

DESPIDO Y PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA ANTES Y TRAS LA STJUE DE 1 DE DICIEMBRE DE 2016, DAOUIDI, ASUNTO C-395/15¹

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Profesor Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura
fjhierro@unex.es

RESUMEN

Se abordan las repercusiones que la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, ha tenido en la doctrina de los tribunales españoles.

Palabras clave: Despido, incapacidad temporal, discapacidad.

ABSTRACT

It addresses the repercussions that the STJUE of December 1, 2016, Daouidi, has had on the doctrine of Spanish courts.

Keywords: Dismissal, temporary incapacity, disability.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES; 2.1. DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA; 2.2. DEL TRIBUNAL SUPREMO; 2.3. DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; 3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA; 3.1. DISCAPACIDAD Y ELEMENTOS

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación "La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia", RETOS 2015 (2015-PN139) Ref. DER2015-66922-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

DISCRIMINATORIOS: ENFERMEDAD, OBESIDAD; 3.2. EL ASUNTO DAOUIDI; 4. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL ORDEN INTERNO A ESTA PARTE; 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La atención que la doctrina científica ha prestado a la temática de la calificación del despido durante el proceso de incapacidad temporal del trabajador en los últimos años en modo alguno puede tildarse de escasa. Más bien, esta ha estado marcada en este período por lo que pudiera calificarse como moderación o análisis sostenido en el transcurso de los años.

Derivada de la secuencia y cadencia de estudios ante planteamientos judiciales y jurisprudenciales concretos (entre otros muchos pueden citarse, Martín Jiménez, 2008, BIB 2008\987; Moreno Cáliz, 2009, pp. 47-57, Sirvent Hernández, BIB 2012\117 y Salcedo Beltrán, 2013, pp. 293-300) y acompañada, en otros términos, del análisis de bloque o en conjunto de la doctrina de los tribunales (entre otros, cfr. San Martín Mazzucconi, 2011, pp. 49-66; Fernández Docampo, 2014, pp. 71-93; Moreno Márquez, 2010, pp. 117-127; Ginès i Fabrellas, BIB 2009\2050; Azagra Solano, BIB 2011\720; Arenas Viruez, 2011, LA LEY 15442/2010 y Rodríguez Martín-Retortillo, BIB 2017\818) se han sucedido en el tiempo las aproximaciones a esta cuestión relevante.

Pese a ello, esta singular materia se había encontrado alejada hasta el momento de los asuntos “estrella” que han interesado de manera focalizada e intensa, tanto en su origen como en su posterior desarrollo, a la doctrina científica (y de los que participan sin ninguna duda las distintas reformas laborales o en el campo de la protección social está llamado a serlo en el tiempo presente la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo) y que provocan publicaciones por aluvión. Sin que, no obstante y como se ha advertido, fuera esta entendida como una cuestión menor o preterida por la investigación laboralista.

El pronunciamiento del TJUE con su sentencia de 1 de diciembre de 2106, Daouidi, asunto C-395/15, constituye, a buen seguro, un elemento distorsionador de la dinámica referenciada *supra* sobre este particular y está emplazado a actuar como elemento tractor de los intereses iuslaboralistas. Su transcendencia, sin riesgo de equívoco, requerirá de la aproximación inmediata y mediata de la academia. De hecho, así ya está sucediendo en el apenas escaso año transcurrido desde su aparición (cfr. Rodríguez Cardo, 2016, LA LEY 9625/2016; Castiella Sánchez-Ostiz, 2017, BIB 2017\727; Sánchez Pérez, 2017, BIB 2017\11172; Dueñas Herrero, 2017, pp. 425-449; Desdentado Daroca, 2017, BIB 2017\1107 o Fernández Martínez, 2017, LA LEY 2865/2017).

El interesante debate judicial y científico que se desenvuelve en torno a la calificación que merece la extinción contractual en los procesos de incapacidad temporal del trabajador toma ahora un nuevo impulso de la mano del Tribunal de Justicia (aspecto este, por otra parte, que está teniendo especial valor de un tiempo a esta parte dada la aplicabilidad directa de las resoluciones de los tribunales internacionales en el orden social).

A esta sugerente línea de análisis abierta se adhiere este trabajo, con el que se pretende analizar, de modo somero propio de un comentario de sentencia, los antecedentes internos, los pronunciamientos del TJUE y, de modo significado, ver la relevancia y efectos que la misma ha desplegado ya, recientemente y pese al escaso tiempo transcurrido, en las resoluciones de los tribunales españoles habidas con posterioridad.

Se pretende así, en definitiva, tomar el pulso al posible “giro” o fijar “la senda continuista” que en la doctrina judicial pueda auspiciar el caso Daouidi, precedida de la anterior doctrina comunitaria. Esto es, de las conexiones que puedan establecerse entre enfermedad y discapacidad y, por ende, con la potencial consideración del despido como nulo al concurrir elementos de discriminación por razón de discapacidad.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2.1 DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Parece adecuado, con carácter previo al estudio de la doctrina emanada de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, realizar un breve y tangencial repaso a los planteamientos y argumentaciones que el ordenamiento jurídico y la doctrina judicial han sostenido acerca de la calificación del despido (improcedente o nulo, en su caso) producido durante el proceso de incapacidad temporal del trabajador.

La unanimidad existente hasta el año 1994 era evidente. La redacción del apartado 6 del art. 55 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, no dejaba margen a la interpretación: el despido de un trabajador que tuviera suspendido su contrato de trabajo se consideraba nulo si la jurisdicción competente no apreciaba su procedencia.

Sin embargo, esta férrea avenencia se vio truncada con la promulgación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo. El art. 5.Trece de este texto legal suprimió esta causa de nulidad, dando nueva redacción al mencionado art. 55 ET (Desdentado Daroca, 2017).

Después de esta reforma, se ha afirmado, la calificación del despido ha de efectuarse, en todo caso, al margen y con independencia de la situación en que pudiera encontrarse la relación laboral del despedido (STSJ Madrid 19 febrero 2007, n.º rec. 5266/2006). Aspectos mantenidos en el tiempo y que han llegado hasta la actualidad.

Esta modificación normativa ha provocado que por parte de los tribunales se hayan seguido posiciones encontradas. Las líneas divergentes sustentadas por las resoluciones judiciales pueden concretarse como sigue:

- a. Improcedencia del despido. Sus argumentaciones, descartando cualquier atisbo de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, han sido las siguientes:
 - No está en juego derecho fundamental alguno, pues el derecho a la salud no tiene ese rango y

el acto empresarial extintivo de la relación laboral no puede considerarse contrario al derecho fundamental a la integridad física, que incluye también la integridad moral, reconocido en el art. 15 CE (STSJ País Vasco 12 julio 2005, n.º rec. 1385/2005).

- El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación. No es posible afirmar que el despido por causa de incapacidad temporal sea un despido nulo por discriminación por razón de salud, porque la enfermedad no constituye factor de discriminación aunque lo sea de trato ilegal. Se desecha la asimilación del derecho a la vida y a la integridad física con la protección de la salud, pues este último no es un derecho fundamental sino un principio rector de la política social y económica, y no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley, máxime cuando no está en juego el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, sino el derecho al trabajo (STSJ País Vasco 2 diciembre 2014, n.º rec. 2315/2014).
- Lo característico de los despidos discriminatorios no es la existencia o inexistencia de causa sin más, sino la presencia de circunstancias cuyo uso como causa de despido es radicalmente opuesto a principios esenciales del ordenamiento jurídico, en cuanto supone desconocimiento o violación de derechos de la persona que se reputan intangibles (SSTSJ Comunidad Valenciana 26 octubre 2000, n.º rec. 2644/2000, 11 abril 2001, n.º rec. 2014/2001, 29 abril 2003, n.º rec. 135/2003, 13 mayo y 6 octubre 2004, n.º rec. 593/2004 y 1856/2004, 13 mayo 2005, n.º rec. 593/2004, 23 mayo 2007, n.º rec. 1013/2007 y Cataluña 15 diciembre 2015, n.º rec. 4873/2015).

- El despido de los trabajadores cuyo contrato se encuentra suspendido ya no constituye un despido nulo, sino en su caso improcedente si resulta injustificado o ilegal, por lo que el despido nulo se centra en aquellos supuestos en que el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Ciertamente es que el derecho a la salud constituye un derecho fundamental (art. 15 CE) cuya vulneración se produce cuando se atenta contra esta, pero en ningún modo puede deducirse del texto constitucional que esa protección haya de extenderse al ámbito laboral y que una situación de enfermedad implique el mantenimiento a ultranza de la relación laboral. Tampoco desde la óptica del principio de igualdad resulta posible establecer que se ha producido una discriminación, no solo porque el art. 14 de la CE no menciona la enfermedad, sino también porque aun pudiendo entenderse como una situación (que no una condición), la enfermedad puede afectar a cualquier trabajador, con independencia de su condición de trabajador, pues la enfermedad va unida a la condición del ser humano en general. Por último, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, la normativa constitucional viene a ser completada por la regulación específica laboral en materia de protección de derechos fundamentales y de no discriminación, pues el art. 17.1 ET establece un listado de causas propias de un comportamiento discriminatorio dentro de la relación laboral o en el acceso al empleo, donde no consta tampoco la enfermedad o la situación de incapacidad temporal como una causa de discriminación (SSTSJ Comunidad Valenciana

11 abril 2001, n.º rec. 489/2001, 6 octubre 2004, n.º rec. 1856/2004 y 23 mayo 2007, n.º rec. 1013/2007).

- La nulidad del contrato no se extiende –ni explícita ni implícitamente– a los supuestos de suspensión del contrato por enfermedad común. Tal figura ha desaparecido del ordenamiento laboral. Es más, el art. 52 ET autoriza la extinción del contrato laboral por «ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa», ineptitud que, desde luego, puede deberse a enfermedad de índole física o psíquica. También la incapacidad permanente declarada y derivada de enfermedad es causa de extinción del contrato de trabajo, sin que pueda, en uno y otro caso, entenderse producido un intolerable atentado a una «condición personal» del trabajador (STSJ Galicia 19 octubre 2001, n.º rec. 4240/2001).
- El despido coincidente en el tiempo con la situación de incapacidad temporal no es dato por sí solo suficiente para calificarlo como nulo por contravenir derechos fundamentales del trabajador, puesto que ninguna singularidad se contempla en nuestra vigente legislación para los despidos que se producen en tal situación (SSTSJ Cataluña 3 mayo 2001, n.º rec. 382/2001 y Castilla y León/Valladolid 5 marzo 2001, n.º rec. 252/2001).
- Las bajas por enfermedad no constituyen causa de despido, pero tampoco son determinantes que las producidas con motivo de ellas tengan carácter discriminatorio (STSJ Asturias 29 junio 2007, n.º rec. 385/2007).
- La incapacidad temporal no se incluye dentro de las causas de discriminación por razón de discapacidad establecidas en la Directiva 2000/78/CEE, así lo destaca la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), a

tenor de la cual una dolencia física, mental o psíquica a largo plazo solo puede considerarse discapacidad cuando, al interactuar con otros elementos, impide la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional respecto a los demás trabajadores (STSJ Madrid 30 septiembre 2015, n.º rec. 462/2015).

- El carácter cerrado de los supuestos de despido nulo no permite la inclusión entre ellos del despido en fraude de ley, porque en virtud de la reforma laboral introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, los supuestos de calificación del despido como nulo quedan limitados únicamente a aquellos que se producen con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador o por alguna de las causas de discriminación prohibidas en nuestra Constitución o en las Leyes, expulsando de la misma, para integrarlos como casos de despido improcedente, aquellos que tienen lugar con incumplimiento de los requisitos formales o los que se lleven a cabo al amparo de otras normas que persigan resultado contrario al ordenamiento. Por otra parte, cabe señalar que ni de la doctrina del Tribunal Constitucional, ni del articulado del Convenio 158 de la OIT cabe deducir que la consecuencia derivada de un despido sin causa haya de ser necesariamente la declaración de nulidad del mismo y la consiguiente readmisión del trabajador. El propio Convenio permite, como alternativa a la anulación de la decisión extintiva, la compensación del trabajador mediante el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (STSJ Cataluña 26 septiembre 2016, n.º rec. 3229/2016).
- La enfermedad no figura en la lista de discriminaciones del art. 14 CE, no se

contempla como tal causa en el art. 17.1 ET, ni en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, y tampoco es equiparable a la discapacidad a efectos de discriminación, motivo por el cual la decisión extintiva adoptada por la empresa en esas condiciones no puede dar lugar, en principio, a la calificación de nulidad (STSJ Madrid 11 octubre 2013, n.º rec. 1426/2013).

Esta tesis judicial ha sido seguida, en buena parte conforme a los planteamientos fijados por el Alto Tribunal que ha asumido esta postura y serán analizados infra, por un buen número de sentencias. Entre otras muchas pueden citarse, SSTSJ Cataluña 11 junio 2002, n.º rec. 1051/2002, 31 enero 2005, n.º rec. 6602/2004 y 10 noviembre 2009, n.º rec. 4735/2009; Galicia 20 octubre 2010, n.º rec. 2843/2010; Comunidad Valenciana 23 mayo 2007, n.º rec. 1013/2007; Aragón 29 diciembre 2004, n.º rec. 1195/2004; Madrid 30 septiembre 2015, n.º rec. 462/2015 y Asturias 30 marzo 2017, n.º rec. 509/2017.

Puede concluirse, en definitiva, que numerosa jurisprudencia (mayoritaria) ha señalado que la enfermedad “por sí misma” no se identifica con la discapacidad y, por ende, el despido durante el periodo de incapacidad para el trabajo, sin otras circunstancias, no es un factor discriminatorio en el sentido que tiene el inciso final del art. 14 CE (STSJ Cataluña 4 septiembre 2014, n.º rec. 2845/2014).

- b. Nulidad del despido. Esta, pese a lo anterior, ha sido la conclusión alcanzada en un menor número de sentencias apreciándose en los supuestos analizados la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador (integridad física o igualdad). El cambio normativo llevado a cabo en el año 1994 en modo alguno impide la determinación de la nulidad de la extinción contractual al concurrir elementos discriminatorios. Así se han expresado, entre otras, arguyendo que:

- La imputación en una carta de despido disciplinario de una causa ficticia, sin base fáctica alguna, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que priva al trabajador del conocimiento exacto de la causa real de su despido y, por ello, impide o dificulta su acción judicial de impugnación del mismo. Y dada la dimensión constitucional de la lesión, al afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la calificación judicial reparadora de la misma solamente puede ser la de la nulidad del despido.
- El despido por causa explícitamente reconocida de la situación de incapacidad temporal debe ser calificada como un acto discriminatorio y, por consiguiente, nulo y ello porque:
 - o una norma internacional, de directa y prevalente aplicación, prohíbe clara e incondicionadamente el despido en situación de incapacidad temporal (art. 6 del Convenio 158 OIT);
 - o en el contexto actual, la enfermedad o el accidente laboral -y la situación de incapacidad temporal que genera- sí constituye, en la situación presente de crisis y de paro endémico, un claro elemento de discriminación en razón, precisamente, de la situación de debilidad o vulnerabilidad -física, pero también jurídica- que provoca [el colectivo de trabajadores enfermos, aunque sea efímero y variable, merece -precisamente en razón de aquella vulnerabilidad- una especial protección para garantizar la igualdad real y efectiva; la justificación "economicista" o "productivista" para descartar la intencionalidad discriminatoria tampoco es admisible y supone desconocer el carácter prevalente del derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE)

respecto a la defensa de la productividad de las empresas (art. 38 CE); la reducción de la discriminación por enfermedad a las excepcionales situaciones "segregacionistas" comporta reducir la discriminación a una actuación no solo intencional, sino -además-perversa, cosa manifiestamente inadmisibles en el actual estadio de evolución doctrinal y normativa del concepto de "discriminación directa", que se vincula exclusivamente a la concurrencia del simple elemento "causal" y supone prescindir totalmente del concepto de "discriminación indirecta", que, de no apreciar aquel elemento "causal" determinante de la apreciación de una situación de "discriminación directa", sí resultaría de aplicación]

- y porque la doctrina iniciada con la STS 29 enero 2001 ha provocado un indeseado efecto segregacionista (SJS Barcelona 19 noviembre 2013, n.º rec. 398/2013).
- Lo que está ocurriendo en el ámbito laboral es la estigmatización del trabajador enfermo. El hecho cierto es que el Tribunal Constitucional amplía el supuesto del art. 14, "...otra circunstancia o condiciones personales y sociales..." a aquellos supuestos en los que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada.

No se comparte el argumento, sostiene esta línea judicial, de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone "cosificar" al trabajador y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protección constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción. Este argumento puramente económico que considera

al trabajador como un objeto supone "castigar" la enfermedad del trabajador que aparece ante la empresa como una carga y, desde luego, supone convertir a la enfermedad en una causa de discriminación. Ello vulnera el art. 14 CE (STSJ Canarias 25 enero 2011, n.º rec. 204/2010).

- No hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social [STSJ Cataluña 28 febrero 2000 (AS 2000, 1230)].
- Reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar una consecuencia perjudicial. El trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud no puede sufrir un acto de represalia por el empresario manifestado en el despido, pues mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa.

El hecho de que la legislación actual no recoja expresamente una garantía general al respecto, como antes ocurría con el antiguo apartado 6 del art. 55, no significa que nuestro derecho positivo carezca de medios de tutela del derecho frente a eventuales represalias empresariales. Un primer escalón de protección lo representa la exigencia general de justa causa para el despido: el carácter reglado del despido y de las potestades disciplinarias

implica un cierto obstáculo al libre proceder del patrono. Pero esta cobertura resulta insuficiente porque permite la entrada en juego de formas fraudulentas que encubren formas de represalia empresarial y, sobre todo, porque no asegura la reparación total de los perjuicios sufridos por el trabajador que ha sido objeto de una represalia materializada en un despido. En este caso, la simple declaración de improcedencia no consigue evitar el efecto represivo que se persigue, pues el trabajador enfermo que es despedido acaba sufriendo la pérdida efectiva, si bien indemnizada, del puesto de trabajo, con lo que se consolida la merma (STSJ Madrid 18 julio 2006, n.º rec. 633/2006).

Se suceden en el tiempo, pese a los pronunciamientos y asentada jurisprudencia del Alto Tribunal y avivadas por las resoluciones de los tribunales internacionales, planteamientos contrarios sobre esta problemática.

Es evidente, patente queda pues, que no se trata esta de una cuestión pacífica. Las sutiles aristas que entornan la materia auguran el mantenimiento durante mucho tiempo del debate abierto, siendo el casuismo o la especificidad de cada planteamiento el que determinará la conclusión del caso concreto.

2.2.DEL TRIBUNAL SUPREMO

Clara consecuencia de las encontradas sentencias judiciales reseñadas *supra* fue la pronta intervención, manifiesta y reiterada, por el Tribunal Supremo. Han sido numerosas las ocasiones en las que el Alto Tribunal ha debido enfrentarse a la calificación del despido producido en una situación de incapacidad laboral del trabajador y en el que esta era empleada como causa justificativa del mismo.

Su parecer ha sido inamovible (Ginès i Fabrellas, BIB 2009\2050) a lo largo de los años. La tesis acogida, la improcedencia del despido.

Las fundamentaciones de sus planteamientos se constriñen en:

- Sobre esta cuestión la doctrina unificada se encuentra establecida en la sentencia invocada como contradictoria en el presente recurso, seguida por otra posterior, de fecha 23 de septiembre de 2002 (recurso 449/2002), a cuyo contenido habrá aquí de estarse por razones evidentes de seguridad jurídica. En ellas, siguiendo las sentencias de 17 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7929), 23 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 7032) y 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5513) se parte del rechazo de la existencia de una discriminación en estos casos, puesto que «el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado» y «esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (RTC 1984, 34) , la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación».

Partiendo de ese primer punto, se continúa diciendo en la sentencia de 29 de enero de 2001 (RJ 2001, 2069) que «Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no

puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5513), el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. 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. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador» (SSTS 29 enero 2001, n.º rec. 1566/2000; 23 septiembre 2002, n.º rec. 449/2002; 12 julio 2004, n.º rec. 4646/2002; 13 mayo 2005, n.º rec. 2639/2004; 11 diciembre 2007, n.º rec. 4355/2006; 13 febrero 2008, n.º rec. 4739/2006 y 27 enero 2009, n.º rec. 602/2008).

- “No coincidimos en la secuencia argumental, que parte de un erróneo presupuesto, cual es la «inaceptable asimilación» del derecho fundamental a la vida y a la integridad física [art. 15 CE] con el derecho a la protección de la salud [el art. 43.1 CE], pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen [art. 53.3 CE], pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley” (STS 22 noviembre 2007, n.º rec. 3907/2006).
- De igual manera se rechazan las invocaciones que se hacen a la dignidad de la persona como base de la declaración de nulidad del despido, pues si bien tal dignidad es valor jurídico fundamental que consagra el art. 10.1 CE de todas formas lo cierto es

que no se trata de un derecho fundamental susceptible de protección autónoma, sino que únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración de alguno de estos derechos comporta la inargumentabilidad de aquel «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STS 22 noviembre 2007, n.º rec. 3907/2006).

Cuestiones a las que se adhiere, más cercana en el tiempo y pese (o con el apoyo quizá es como haya de sostenerse) a la doctrina comunitaria, la fundamentación contenida en la STS 3 mayo 2016, n.º rec. 3348/2014,

- “En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("Los trabajadores ... en la relación de trabajo ... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables.

Y así se rechaza esa equiparación afirmando que 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.

Como ha recordado STS 22 noviembre 2007 (RJ 2008, 1183) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006, 192) (asunto Chacón Navas) [...]. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que 'la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período', por lo 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. A ello se añade que 'ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad' y que 'no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el

artículo 1 de la propia Directiva' (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)".

Aspectos sobre los que tampoco ha desplegado incidencia alguna la STJUE de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122), C-acumulados 335/11 y 337/11, que resolvió sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Dinamarca en el seno de dos litigios por despido (STS 3 mayo 2016, n.º rec. 3348/2014).

Esto es, toda una serie de decisiones de esta Sala en las que se ha sostenido de manera uniforme la misma tesis, que el despido en casos en los que el trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal y siendo su causa la enfermedad ha de ser calificado de improcedente y no nulo.

Se concluye, por ende, que la calificación que corresponde a un despido que responda en realidad a dicha causa no es la de nulidad, sino la de improcedencia, salvo que concurren otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Supuesto que hasta el momento no ha sido observado (Azagra Solano, BIB 2011\720), pero que deja la puerta abierta a la conflictividad.

Esta potencial discriminación o segregación solo podrá ser observada por los Tribunales, con lo que el casuismo aboca a su participación directa.

2.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Yendo un poco más allá, o si se quiere ascendiendo un peldaño más en este inter procesal derivado de esta temática, también hubo de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

Fue en la STC 62/2008, de 26 mayo, cuando el intérprete de la norma Magna hubo de afrontar el recurso de amparo interpuesto contra determinadas resoluciones judiciales por considerar que estas vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad,

así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con el derecho a la protección de la salud.

Señaló sobre este particular:

"[...] no cabe duda de 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 art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido [...], así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, 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.

No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, 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 [...].

Hemos de concluir, por todo ello, que 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”.

Posicionamiento que, pese a la argumentación del Ministerio Fiscal y su voto particular a favor del otorgamiento del amparo solicitado, fue acogido y compartido por la doctrina científica. Así, como ha señalado autorizada doctrina (Montoya Melgar, 2009), si bien el despido no fue procedente, pues su causa real no está incluida entre las tipificadas en el art. 54 ET, tampoco alcanzó el grado de arbitrariedad, irrazonabilidad y desproporción que caracterizan al acto discriminatorio, por lo cual no mereció la calificación de nulo.

Como viene sosteniendo la jurisprudencia social, el despido por enfermedad es discriminatorio cuando la enfermedad es «elemento de segregación» y no cuando es mero factor que hace inconveniente la relación laboral para la empresa; dicho de otro modo, la enfermedad es una «contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas», faltando por tanto en ella los «móviles específicos de la conducta discriminatoria».

Se incide, por tanto, en los posicionamientos manifestados con anterioridad. El factor discriminatorio, segregador o de estigmatización del trabajador enfermo será el elemento detonante para declarar la nulidad del despido y no su improcedencia. La presencia de este no es, no obstante, fácil de observar. Más cuando siempre la extinción de la relación laboral lleva aparejada otros elementos que la conforman y justifican.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. DISCAPACIDAD Y ELEMENTOS DISCRIMINATORIOS: ENFERMEDAD, OBESIDAD...

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha sido ajeno a esta problemática, teniendo ocasión de abordar esta en distintos pronunciamientos.

Así, de una parte, la Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (ECLI:EU:C:2006:456) versaba sobre el despido de la señora Chacón Navas durante su situación de baja laboral por enfermedad que se extendía durante ocho meses.

El órgano jurisdiccional remitente de las cuestiones prejudiciales ponía de relieve que existe una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad. Según este órgano la «discapacidad» es un término genérico que incluye las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. La enfermedad puede producir deficiencias que discapaciten al individuo. En todo caso, para el supuesto de que se entendiera que la discapacidad y la enfermedad son dos conceptos diferentes, proseguía el órgano judicial nacional, promulgaba que se considerase que la enfermedad constituye una señal identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquellas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

En definitiva, preguntaba el órgano jurisdiccional nacional si las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad.

Las argumentaciones del Tribunal de Justicia para responder de forma negativa a los interrogantes planteados fueron las siguientes:

- El concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la

persona de que se trate participe en la vida profesional.

- Es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de discapacidad y enfermedad.
- 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.
- De la Directiva 2000/78 no puede extraerse 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.
- Un trato desfavorable por motivos de discapacidad solo choca con la protección que pretende la Directiva en la medida en que constituya una discriminación.
- La Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.
- Estos ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades no pueden, en ningún caso, suponer una carga excesiva para el empresario.
- La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

- Ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal.

Por tanto, resulta 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.

De otra, y en clara evolución de la doctrina precedente (Molina Navarrete, 2015, pp. 140-144), la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 (ECLI:EU:C:2013:222), aborda de nuevo el supuesto de la calificación del despido ante casos de incapacidad temporal y la posible discriminación que ello supone por la analogía que pudiera establecerse entre enfermedad y discapacidad (o por la inclusión de la primera en el concepto más global de la segunda).

En el primer asunto, la Sra. Ring estuvo de baja en diversas ocasiones en el último semestre del año. Los certificados médicos indican que padece dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento, sin que se pudiera efectuar ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar una actividad profesional a tiempo completo. Tras su despido, comenzó una actividad a tiempo parcial con la correspondiente adecuación del puesto de trabajo.

En el segundo, la Sra. Skouboe Werge estuvo de baja médica durante unas tres semanas; faltó al trabajo después por enfermedad unos días y de común acuerdo con la empresa estuvo de baja por enfermedad a tiempo parcial durante cuatro semanas. Posteriormente pasó a baja total por enfermedad. Después de varias consultas médicas, el informe del profesional sanitario exponía que no podía pronunciarse sobre la duración de la incapacidad laboral, siendo la trabajadora despedida meses después.

Un sindicato de trabajadores, en nombre y representación de ambas trabajadoras, interpuso una demanda de indemnización contra los empleadores de aquellas sobre la

base de la Ley antidiscriminación, entendiendo que las dos trabajadoras tenían una discapacidad y que sus respectivos empleadores tenían que haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo.

Ante esta petición, el órgano jurisdiccional danés planteó distintas cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si el concepto de «discapacidad» referido en la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar a cabo su trabajo, o solo puede hacerlo en medida limitada durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Además, pregunta si dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, en el sentido de que también comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable y en el sentido de que la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto (apartado 34). En segundo lugar, si el art. 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere ese artículo. A lo que se une, por último, la cuestión de si esta Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad o cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en su art. 5.

El Tribunal de Justicia, con una amplia fundamentación (añadida a la contenida en el asunto Chacón Navas), fue

respondiendo a todas y cada una de las cuestiones planteadas. Así, sostuvo que:

- 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.
- Las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo».
- Este concepto no comprende en exclusiva las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, sino que también incluye las causadas por una enfermedad.
- 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 trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad». En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad».
- La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales se prohíbe toda discriminación.
- El estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede entrar dentro del concepto de «discapacidad».
- No cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 en los casos en los que esta reducción

permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo.

- Incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores.
- Es preciso tener en cuenta los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.
- Un trato desfavorable por motivos de discapacidad solo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación.
- En comparación con un trabajador sin discapacidad, 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, de alcanzar el límite de días de baja fijado por la normativa nacional. Por tanto, esta regla puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad.
- Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador nacional, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad.
- Las personas afectadas por una discapacidad encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado.

Por tanto, y de modo concreto, señala el Tribunal que:

- El concepto de «discapacidad» debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.
- El art. 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.
- La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el art. 5 de dicha Directiva.
- La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, 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.

Además, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, asunto C-354/13 (ECLI:EU:C:2014:2463), versa sobre el despido de un trabajador por circunstancia de su obesidad cuestionándose si se había producido una discriminación por motivo de obesidad.

Las cuestiones formuladas por el órgano nacional se circunscriben a la determinación de si es contraria al Derecho de la Unión una discriminación por motivo de obesidad en el mercado de trabajo; si así fuera, si esta prohibición de discriminación sería directamente aplicable; la atribución de la carga de la prueba al empresario y si la obesidad puede considerarse una discapacidad cubierta por la protección que brinda la Directiva 2000/78.

La postura del Tribunal de Justicia se concreta en:

- Ninguna disposición de los Tratados UE y FUE contiene una prohibición de la discriminación por motivo de obesidad como tal.
- Tampoco el Derecho derivado de la Unión consagra un principio de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.
- La obesidad como tal no puede añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.
- El concepto de «discapacidad» no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad.
- A los efectos de la Directiva 2000/78, la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad».
- No obstante, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarree 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, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78.

De manera indirecta, la STJUE de 22 de mayo de 2014, Galtzel, asunto C-356/12 (ECLI:EU:C:2014:350), aborda la discapacidad como elemento de discriminación. Reiterando la fundamentación de los pronunciamientos precedentes concreta el concepto de discapacidad (apartados 45 y 46).

En todo caso, argumenta que la diferencia de trato puede no ser constitutiva de discriminación cuando, debido a la naturaleza de una actividad profesional o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica diferenciadora constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado a los fines perseguidos. Esto es, siempre que tal exigencia responda efectivamente a un objetivo de interés general, sea necesaria y no constituya una carga desmesurada.

Nuevamente sobre el concepto de discapacidad se pronuncia la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, asunto C-363/12 (ECLI:EU:C:2014:159). Reincide en las argumentaciones marcadas *supra*. A saber, que para el Tribunal de Justicia el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

De todo lo anterior se pueden extraer, de modo resumido, las siguientes conclusiones: la enfermedad o aquellas otras circunstancias a largo plazo que acarreen una limitación pueden quedar incluidas en el concepto de discapacidad; la apreciación de si los ajustes necesarios para esos supuestos supone una carga excesiva para los empleadores

corresponde al juez nacional y, por último, también es competencia del órgano jurisdiccional remitente examinar si la legislación nacional, al contrastar la promoción de la contratación de las personas enfermas y el equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador tuvo en cuenta o no datos relevantes que se refieren a los trabajadores con discapacidad.

3.2. EL ASUNTO DAOUIDI

Recientemente, y al hilo sobre el que se construye este comentario, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, asunto C-395/15 (ECLI:EU:C:2016:917) retoma la problemática de la posible discriminación por razón de discapacidad (y por ende la calificación de la nulidad del despido) en los supuestos de extinción del contrato de un trabajador enfermo.

De modo resumido. Un trabajador sobre el que previamente se había manifestado de manera favorable la prórroga de su contrato temporal y el aumento de la jornada de parcial a completa es despedido encontrándose en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

Entre otras cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, conlleva, por sí solo, que la limitación de su capacidad se pueda calificar de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado en esa Directiva.

Sobre ello, el Tribunal de Justicia:

- Reincide sobre el concepto de «discapacidad» (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 53).

- Atribuye al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es de carácter fáctico (sin que la consideración de incapacidad «temporal» pueda actuar como exclusión de la durabilidad). Sobre este particular el órgano nacional debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.
- Concreta que el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio.
- Perfila que entre los indicios que permiten considerar la durabilidad de la limitación figuran, en particular, 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.
- Recuerda que en el caso de que se llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad es «duradera», el trato desfavorable por motivos de discapacidad solo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación.
- Asevera que el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad».

En fin, concluye que el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal de duración incierta (en este supuesto a causa de un accidente laboral pero que podría ser igualmente aplicable a los casos de contingencias comunes) no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad». Contribuirá a la determinación de esta exigencia el hecho de que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio la incapacidad del trabajador no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente. Al comprobar la concurrencia de este requisito el órgano jurisdiccional nacional debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Por tanto, son varios los elementos concurrentes para delimitar si la extinción del contrato de trabajo en casos de incapacidad temporal, por enfermedad, puede ser calificado de nulo por discriminatorio.

No basta en exclusiva con que la dolencia o patología, la limitación física, mental o psíquica que padeciera el trabajador tenga el carácter de duradero [circunstancia advertible mediante distintos elementos o indicios -ausencia de una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo (no por sí solo el carácter incierto de la duración)...-], sino que a ello ha de adherirse el carácter discriminatorio de la medida que pudiera implicar la extinción del contrato de trabajo.

En definitiva, los elementos necesarios para la calificación de la nulidad del despido podrían concretarse en la eventual presencia de:

- Enfermedad duradera o de la larga duración (incluida en el concepto de discapacidad).
- Extinción del contrato que constituya una discriminación.

- Los ajustes razonables a fin de garantizar que la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades no suponga una carga excesiva para el empresario.
- La diferencia de trato constitutiva de discriminación no se soporte sobre un objetivo legítimo, es decir, que no responda efectivamente a un objetivo de interés general, sea necesaria y no constituya una carga desmesurada.

4. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL ORDEN INTERNO A ESTA PARTE

La acogida de la doctrina europea por parte de los tribunales nacionales no se ha hecho esperar. En este tiempo ya se han producido pronunciamientos de signo diverso. De nuevo, la divergencia entre Tribunales es patente en tanto que las pautas comunitarias dejan amplios márgenes de discrecionalidad.

En primer lugar ha de hacerse referencia a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona 23 diciembre 2016 (n.º autos 1219/2014), con la que se da respuesta al asunto planteado (Daouidi). El órgano jurisdiccional estima íntegramente la demanda interpuesta y declara la nulidad del despido, por constituir una discriminación por razón de discapacidad y lesionar otros derechos fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Su extensa fundamentación jurídica sostiene:

- La situación analizada debe ser considerada indiscutiblemente una "limitación duradera" y, por consiguiente, una situación de "discapacidad" a efectos de la Directiva 2000/78.
- No se ha aportado una explicación objetiva y razonable de la razón del despido del trabajador que pudiera desvirtuar aquel potente panorama indiciario de la intencionalidad discriminatoria del despido.
- El despido del trabajador constituye una discriminación, directa, por razón de discapacidad;

o, alternatively, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una "barrera" al impedir su recuperación y, con ella, "la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores".

- El despido de un trabajador por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente laboral contraviene frontalmente el mandato del art. 30 CDFUE.
- La proclamación como "Derecho Fundamental de la Unión Europea" del "Derecho a la protección en caso de despido injustificado" es incompatible con la expuesta "práctica nacional" de calificar este tipo de despidos "arbitrarios" o "sin causa" con la simple "improcedencia", con la mínima indemnización que ello comporta. Dada la existencia en el ordenamiento interno de normas sustantivas y procesales internas que califican como "nulo" todo despido con vulneración de un "derecho fundamental", el mandato del art. 10.2 CE debiera determinar la calificación de "nulidad" de un despido manifiestamente arbitrario o fraudulento por carecer de causa real, tal como había venido entendiendo el Tribunal Supremo hasta 1994.
- El despido por causa de estar en situación de incapacidad temporal constituye una lesión al "derecho a la integridad física", en tanto que ha sido despedido por ejercer su derecho a alcanzar la recuperación (Art. 3.1 CDFUE. Derecho a la integridad física y psíquica de la persona).
- La actuación empresarial solo puede ser percibida como hostil y ofensiva, en tanto que supone un claro desprecio a los derechos del trabajador (Art. 15.1 CDFUE. Derecho a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. art. 31.1 CDFUE. Derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad).

- Una decisión empresarial de despedir a un trabajador por causa de ejercer los derechos de recibir prestaciones sanitarias y económicas debiera entenderse que lesiona, también, ambos derechos fundamentales proclamados en la CDFUE, debiendo determinar la calificación judicial de nulidad del despido (Art. 34. CDFUE Derecho a la Seguridad social. Art. 35. Derecho a la Protección de la salud).

Sin embargo, no ha sido esta la postura mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia.

El recurso de suplicación planteado sobre el pronunciamiento antepuesto revoca la misma y desestima la demanda en cuanto a su petición principal (declaración de nulidad); no así sobre la pretensión subsidiaria, declarando la improcedencia del despido.

Ha sido la STSJ Cataluña 12 junio 2017, n.º rec. 2310/2017, la que se ha ocupado de esta materia. Sus razonamientos:

- La aplicación de la doctrina jurisprudencial y constitucional preexistente sobre la calificación del despido en supuestos de incapacidad temporal al caso concreto no permite albergar ninguna duda de que el despido no fue discriminatorio, ni vulnerador de ninguno de los derechos fundamentales, ni tampoco los no fundamentales que se citan, ni por tanto está viciado de nulidad. La situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor cuando fue despedido, al margen de cuál fuera la intencionalidad de la empresa, solo permite calificarla de despido improcedente, pues no se trata de un supuesto en el que el factor enfermedad se haya tomado en consideración como un elemento de segregación. Parece entonces evidente, que habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo que presumiblemente era leve y que curó en un plazo más que razonable en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin

secuelas, a la única conclusión que puede alcanzarse, “en tanto que la sentencia ahora recurrida, no ha introducido ningún elemento diferenciador relevante, es la que recogía nuestra anterior sentencia, y la que describe la sentencia de la Sala IV del TS que la confirma, y en definitiva, en el presente caso, debemos señalar que a juicio de esta Sala, la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral”.

- La situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta (y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni en el momento anterior a dictarse la sentencia), a la única conclusión a que lleva es que se encontraba en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera, pues entre el accidente de trabajo y el despido apenas había pasado 1 mes y 23 días y además fue dado de alta médica sin secuelas el 20 de julio de 2015. En el supuesto enjuiciado, la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone dicha resolución ni tiene cabida a efectos de tutela en la Directiva 2000/78, ni por consiguiente la empresa pudo cometer con el despido por esta causa ningún tipo de discriminación.
- No se ha acreditado que existiera una amenaza constitutiva de una conducta que ponga en riesgo la salud, lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional.
- Como quiera que no aparecen entre las causas de nulidad el fraude de ley, tampoco es posible reconducir el supuesto a figuras que están previstas para despidos discriminatorios o atentatorios de otros derechos fundamentales. La nulidad por falta de causa en los despidos colectivos no se puede ni

debe trasladar a los casos de despido individual porque el colectivo tiene su propia regulación y consecuencias, y lo que en el colectivo se protege son los intereses generales y no particulares, que sin duda están más necesitados de protección que el interés individual que se encuentra siempre en un plano inferior.

En igual sentido, declarando la improcedencia del despido también se ha sostenido:

- Que en el momento del despido, cuando todavía se encuentra el trabajador en situación de incapacidad temporal, nada permite dudar, a falta de prueba alguna en contrario, de que su recuperación le permitirá continuar su vida laboral. Por consiguiente, no puede aceptarse que cuando fue despedido el demandante fuera un discapacitado o que sin duda alguna lo fuera a ser, y que precisamente por ello le despidieron, dispensándole por ello un trato desigual respecto a los trabajadores plenamente sanos (STSJ País Vasco 25 abril 2017, n.º rec. 807/2017).
- El seguimiento de la doctrina jurisprudencial precedente (SSTSJ Cataluña 26 septiembre 2016, n.º rec. 3229/2016 y Asturias 30 marzo 2017, n.º rec. 509/2017).
- Y la falta de la consideración de discapacitada de la trabajadora, por cuanto no puede calificarse de duradera la situación de incapacidad temporal, y por ende incluida en el concepto de discapacidad, cuando la trabajadora hubiera vivido dos momentos de incapacidad temporal, uno de dos meses de duración por bronquitis y otro de un mes por accidente de trabajo (STSJ Cataluña 3 abril 2017, n.º rec. 7641/2016).

En sentido contrario, esto es, albergando la nulidad del despido se fundamenta:

- Los hechos denotan una estrecha relación, cuando menos cronológica, entre las bajas del trabajador y

la extinción de su contrato susceptible de conculcar el derecho fundamental a la igualdad y a la integridad física que recogen múltiples sentencias de Tribunales especiales.

Este debate sobre la calificación de nulidad del despido si el trabajador está de baja por incapacidad laboral (baja médica) ha sido resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la cuestión prejudicial planteada ante el mismo por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, en el sentido de que es discriminatorio y debe ser nulo en lugar de improcedente.

El trabajador tiene derecho a no ser despedido sin justa causa. "Una decisión empresarial de despedir a un trabajador por causa de ejercer derechos tan fundamentales como el de recibir prestaciones sanitarias y económicas, en situación de incapacidad temporal por causa de un accidente de trabajo, debiera entenderse que lesiona, también ambos derechos fundamentales proclamados en la CDFUE, debiendo determinar asimismo la calificación judicial de nulidad del despido por atentar a tales derechos fundamentales" (STSJ Madrid 5 julio 2017, n.º rec. 463/2017).

No parece, sin embargo, que vaya a ser esta última la postura predominante entre los Tribunales.

Las dudas albergadas o los conceptos abiertos contenidos en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea auguran que será el escrutinio pormenorizado acerca de la concurrencia de las siguientes exigencias:

- Enfermedad duradera o de la larga duración (incluida en el concepto de discapacidad).
- Extinción del contrato que constituya una discriminación.
- Valoración sobre los ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades y que estos no supongan una carga excesiva para el empresario.

- Y que la diferencia de trato constitutiva de discriminación no se soporte sobre un objetivo legítimo, esto es, que no responda efectivamente a un objetivo de interés general, sea necesaria y no constituya una carga desmesurada.

Las que perfilarán la posición dominante.

Actuará en primer lugar el complejo debate sobre la durabilidad de la enfermedad o incapacidad al objeto de su adecuado encuadre en el concepto de discapacidad. Para acto seguido acoger el posicionamiento acerca del elemento discriminatorio y, en su caso, la posible justificación de este, en tanto que prevalece una carga excesiva para el empresario o se soporte sobre un interés u objetivo legítimo.

Aun cuando cabría manifestar que estos nuevos pronunciamientos pudieran conducir a un cambio de la doctrina jurisprudencial vertida sobre la calificación del despido ante situaciones de incapacidad temporal, todo apunta a que no será tal o al menos drástica. Abocando al complejo debate sobre el marco de un concepto jurídico indeterminado de innumerables aristas (Desdentado Daroca, 2017, BIB 2017\1107).

Como ha señalado algún sector de la doctrina no es arriesgado aventurar un incremento notable de la litigiosidad en esta materia (Rodríguez Cardo, 2016, LA LEY 9625/2016). La concreción compleja de las líneas marcadas conducirá inexorablemente a ese resultado.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Arenas Viruez, M. (2011): "La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia", *Relaciones Laborales*, núm. 1, LA LEY 15442/2010.
- Azagra Solano, M. (2011): "Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, BIB 2011\720.
- Castiella Sánchez-Ostiz, J. (2017): "El despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal podrá

- ser declarado nulo por discriminatorio", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, BIB 2017\727.
- 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", *Información Laboral*, núm. 3, BIB 2017\1107.
- Dueñas Herrero, L. J. (2017): "¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 200/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, pp. 425-449.
- Fernández Docampo, B. (2014): "La salud del trabajador como causa de discriminación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, pp. 71-93.
- Fernández Martínez, S. (2017): "Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi (1). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395/15, Daouidi", *Trabajo y Derecho*, núm. 28, LA LEY 2865/2017.
- Ginès i Fabrellas, A. (2010): "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, BIB 2009\2050.
- Martín Jiménez, R. (2008): "La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Pleno de la Sala), de 5 de noviembre de 2007. Sentencia núm. 720/07. Recurso núm. 3100/07) (AS 2008, 490)", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, BIB 2008\987.
- Molina Navarrete, C. (2015): "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso ring»", *Temas Laborales*, núm. 130, pp. 135-159.
- Montoya Melgar, A. (2009): "¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo? Comentario a la STC 62/2008,

- de 26 de mayo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 143.
- Moreno Cáliz, S. (2009): "Incapacidad temporal y despido disciplinario", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 21, pp. 47-57.
- Moreno Márquez, A. Ma (2010): "Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 11, pp. 117-127.
- Rodríguez Martín-Retortillo, R. (2017): "La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, BIB 2017\818.
- Rodríguez Cardo, I. (2016): "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", *La Ley Unión Europea*, núm. 43, LA LEY 9625/2016.
- Salcedo Beltrán, Ma del C. (2013): "Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 7, pp. 293-300.
- San Martín Mazzucconi, C. (2011), "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en Vv. Aa. *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, C. San Martín Mazzucconi y A. I. Pérez Campos (coord.^{as}) y A. V. Sempere Navarro (dir.), Madrid, Ediciones Cinca.
- 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", *Información Laboral*, núm. 5, BIB 2017\11172.
- Sirvent Hernández, N. (2012): "La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, BIB 2012\117.