea conviene citar la sentencia del Juzgado de lo Social Nº33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013³¹ que declara la nulidad de la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora por ausencias al trabajo derivadas de la enfermedad crónica que la misma sufría, y ello se basaba en el carácter discriminatorio que dicha extinción contractual suponía. El magistrado sostiene que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es contrario al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo³² y vulnera los artículos 15, 40 y 43 de la Constitución Española, que protegen el derecho a la salud.

El razonamiento de la resolución parte de la idea de que la enfermedad o el estado de salud del trabajador en el contexto de una relación laboral, debería ser considerado con carácter general un factor de discriminación y no únicamente cuando concurre un excepcional elemento segregacionista puesto que, el mencionado artículo 52.d) sitúa al trabajador enfermo en riesgo de exclusión laboral. La causa extintiva por absentismo del trabajador enfermo constituye un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada. Las bajas originadas por enfermedades se vuelven causa de la situación de ausencia que habilita a la empresa para el despido. De esta manera, esas bajas pasan a ser causa del despido y, por consiguiente, de segregación del trabajador respecto del resto de empleados.

³⁰ Véase Sirvent Hernández, N. (2012). La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad [BIB 2012\117]. *Aranzadi Social*. Número 2012/74.

³¹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (Procedimiento núm. 679/2013). [JUR 2013\311901].

³² Instrumento de Ratificación del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. Ratificado el 22 de junio de 1982 (BOE de 29 de junio de 1985). [AS 2016\385].

El magistrado, sin llegar a plantear una cuestión de constitucionalidad, ofrece una interpretación del despido por absentismo del trabajador enfermo fuertemente influenciada por la Directiva 2000/78 y los pronunciamientos judiciales del TJUE. Argumenta que esta posibilidad de rescindir el contrato por ausencias, que se deban a problemas de salud debidamente justificadas, constituye un factor de discriminación indirecta por discapacidad, tal y como profesa el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78. El citado precepto dice que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con (...) discapacidad (...) respecto de otras personas”.

Esto es lo que sucede en el presente caso ya que D. Agustín ha faltado a su puesto de trabajo por causa de sus padecimientos y éstos podrían tener la consideración de enfermedad de larga duración que- curable o no- genera limitación en el trabajo. Por tanto, su condición de enfermo, independientemente de que sea curable o incurable, si le supone una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida procesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración, entrará en el concepto de discapacidad.

Conviene traer a colación una sentencia, ya citada, del TSJ de Galicia, de 22 de diciembre de 2015, que trataba sobre el despido de una trabajadora con dolencias lumbares que le provocaban continuas bajas de escasa duración, siendo el absentismo la causa de extinción contractual. El objeto del litigio se centraba en la nulidad de un despido que tenía como causa el absentismo de un trabajador que padecía una enfermedad crónica. El TSJ de la Comunidad gallega entendió que la trabajadora se encontraba sometida a una mayor exposición al riesgo de despido porque, como consecuencia de su enfermedad, estaba más expuesta a alcanzar el límite legal fijado en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

El problema aquí es que no estamos ante una enfermedad de carácter crónico. Pero, aun así, las ausencias por enfermedad común han sido determinantes y, mismo se puede decir, que han sido la única causa de este supuesto despido objetivo.

La interpretación correctiva que, a mi juicio, debería hacerse del supuesto de despido laboral por absentismo del trabajador en situación de incapacidad temporal, es la no computación de estas. Como he venido refiriéndome a lo largo de toda la exposición, estamos hablando de ausencias justificadas por situaciones de incapacidad temporal fruto de enfermedades que, por su larga duración y limitación que generan, deben ser incluidas en el concepto de discapacidad. En ningún caso este absentismo por parte del trabajador es intencionado ni responde a un acto volitivo de no querer trabajar, que es lo que persigue la extinción del contrato por esta vía, sino que estamos ante el supuesto de un trabajador enfermo que directamente no puede acudir a su puesto. En este sentido, queda patente, como ya he expresado anteriormente, una suerte de penalización del trabajador enfermo.

En síntesis, siendo precisos, la acción nulidad del despido no estaría fundada en el estado de enfermedad del trabajador. Esta calificación del despido como nulo se debería a que la enfermedad, al reunir determinadas características, puede ser asimilada a la

discapacidad y, por tanto, puede ser protegida por la tutela antidiscriminatoria que ofrece el ordenamiento jurídico.

5. Análisis del tercer caso: D. Sergio.

La empresa ha despedido el día 23 de mayo a D. Sergio por ausentarse de su puesto de trabajo en el 54% de los días de trabajo en los meses de febrero y marzo debido a fuertes y recurrentes dolores de cabeza.

CONTRATOPHONE, según su forma de proceder, pudo llevar a cabo un despido objetivo al cumplirse la causa objetiva recogida en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Como D. Sergio, efectivamente, se ausentó de su trabajo en más del 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, en un primer momento, podemos pensar que resulta procedente la decisión de la empresa.

En el supuesto de hecho se dice literalmente que el motivo de la rescisión contractual fue el absentismo laboral por parte de D. Sergio. Sin embargo, nada se dice acerca de si estas ausencias estaban justificadas o no. En el caso de no estar justificadas, podríamos llegar a hablar incluso de un despido disciplinario, del artículo 54.a), por faltas repetidas e injustificadas de asistencia. Parece lógico considerar que ausentarse en el 54% de las jornadas que le correspondería en febrero y marzo es cifra suficientemente elevada como para que la empresa alegue un incumplimiento contractual.

Siguiendo con la segunda de las posibilidades la calificación que merecería el despido sería la de procedente, pero esto no es del todo cierto porque cabría alegar la improcedencia por defectos de forma. D. Sergio es Secretario de Organización del sindicato CGT desde el 19 de junio de 2015 y es parte de una sección sindical desde el día 17 de mayo. Esta situación es relevante porque el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores recoge especialidades al respecto. Como D. Sergio está afiliado a un sindicato, presumiendo que la compañía conoce dicha afiliación, es requisito necesario dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato. En este sentido, según el supuesto de hecho, el trámite se ha cumplido en fecha 15 de mayo, al haber notificado al comité de empresa la intención de rescindir el contrato. El segundo de los requisitos que debe cumplirse, puesto que D. Sergio ostenta un cargo en la sección sindical de CGT, es la apertura de un expediente contradictorio, en el que deberán ser oídos tanto el interesado como los restantes miembros de la representación a la que pertenece. A la vista de los hechos plasmados en el supuesto, nada se menciona al respecto. Por esta razón, tendríamos una causa que alegar en aras de solicitar la declaración de improcedencia del despido³³.

³³ Los defectos de forma pueden subsanarse por parte del empresario, realizando un nuevo despido en un plazo de 20 días. Para más información, véase: Cámara Botía, A. (1996). La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma. *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montojya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo* (pp. 35-52). Universidad de Madrid, Facultad de Derecho.

Independientemente de que se trate de un despido disciplinario o un despido objetivo, no podemos dejar en el olvido el hecho de que D. Sergio tenía reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en la compañía CONTRATOPHONE.

Esta incapacidad permanente, por lo visto, no impedía la realización del trabajo, puesto que, aun conociéndola, la empresa optó por contratarle. Si bien, puede existir un nexo causal entre el despido y esta situación de discapacidad y tal afirmación la hago basándome en lo expuesto para el caso de D. Agustín.

Un trabajador que ya tiene reconocida, judicial o administrativamente, una limitación en su capacidad es posible que tenga más probabilidades de necesitar asistencias médicas y, por ende, tenga más facilidad para alcanzar los límites de faltas recogidos en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, volviendo al pronunciamiento del TJUE en el caso Daouidi, es indiferente la calificación que la limitación tenga según la normativa nacional. Por tanto, esos dolores de cabeza recurrentes³⁴ que le impiden asistir con normalidad a su puesto de trabajo, pueden quedar incluidos, como en los otros dos casos, en la figura de la discapacidad de la Directiva 2000/78.

Se trata de una dolencia que le impide desempeñar su trabajo con normalidad y que le supone efectivamente una limitación. Tal y como argumenté en el caso de D. Agustín, en este caso también se podría solicitar la nulidad del despido al ser discriminatorio por razón de discapacidad. De esta manera, lo solicitado por D. Sergio será la readmisión inmediata a su puesto de trabajo.

³⁴ Véase el análisis efectuado, desde la perspectiva española, del tratamiento de enfermedades como la obesidad, la ludopatía, las enfermedades mentales, entre otras: Rodríguez Martínez, R. (2017). La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España [BIB 2017\818]. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 196/2017.

III. CONCLUSIONES

Es harto evidente que existe un desajuste en los conceptos de discapacidad que han venido interpretando el TJUE, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. También es manifiesto que la influencia del TJUE sobre la actividad de los tribunales nacionales en relación con la Directiva 2000/78 es desigual, si lo comparamos con otras materias de como fiscal, mercantil o penal.

Como hemos visto, el órgano europeo ha dictado ya numerosas sentencias al respecto que van perfilando, con pequeños pasos, el concepto de discapacidad. También es cierto que el juzgador español tiene libertad de criterio a la hora de acudir a esa jurisprudencia para fundamentar sus decisiones.

Por otro lado, un inconveniente a la acogida de esta doctrina en nuestro ordenamiento está en la regulación que tiene la incapacidad permanente. Al analizar los casos prácticos, se ha observado cómo la legislación vigente incentiva, en parte, el despido de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal y, a su vez, no otorga protección ninguna a dichos trabajadores, salvo para el caso en que se aprecie una discriminación (que, como hemos visto, tiene un margen de actuación muy restringido).

La duración que puede tener la incapacidad temporal puede alcanzar, con prórrogas, los dos años. La cotización por el trabajador enfermo, en mayor o menor medida, es soportada por el empresario, así como el coste de su sustituto. Esta normativa propicia una práctica empresarial consistente en acabar con los procesos de incapacidad temporal echando mano de los despidos improcedentes. A través de los despidos injustificados, se articula una vía que permite la reducción de costes. Si pensamos en el supuesto de que la indemnización por despido es inferior al importe del mantenimiento de la suspensión por incapacidad, es simple conocer qué opción resulta más ventajosa.

Es cierto que, en términos de eficiencia económica, el empresario puede verse abiertamente perjudicado por esta situación. Más aún si hablamos de puestos de trabajo que requieren escasa cualificación en los que el empleado es fácilmente sustituible. Pero, aquí surge la pregunta del millón: ¿qué prima más? ¿el derecho al rendimiento empresarial o el derecho de protección de la salud?

Es verdad que en el Estatuto de los Trabajadores no aparece como justa causa del despido el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal pero sí que mira hacia otro lado al permitir que ello ocurra por la vía de la improcedencia.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵ vino a suponer una auténtica consolidación del modelo de despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal, simplemente con la exclusiva condición de abonar la

³⁵ La misma línea argumental la vemos en la reciente STSJ de Cataluña, de 12 de junio de 2017 (Recurso de Suplicación 2310/2017) que, pese a hacer referencia a la doctrina del TJUE, rechaza la petición de la declaración de nulidad por entender que no constituye un factor real de segregación. En su lugar, declara la improcedencia del despido al no quedar probada por el empresario la causa que lo motivó.

indemnización correspondiente al despido improcedente. Esa práctica deja al trabajador en plena desprotección, con el riesgo añadido de quedar fuera del mercado laboral. Esto sí que genera una situación real de exclusión y discriminación.

Más grave se torna la situación al pensar en que el trabajo constituye, en la mayoría de los casos, el principal medio de subsistencia de una persona y en que dicha circunstancia de incapacidad temporal por enfermedad está despojada de cualquier ápice de responsabilidad o culpabilidad por su parte. Qué decir tiene cuando esa incapacidad deriva de un accidente laboral.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Arias Domínguez, A. (2005). El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: ineptitud, falta de adaptación y absentismo [BIB 2005\1989]. Thomson Aranzadi.

Cámara Botía, A. (1996). La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma. *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montojya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo* (pp. 35-52). Universidad de Madrid, Facultad de Derecho.

Casas Baamonde, M. E. (1995). La nulidad del Despido y sus efectos. En de la Villa Gil, L. E (Coord.). *Reforma de la legislación laboral: estudios al prof. Manuel Alonso García* (pp. 429-462). Editorial Marcial Pons.

Desdentado Daroca, E. (2017). El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daoudi: algunas reflexiones críticas (BIB 2017\1107). *Revista de Información Laboral*. Número 3/2017.

Fernández Docampo, M. B. (2014). La salud del trabajador como causa de discriminación (BIB 2014\627). *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 162/2014.

Gorelli Hernández, J. (2016). Efectos del despido improcedente. En Goerlich Peset, J.M. (Coord.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 1091-1104). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Maneiro Vázquez, Y. (2016). La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación (BIB 2016\80411). *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 191/2016.

Moreno Gené, J. (2014). Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador (BIB 2014\77). *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Paraf.num.num. 59/20149/201410/2014.

Rodríguez Cardo, I. A. (2017). La incapacidad temporal como causa mediata o inmediata de la extinción del contrato (BIB 2017\43423). Pamplona: Editorial Aranzadi.

Rodríguez Martín-Retorillo, R. (2017). La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España (BIB 2017\818). *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 196/2017.

Sánchez Pérez, J. (2017). El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud (BIB 2017\11172). *Revista de Información Laboral*. Número 5/2017.

Sirvent Hernández, N. (2012). La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad [BIB 2012\117]. *Aranzadi Social*. Número 2012/74.

V. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STC, de 26 de mayo de 2005 (Recurso de amparo núm. 3912/2005) [RTC 2008\62].

STS, de 16 de diciembre de 1987 [RJ 1987\7979].

STS, de 3 de mayo de 2016 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3348/2014) [RJ 2016\2152].

STS, de 11 de diciembre de 2007 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 4355/2006) [RJ 2008\2884].

STSJ de Asturias, de 13 de diciembre de 2016 (Recurso de suplicación núm. 2262/2016) [JUR 2017\2541].

STSJ de Castilla-León (Valladolid), de 16 de marzo de 1998 (Recurso de suplicación núm. 424/1998) [AS 1998\1979].

STSJ de Galicia, de 22 de diciembre de 2015 (Recurso de suplicación núm. 3689/2015) [AS 2016\385].

STSJ de Cataluña, de 12 de junio de 2017 (Recurso de suplicación núm. 2310/2017).

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (Procedimiento núm. 679/2013) [JUR 2013\311901].

STJUE, de 11 de junio de 2006 (Asunto C-13/05) [TJCE 2006\192].

STJUE, de 11 de abril de 2013 (Asunto C-335/11 y C-337/11) [TJCE 2013\122].

STJUE, de 18 de diciembre de 2014 (Asunto C-354/13) [TJCE 2014\367].

STJUE, de 1 de diciembre de 2016 (Asunto C-395/15) [TJCE 2016\308].