

**PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DESPIDO POR INEPTITUD O  
DISCAPACIDAD: LA PROTECCIÓN GARANTISTA MULTINIVEL**  
**PRINCIPLE OF EQUALITY AND DISMISSAL FOR INEPTNESS OR  
DISABILITY: THE MULTILEVEL GUARANTEE PROTECTION**

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada.*

*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS)*

Artículo recibido el 1 de marzo de 2019

Artículo aceptado el 12 de marzo de 2019

**RESUMEN**

El marco normativo regulador vigente en materia de tutela de las incapacidades laborales frente al despido “objetivo” por ineptitud o discapacidad no es sólo insuficiente, sino también en muchos aspectos decididamente inadecuado, para garantizar el principio de igualdad y no discriminación. Sería necesario llevar a cabo una reforma legal finalista de orientación social del grupo normativo de referencia que garantice eficazmente la tutela frente al despido de trabajadores afectados de incapacidad o discapacidad para el trabajo a través de actuaciones ilegítimas (o más contundentemente discriminatorias) de los empleadores.

**PALABRAS CLAVE:** enfermedad, incapacidad laboral, discapacidad, ineptitud, discriminación, nulidad, despido, tutela multinivel, diálogo entre Tribunal de Justicia de la Unión Europea y tribunales nacionales.

## ABSTRACT

The regulatory framework in force in the area of guardianship of labour disabilities against "target" dismissal for inadequacy or disability is not only insufficient, but also in many respects decidedly inadequate, to ensure the Principle of equality and non-discrimination. It would be necessary to carry out a final legal reform of social guidance of the normative group of reference that effectively guarantees the guardianship against the dismissal of workers affected of inability or disability for work through illegitimate (or more forcefully discriminatory) actions by employers.

**KEY WORDS:** sickness, incapacity for work, disability, inadequacy, discrimination, nullity, dismissal, multilevel guardianship, dialogue between the Court of Justice of the European Union and national courts.

## SUMARIO

1. *El principio de igualdad y las incapacidades laborales como posible “causa” del despido por ineptitud o discapacidad.*
2. *Igualdad y no discriminación y despido de los trabajadores mayores: la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*
3. *Garantías legales en el ordenamiento español frente al despido por razón de enfermedad, discapacidad e ineptitud. Análisis crítico de lege data y propuestas de mejora de lege ferenda.*

*“El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo. La mayor parte de la que llamamos legislación protectora, es decir, legislación [...] sobre despido improcedente y, en general, la mayor parte de la legislación laboral en su conjunto, debe contemplarse en este contexto [...]”.*

OTTO KAHN-FREUND<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y nota preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, “*In Memoriam Jesús M<sup>a</sup>. Galiana Moreno*” por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2019, pág. 52.

## 1. El principio de igualdad y las incapacidades laborales como posible “causa” del despido por ineptitud o discapacidad

Las limitaciones psicofísicas sobrevenidas del trabajador pueden incidir negativamente en la capacidad para trabajar de modo diverso; es decir, con carácter temporal o definitivo y con carácter reversible o irreversible. El marco jurídico vigente establece un estatuto jurídico-protector diferenciado para diversas situaciones incapacitantes que se hace acompañar con niveles de tutela más débil o reforzada.

Las limitaciones psicofísicas de los trabajadores pueden afectar a su capacidad para trabajar, con independencia de su calificación jurídica en el marco de la incapacidad temporal (artículos 45 del ET; Normas de Seguridad Social sobre IT); la discapacidad (art. 2.a) del RD. Legislativo 1/2013, que define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencia previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>2</sup>); por los problemas derivados de limitaciones de los trabajadores especialmente sensible a los riesgos profesionales (art. 25 LPRL) y de cualquier otra situación jurídica o fáctica (o no declarada y por tanto no reconocida oficialmente) de reducción o disminución de su capacidad profesional<sup>3</sup>. Se trata de un punto de vista general de una restricción o limitación de la capacidad de realizar una actividad profesional.

El trabajador después de su paso por la IT puede quedar afecto de algún grado de incapacidad permanente (parcial, total, absoluta o gran invalidez), lo que, en el caso de la IP total, absoluta o gran invalidez, le puede convertir “*ex lege*” en una persona

---

<sup>2</sup> Se adopta así –en coherencia con el modelo de la Convención de la ONU– el modelo social abierto frente al modelo médico rehabilitador tradicional y estigmatizante de las personas con discapacidad.

<sup>3</sup> Véase, ampliamente, VV.AA.: *Tratado de Salud Laboral*, 2 tomos, Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P. (Dirs.), García Valverde, M.D. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2012, especialmente Tomo I, págs. 79 y sigs., 14 77 y sigs.; y Tomo II, págs. 465 y sigs. El marco jurídico de las distintas situaciones de limitaciones psicofísicas y de discapacidad se puede distinguir un en el ámbito laboral: 1) la situación de discapacidad genérica; 2) la situación de incapacidad laboral; 3) la situación de trabajador especialmente sensible; 4) la reducción significativa de la capacidad o discapacidad laboral no declarada (bien sean porque se no se han cumplido con los requisitos legalmente exigidos, o porque, cualquiera que sea la razón de ello, las padece el trabajador como realidad jurídico-fáctica). La discapacidad laboral, en el sentido más amplio de la expresión, comprensiva de cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de la actividad laboral, es susceptible de comprender un conjunto de limitaciones psicofísicas o pérdidas de la capacidad que los trabajadores puede sufrir de modo sobrevenido a lo largo de su ciclo de vida profesional. Y son situaciones de discapacidad laboral necesitadas de tutela, que han quedado, empero, más olvidadas o relegadas en su tratamiento jurídico, con controvertidas consecuencias de tutela protectora en el ámbito jurídico-laboral y de la Seguridad Social. Una perspectiva de conjunto al respecto, aparte de la obra antes citada, en GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísica*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, págs. 47 y sigs.

discapacitada pero en esta situación jurídica persiste su “derecho al trabajo” (Capítulo VI del RD. Legislativo 1/2013), y en particular derecho a la adaptación del puesto de trabajo (Art. 40.2 del RD. Legislativo 1/2013), salvo que esas medidas supongan excepcionalmente una carga excesiva para el empresario. Todo ello sin perjuicio del supuesto suspensivo *ope legis ex* art. 48.2 del ET, para el caso de que originariamente el órgano competente determine que la incapacidad permanente reconocida es reversible por mejoría.

En estos supuestos, por aplicación del marco regulador específico (RD. Legislativo 1/2013; RD 1451/1983, de 11 de mayo; art. 25 LPRL), el trabajador incapacitado o discapacitado tiene un derecho de reincorporación en la empresa de procedencia y de adaptación del puesto de trabajo.

Si no resultara posible o las medidas de adaptación supusieran una carga excesiva para el empleador, entonces el empleador puede activar el despido (decisión unilateral del empresario basada en una incapacidad o ineptitud para el trabajo presumiblemente definitiva) básicamente por dos vías: el art. 49.1.e) del ET (que prevé la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador – presupone su declaración administrativa a través del procedimiento pertinente; art. 194 LGSS- como posible causa de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario; y que no es aplicable al trabajador declarado incapacitado permanente parcial o con lesiones permanente no invalidantes; RD 1451/1983, de 11 de mayo; y el propio tenor literal del art. 49.1.e) del ET) y el art. 52.a) del ET (despido objetivo basado en la ineptitud sobrevinida del trabajador; y que por razones de economicidad obvias no será el utilizado por el empresario para el caso de que el trabajador sea declarado incapacitado permanente total, absoluto o gran invalidez).

En el marco normativo de regulación existe una “desacoplamiento estructural” de los grupos normativos reguladores del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social Además de la descoordinación de éstos sectores del ordenamiento jurídico con la legislación específica sobre discapacidad (Señaladamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009<sup>4</sup>, el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

---

<sup>4</sup> DO 2010, L 23, p.35; en lo sucesivo, “Convención de la ONU”, la cual establece que “Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la *denegación de ajustes razonables*”. Véase también la Comunicación de la Comisión Europea, “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020”, Bruselas 15-11.2010 COM(2010) 636 final; y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Observaciones del Comité sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas –Una nueva estrategia para las personas con discapacidad en la Unión Europea” (Dictamen de iniciativa) (2017/C 034/03), aprobado en el pleno 19/10/2016 Pleno nº. 520, que por cierto lamenta que la Unión Europea no haya ratificado todavía el

Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad de las personas con discapacidad y de su inclusión social, capítulo VI. “Derecho al trabajo”, etcétera).

Por otra parte, existe una fuerte tensión entre la política de promoción de la prolongación de la vida activa laboral y el marco regulador de los despidos que en muchos aspectos relevantes resulta disfuncional para el mantenimiento del empleo de los trabajadores mayores, que cuestiona la efectividad del derecho al trabajo y asimismo la lógica y la coherencia de las políticas de sostenibilidad del sistema de pensiones que apuesta por la prolongación y el retraso de la edad real de retiro/jubilación de los trabajadores maduros (o de edad avanzada). Reténgase, por ejemplo, el grupo normativo regulador formado por los artículos 52, 51, 54, 55, disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, sobre admisibilidad de las jubilaciones forzosas pactadas en convenios colectivos, etcétera<sup>5</sup>. Es, ésta, una normativa que no está pensada para la protección efectiva de los mayores frente a los despidos empresariales.

El principio que entra en juego aquí es sin duda el principio de igualdad y no discriminación. Este principio presenta distintas formas vinculadas al envejecimiento: la enfermedad (crónica o no), la discapacidad y la edad. Además, debe tenerse en cuenta que cuando se trata de enfermedades crónicas la perspectiva de género resulta ineludible, ya que son las mujeres quienes resultan más afectadas, lo cual puede dar lugar a situaciones calificables de discriminación indirecta<sup>6</sup>. En todos estos casos cuando la protección jurídico-social resulta deficiente se impone el reclamo del principio de igualdad y el test antidiscriminatorio. Como se verá el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha planteado que los despidos por enfermedad de larga duración que acaben por dificultar seriamente la reintegración laboral pueden ser declarados nulos por asimilarse a una situación objetiva de discapacidad laboral, con independencia de que el trabajador haya sido calificado oficialmente con un determinado grado de discapacidad por la

---

protocolo facultativo de la Convención. La “Estrategia Europea” insiste en la realización efectiva del principio de igualdad de las personas con discapacidad y la garantía de empleos de calidad que aseguren una independencia económica y fomentar los logros profesionales.

<sup>5</sup>En la redacción dada por la disposición final primera del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. Erradicando las discriminaciones por razón de discapacidad; y posibilitar que las personas con discapacidad tengan ingreso por actividades laborales en el mercado de trabajo “abierto” y con acompañamiento de medidas legales de apoyo al empleo y a la lucha antidiscriminatoria.

<sup>6</sup> En el sentido de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 3), en el RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículos 4.2.c) y 17.1, entre otros preceptos). Todos estos instrumentos jurídicos forman parte del Derecho antidiscriminación y del Derecho de acción positiva de fomento de la igualdad y no discriminación.

entidad competente para ello (STJUE de 11 de abril de 2013, Danmark, asuntos C-335/11 y C-337/11).

La centralidad en este ámbito discusivo la tiene ciertamente el principio de igualdad y no discriminación. Como se sabe, conforme al art. 14 de la Constitución “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Interesa retener que se trata de una fórmula de cláusula o textura abierta a otros motivos de discriminación aparte de los ejemplificativamente enunciados.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada a rango de Tratado de la Unión ex art. 61 del TUE), en cuyo art. 21.1 garantiza el principio de no discriminación, incluyendo la discapacidad y la edad. Y dentro de instrumento de garantía, el mismo art. 30 que garantiza el derecho a la protección contra el despido injustificado.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, de 2 de diciembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; La Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, sobre la implementación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios.

Reténgase también el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (art. 3, que incluye entre los principios: c) La no discriminación; e) La igualdad de oportunidades, en relación con el art. 2. Definiciones).

Interesa retener asimismo el art. 24 (“Derecho a protección en caso de despido”) de la Carta Social Europea Revisa y el “Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: “3 A efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (...) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión”. Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f).

Por su parte, el art. 4.2 del ET establece que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: “c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad...” Añadiendo que



“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”<sup>7</sup>.

En estas coordenadas de política del Derecho se sitúa el art. 17 (“No discriminación en las relaciones laborales”), cuando dispone que “Se considerarán 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 (...), a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo...” (Apartado 1).

A los efectos que aquí más interesan debe subrayarse que tanto los artículos 53.4 como 54.5 del ET disponen que la nulidad por móvil discriminatorio del acto de despido, “debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración [de nulidad] de oficio” (art. 53.4 del ET). Para ello se ha de servir de los indicios (prueba indiciaria) que permite acreditar ese móvil discriminatorio<sup>8</sup>.

Con todo, el principio de igualdad y no discriminación entra en juego tanto en los despidos individuales como en los de carácter colectivo.

---

<sup>7</sup> Lo cual nos remite al sistema de garantía establecido en el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Dedicar el capítulo VI al “Derecho al Trabajo” y el capítulo al “Derecho a la protección social”. Conforme al art. 36 Igualdad de trato: “Se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo”. Por su parte, el art. 37 (Tipos de empleo de las personas con discapacidad), dispone que: “1. Será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”. El importante art. 40 (Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo), establece que: “1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad. 2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

<sup>8</sup>En una perspectiva de teorización general, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; ORTEGA LOZANO, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido. Procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Ed. Laborum, 2019.

## **2. Igualdad y no discriminación y despido de los trabajadores mayores: la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

El art. 52.a) del ET (véase lo dispuesto en los artículos 120 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse “por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”. Esta causa de despido por circunstancias objetivas ha sido paradigmáticamente utilizado para la resolución del contrato de trabajo con base a las limitaciones de la capacidad laboral motivadas por enfermedad y accidente, sean de origen común o profesional, y de que dicha extinción contractual se produzca durante la IT como causa suspensiva o al margen de ella (de ordinario, en este último caso, agotado el periodo de IT).

La IT, como se sabe, es un supuesto típico de suspensión del contrato de trabajo (art. 45 del ET; artículos 169 y siguientes de la LGSS), pero ello no impide que el contrato pueda extinguirse válidamente por diversas causas, siendo especialmente controvertidos los supuestos de despido o extinción unilateral de contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario (despido objetivo, despido disciplinario, desistimiento durante el período de prueba).

En lo que aquí más interesa, aparte de los supuestos de despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo y del despido por absentismo (art. 52.b) y d) del ET), siempre ha sido problemática una posible extinción del contrato de trabajo a través del despido objetivo por ineptitud del trabajador durante o después de una IT (art. 52.a) del ET). En la IT no se puede prejuzgar la evolución de la enfermedad del trabajador, pudiendo ser dado de alta antes o una vez agotado el periodo máximo de duración de la misma o puede que antes de agotado el plazo se considere que el trabajador va a estar afectos de IP y deje la situación IT. Por otra parte, después de agotada la IT es posible que el trabajador tenga una reducción de significativa de su capacidad de trabajo que haya merecido o no una declaración de incapacidad permanente en cualquiera de los grados de IP total, absoluta o gran invalidez. En estos últimos casos estamos ante una persona discapacitada; y en el caso de IP parcial ante una situación de disfuncionalidad laboral (secuelas que suponen una reducción de su capacidad de trabajo; además, el trabajador ha podido presentar lesiones permanentes no invalidantes, que pueden tener efectos negativos sobre el trabajo pese a que no merecieron la calificación de uno de los grados de incapacidad permanente) que no goza del estatuto jurídico-protector otorgado al incapacitado permanente (incapacitado en ese concepto, porque el concepto de incapacidad va más allá lógicamente del tipo específico de discapacidad funcional que contempla instrumentalmente el sistema de Seguridad Social, como se deduce de una lectura atenta del artículos 2.a) y 4, apartados 1 y 2 del R.D. Legislativo 1/2013). En realidad, la calificación de una situación patológica de una



persona como incapacitante no está exenta en muchas ocasiones de un elevado margen de discrecionalidad excesiva, pues las fronteras de las llamadas lesiones permanentes no invalidantes y los grados de IP parcial o IP total (también entre sí) suelen ser difusas y discutibles en la praxis<sup>9</sup>.

En la experiencia jurídica los despidos por enfermedad están al orden del día aduciendo como fundamento la ineptitud del trabajador y su falta de rendimiento. Ahora bien, estos despidos por ineptitud tienen que cumplir con todos los requisitos de esta causa extintiva (de fondo, entre ellos que sea conocida o sobrevenida; la prueba necesaria de la incidencia en el nivel de rendimiento cuya carga recae en el empleador; su carácter permanente no meramente transitoria; y de forma y procedimiento) y no pueden ser discriminatorios o más ampliamente contrarios a los derechos fundamentales del trabajador. En tal caso, la decisión empresarial de despido deberá ser calificada de nula. En nuestro ordenamiento jurídico la IT no viene en sí misma configurada como causa justa de extinción contractual. Es una causa suspensiva con reserva de puesto de trabajo (artículos 45 y 48 del ET).

El problema práctica, la verdadera cuestión a dilucidar, es si el despido de un trabajador en IT debe calificarse como improcedente o nulo<sup>10</sup>. El despido basado en la IT es calificado de improcedente por el Tribunal Supremo. Pero aquí entra la doctrina del TJUE respecto a la enfermedad de larga duración equiparable o asimilada a discapacidad, pues entonces el despido deberá ser calificado de nulo (doctrina, ésta, que confiere, a pesar su avance, una tutela todavía débil por su carácter restrictivo). Esto abre un largo recorrido de posible revisión y replanteamiento de la doctrina restrictiva adoptada por el Tribunal Supremo<sup>11</sup>. La recepción de esta doctrina por los jueces y tribunales de nuestro país (dentro de un diálogo intenso, y tenso, entre las distintas instancias judiciales en el marco de una tutela garantista multinivel, las cuales interactúan entre sí en el espacio jurídico europeo conformado por diversos niveles para resolver controversias jurídicas<sup>12</sup>)

---

<sup>9</sup> En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8 (2016), pág. 32.

<sup>10</sup>En la redacción originaria del ET se establecía que “Cuando el empresario incumpliese los requisitos establecidos en este artículo la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. No obstante lo anteriormente establecido, la no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá en ningún caso subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha” (art. 53.4 del ET).

<sup>11</sup> Una revisión al respecto, en RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 120 y sigs.

<sup>12</sup>Sobre las bases jurídicas y la operatividad del sistema de garantismo multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre órganos jurisdiccionales en la Unión Europea, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nivel de protección” (Artículo 53), en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1397 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo,

está siendo ya muy compleja y controvertida. Esta amplitud del concepto de discapacidad efectuada por el TJUE está llamada imperativamente a incidir significativamente en todas las legislaciones de los Estados miembros. Y muestra su carácter de concepto en evolución vinculado al desarrollo cambiante de las necesidades sociales y a sus derechos fundamentales. A ello ha contribuido el enfoque y la concepción amplia establecida en la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su ratificación, aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Que centra su atención en la tutela de la persona en sí misma (empoderándolas, incrementando su capacidad de adaptación, transformación y crecimiento frente a la adversidad; en el fondo es promover la resiliencia como capacidad en la interacción de la persona con su entorno)<sup>13</sup> y frente a terceros (garantías de igualdad y no discriminación).

Es el sistema constitucional de nuestro art. 14 CE acoge una cláusula de *textura abierta* al hacer referencia a “cualquier otra circunstancia personal o social” para abordar la problemática de la conexión entre enfermedad y prohibición de discriminación. Esa textura abierta se infiere también del tenor del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De este modo, según el TJUE, la enfermedad de larga duración podría ser discapacidad laboral y un factor discriminatorio determinante de la nulidad del acto extintivo. No obstante, el Alto Tribunal comunitario señala que ninguna disposición de los Tratados fundacionales contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad, y que tampoco el Derecho derivado de la Unión consagra un principio de no discriminación por razón de la enfermedad en el ámbito del empleo y de la ocupación; concretamente la Directiva 2000/78/CE no lo menciona. De manera que, en definitiva, para el TJUE, la enfermedad como tal no puede añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación. Pero matiza que la enfermedad no es asimilable a discapacidad, y sin embargo: en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la enfermedad del trabajador acarreará 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 enfermedad podría

---

2009, págs. 163 y sigs., *passim*; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, págs. 137-212); y con el valor añadido de la implicación directa en la justicia constitucional, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos laborales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016, págs. 61 y sigs.; SALCEDO BELTRÁN, C.: “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 47 (2009), págs. 45 y sigs.; SALCEDO BELTRÁN, C.: “Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 64 (2013), págs. 119 y sigs.

<sup>13</sup>Véase Recomendación OIT, núm.205 (2017), sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, que lo define en términos muy amplios.

estar incluida en el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Así sería, en particular, si la enfermedad impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional. Es así que atendiendo a las circunstancias cualificantes del supuesto de hecho (larga duración de la patología que incidan en las dificultades persistentes para realizar el trabajo) la enfermedad podría ser un factor discriminatorio. Pero de no ser así su incidencia negativa en el rendimiento podría legitimar el despido por ineptitud sobrevenida. En todo caso, si estuviéramos ante una discapacidad o enfermedad asimilada a discapacidad entraría en juego la obligación de realizar ajustes razonables como medida laboral previa y necesaria a la adopción de medidas extintivas del contrato de trabajo. A igual resultado se llegaría de considerar que estuviéramos ante trabajadores especialmente sensibles a efectos de prevención de riesgos laborales ex art. 25 LPRL (Este enfoque fue mantenido especialmente en SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, y de 18 de marzo de 2014, Z.; y matizadamente respecto a la obesidad como posible factor discriminatorio por la STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13, Karsten Kaltoft).

En la perspectiva de la extinción contractual por ineptitud la cuestión decisiva será determinar cuándo el despido obedece a una causa discriminatoria más allá de la motivación expresada formalmente en las razones de vinculadas a la disminución del rendimiento del trabajador. Habría que pensar seriamente que ante despidos sin causa en IT se optará decididamente por la calificación de nulidad, y lo mismo cabría decir respecto a los supuestos diversos en los que se incumple infundadamente una obligación empresarial de adaptación o cambio de puesto de trabajo.

En verdad no se están tan sólo ante un problema de equilibrio de intereses en juego cuando están en juego derechos fundamentales específicos (derecho al trabajo) e inespecíficos (dignidad e igualdad y no discriminación de la persona en IT). Su punto de vista conduce directamente hacia la monetización/mercantilización de los términos del debate.

También durante la IT se recurre al despido disciplinario por falta de rendimiento, lo que en la práctica se suele reconducir en jurisprudencia reiterada a la calificación del despido improcedente. Lo mismo cuando tras la IT el trabajador se reincorpora a su puesto de trabajo en la empresa. Sin embargo, si el trabajador es discapacitado y no hay causa seria para el despido o no se ha cumplido el deber de adaptación el despido deberá ser calificado como nulo.

La nulidad del despido se impone cuando se trata de una reacción/represalia ante la negativa de un trabajador a reincorporarse forzosamente al trabajo durante la IT. En estos casos entra en juego el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), el

cual sirve de fundamento al trabajador para resistirse ante ese tipo de pretensiones empresariales y determina la nulidad una posible represalia ante una orden ilegal y constitucionalmente ilegítima<sup>14</sup>. Dichas presiones existen en la práctica para la misma reincorporación a través de amenazas veladas o explícitas a través de los controles disciplinarios en IT, con medios de control empresarial que cuestionan derechos fundamentales del trabajador<sup>15</sup>.

Por otra parte, según el art. 278 LRJS, una vez declarada la ilegitimidad del despido (improcedencia o nulidad), cabe rechazar una interpretación literal del precepto que conduciría a una consecuencia irrazonable y absurda (incorporación supuestamente necesaria del trabajador aunque esté de baja en IT). El Tribunal Supremo, con acierto, ha declarado que para un trabajador en IT ese plazo legal se inicia desde el alta médica, y no desde la fecha de notificación de la sentencia, por tanto no existiría incumplimiento empresarial mientras el trabajador permaneciese en IT (STS de 18 de octubre de 2000, RJ 2000, 9680)<sup>16</sup>. Por supuesto, el trabajador en situación de IT tampoco incumple ninguna obligación jurídica de incorporación en la empresa de procedencia y tiene derecho a negarse a cualquier orden del empresario en ese sentido antijurídico.

Despido e IT son institutos jurídicos que mantienen entre sí una fuerte tensión, toda vez que la IT presupone una situación de enfermedad necesitada de asistencia sanitaria y (y normalmente, aunque no siempre, porque el trabajador puede estar incapacitado sin derecho a prestaciones económicas por no reunir el periodo mínimo de cotización, no estar al corriente en el pago de las cuotas, etcétera) de un subsidio económico sustitutivo de las rentas de activo como situación protegida dentro del Sistema de Seguridad Social;

---

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2017, págs. 126-127, con apoyo en la argumentación de MORENO MÁRQUEZ, A.: “Nulidad del despido en los casos de reincorporación FORZOSA del trabajador en incapacidad temporal”: el derecho a la salud en juego”, en *Aranzadi Social*, núm. 11 (2010).

<sup>15</sup> Véase la obra actual de referencia doctrinal de LÓPEZ INSÚA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Ed. Comares, 2014, espec., págs. 340 y sigs.; *Ibid.*, *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Ed. Comares, 2015, espec., págs. 45 y sigs., y 105 y sigs., *passim*. También, como resulta evidente, de referencia doctrinal las anteriores y muy conocidas aportaciones de TORTUERO PLAZA, J.L.: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho/Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1987; TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, Ed. Fundación MAPFRE, 1996; GARCÍA NINET, I.: “La incapacidad temporal”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo II, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999. Un libro exhaustivo sobre la materia en el marco más amplio de las incapacidades en su conjunto, con importantes intervenciones de acreditados especialistas, es el publicado por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ed. Laborum, 2017, 1215 páginas.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 127.

una situación jurídica que se encuadra, al propio tiempo, en el ordenamiento laboral como una de las causas típicas de suspensión del contrato de trabajo. Siempre ha sido problemática la doctrina dominante en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional sobre la consideración de tales despidos como no discriminatorios; aunque hay que advertir que la cuestión no ha sido nada pacífica en la doctrina judicial de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales Superiores de Justicia. Y en el fondo de todo ello lo que subyace es el dato jurídico y fáctico de que las soluciones dominantes no acaban siendo satisfactorias. No acaba de ser razonable desde el punto de vista técnico-jurídico y de “justicia social” (vale decir, del trabajo decente o digno) que un despido basado exclusivamente en la enfermedad y por tanto sin una mínima causa seria y objetiva de despido puede ser calificado sin más como improcedente y no nulo con todas sus consecuencias lógico-jurídicas. En este sentido el TJUE viene consagrando una doctrina consolidada (al menos de modo nítido desde 2013) en el sentido de que al menos en los despidos durante una IT de larga duración y de pronóstico incierto tales despidos deberían ser calificados de discriminatorios porque la situación del trabajador se asimila jurídicamente a una “discapacidad” presunta (que se verá o no confirmada, atendiendo a su evolución, con una declaración de discapacidad permanente –que puede ser reversible– por el organismo nacional competente para realizarla).

El TJUE entiende que una incapacidad temporal de larga duración puede ser “discapacidad” en determinadas circunstancias. Y por tanto: deja a los jueces y tribunales nacionales la decisión de determinar si un despido durante una incapacidad temporal puede ser nulo en tanto que discriminatorio por razón de discapacidad.

La STJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395-15. Mohamed Daouidi, *operando un giro hermenéutico* resuelve en el marco de un procedimiento prejudicial, sobre la posible vulneración de la Directiva 2000/78/CE-, relativa a la Igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en sus artículos 1 a 3. Se analiza el sentido de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad y cuando cabe considerar la existencia efectiva de una “discapacidad” –concepto de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo” –CDFUE, artículos 3, 15, 21, 30, 31, 34 y 35-. Apreciando el Alto Tribunal comunitario que en caso de concurrencia se comprobara que el despido es por razón de discapacidad entonces éste debería de ser calificado como despido discriminatorio. De ahí que el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, conforme al Derecho nacional, de larga duración o de duración incierta, podría considerarse que en el marco de la incapacidad temporal existiría una situación calificable de “discapacidad”. En el deslinde entre IT por enfermedad simple y entre IT por enfermedad cualificada por discapacitante pesa sin duda el elemento cronológico o temporal (larga duración) y el elemento de fondo subyacente (perspectivas de evolución o de recuperación incierta), que determinan una enfermedad asimilada a discapacidad o una discapacidad presunta (durante la situación jurídica de IT todavía no se ha podido resolver en el sentido de declarar una incapacidad permanente, pues de ser así el trabajador dejaría de estar en situación de IT y pasaría a la situación específica de IP en

alguno de sus grados). [La extinción del derecho al subsidio por IT se extinguirá, entre otros motivos, por la “declaración de incapacidad permanente” ex art. 174.1 LGSS, que por cierto el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de permanente que corresponda puede dilatarse en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral en los términos previstos en el art. 174.2 LGSS] En una IT de larga duración no se puede prejuzgar, en principio, si acabará o no en una declaración de incapacidad permanente en algunos de sus grados o determinadas reducciones de capacidad. El elemento de la “temporalidad” va unida a la situación protegida y se mantiene y se agota si se alcanza a vislumbrar una recuperación; y si no hay perspectivas de recuperación se planteará el problema de agotamiento sin recuperación (lo cual es muy frecuente; basta reparar en las recaídas en IT) y la posibilidad de pedir una Incapacidad permanente. Pero sí que la incapacidad para trabajar se va a dilatar en el tiempo y de ordinario con un pronóstico incierto. A menudo ello se reflejará también en la constatación de un cuadro patológico de continuas recaídas y bajas médicas en situación de IT. En un planteamiento que puede ser contrario se ha afirmado que “La alteración de la salud no tiene porqué ser presumiblemente definitiva, pues la situación puede ser reversible o irreversible”<sup>17</sup>.

Es una Sentencia, ésta que ya ha ocasionado una importante controversia en la doctrina (incluido el pronunciamiento de la Sentencia nº 472/2016, de 23 de diciembre, del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, que después se analizará, que es el que precisamente había realizado la petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 267 TFUE).

El TJUE parte de la premisa de que ha sido incorporada al Derecho de la Unión Europea la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010) (En adelante, Convención de la ONU). En su Preámbulo dicha Convención de la ONU dispone que “Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Preámbulo, letra e) de la Convención).

La Convención de la ONU define lo que entiende por discriminación: “Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos

---

<sup>17</sup> DUEÑAS HERRERO, L.J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidide 01-12-2016”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5 (2017), págs. 425 y sigs., en particular, pág. 427.



político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (art. 2.4 Convención de la ONU; Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, Considerandos 17 y 20, y art.5)<sup>18</sup>. No se trata de imponer el mantenimiento del puesto de trabajo en cualquier caso respecto a la persona discapacitada sino de facilitarle el empleo realizando aquellos “ajustes razonables” si ello es posible y razonable tanto respecto al fondo de los ajustes a realizar como respecto a la racionalidad económico empresarial del coste para llevarlos a cabo (no hay discriminación si el empleador poner de relieve que objetivamente no le es posible hacer adaptaciones en el puesto de trabajo –ni dispone de otros puestos de trabajo–; o bien el hacerlo pueda suponer un coste excesivo, concepto jurídicamente indeterminado que en caso de conflicto tendrá que resolverlo el juez y recayendo la carga de la prueba en la posición jurídica del empresario) (art. 10, relativo a la “Carga de la prueba” de la Directiva 2000/78/CE)<sup>19</sup>.

Por su parte, los artículos 11, 12, 15 y 31 de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe explícitamente la discriminación por motivos de discapacidad.

No obstante, ni la Convención de la ONU ni la Directiva 2000/78/CE definen en sí misma lo que se haya de entender por “discapacidad” (más allá de que el Preámbulo de la Convención de la ONU, letra e), refiere a la discapacidad como “concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”). Por otra parte, es significativo –y problemático– que la Directiva 2000/78/CE no incluya expresamente a la “enfermedad” entre los motivos o causas de posible discriminación objeto de cobertura protectora. Pero, es verdad, que no es una lista clausurada o cerrada. En cualquier caso el articulado de la Directiva 2000/78/CE se limita a describir la “discapacidad” como motivo de discriminación, pero no prejuzga la causa de la discapacidad.

No es baladí hacer nota, ya inicialmente, que en tales casos existe una facilitación de la carga de la prueba a través de la prueba de indiciaria o prueba de presunciones que

---

<sup>18</sup> Conforme al art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas discapacitadas, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro so discapacidades”.

<sup>19</sup>Según el art. 10.1 de la Directiva 2000/78/CE, “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio *alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta*”.

expresamente está recogida en el art. 31 de la Directiva 2000/78/CE, cuando señala que “Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demanda...”<sup>20</sup>.

En el supuesto de hecho de la sentencia el trabajador encontrándose en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo, el trabajador es objeto despido disciplinario<sup>21</sup>. El interesado presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, cuya pretensión principal es que se declare la nulidad de su despido con arreglo al art. 108.2, de la Ley 36/2011, por entender, básicamente, que el despido tuvo por causa o motivo real su situación de incapacidad temporal derivada de su accidente de trabajo, siendo por ello discriminatorio y guarda relación, por tanto, con el concepto de discapacidad con arreglo a la Directiva 2000/78/CE y a la Sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222). Subsidiariamente el trabajador solicitó a ese Juzgado que declarase el despido improcedente con arreglo al art. 108. 1 de la Ley 36/2011.

El Juzgado de lo Social plantea varias cuestiones prejudiciales: 1) ¿El despido en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- derivada del accidente laboral es contrario a la prohibición general de discriminación proclamada en el art. 21.1 de la CDFUE?; 2) ¿Debe ser interpretado el art. 30 CDFUE en el sentido que la protección que debe otorgarse a un trabajador objeto de un despido manifiestamente arbitrario y carente de causa, debe ser la prevista en la legislación nacional para todo despido que vulnere un derecho fundamental?; 3) Dicho despido ¿entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” –con motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78- la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal –de duración incierta- por causa de un accidente laboral?”, lo que conduciría al que el despido fuese declarado nulo con todas sus consecuencias.

El TJUE descarta entrar a considerar cuestiones que a su entender no estén comprendidas dentro del Derecho de la Unión (art. 51 CDFUE), con referencia a la STJUE de 27 de marzo de 2014, Torralbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014: 187, apartado

---

<sup>20</sup> Sobre la operatividad jurídica de la facilitación de la carga de la prueba en los casos de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 1994.

<sup>21</sup> No deja de ser de interés la doctrina que estableciera la STS de 31 de enero de 2011, RJ 2011/922, que declaró la nulidad del despido por violación del derecho a la integridad física del trabajador enfermo en IT que fue objeto de presión por el empresario para que se reincorporase en la empresa. Y en el caso de autos (Daouidi) la empresa se dirigió al trabajador en situación de baja interesándose sobre la reincorporación, lo cual pudiera entenderse como una cierta presión o persuasión, porque la empresa debería atenerse sin más a la persistencia de la baja médica en el marco de la IT.

40)<sup>22</sup>. En tales circunstancias, hay que declarar que el Tribunal de Justicia es incompetente para responder a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales.

Ahora bien, el TJUE sí que entra a considera la quinta cuestión prejudicial vinculada a la discriminación directa por discapacidad. Al efecto, al Alto Tribunal entiende que (fjº.40 y 41) que la Unión Europea aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de aquélla, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véase la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 73 y jurisprudencia citada). De ello se sigue que dicha Convención de la ONU puede ser invocada para interpretar esta Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención (véanse las SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C: 2013;222, apartado 32, y de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C: 2014: 159, apartado 75). Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el TJUE ha estimado que 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 (ver cita sentencias p. 13). La Directiva 2000/78 comprende, en particular, las discapacidades debidas a accidentes. Por tanto, si un accidente 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, puede estar incluido en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78* (Véase, por analogía, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C; 2013:222, apartado 41, y apartado 40).

EL TJUE recuerda, de nuevo, que la Convención de la ONU *no define el concepto del carácter “a largo plazo” de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*. Tampoco la Directiva 2000/78/CE define el concepto de “discapacidad” ni establece el de limitación “duradera” de la capacidad *de la persona con arreglo a dicho concepto (fj. 49)*. *El TJUE declara que corresponde al órganos jurisdiccional nacional comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter “duradero”, ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico” (fj. 55)*. En relación a ello, entre los *indicios* que permiten considerar que una limitación es “duradera” 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 finalidad a corto plazo* o,

---

<sup>22</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ámbito de aplicación de la CDFUE (Artículo 51)*, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1301 a 1339.

como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (fj. 56). A este propósito, en la comprobación del carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente 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 (fj. 58).

Y recuerda que en caso de que el juzgado remitente llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del trabajador es “duradera”, hay que recordar que un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al art.2, apartado 1, de la misma Directiva (véanse las SSTJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 48, y de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 71).

De ahí que en coherencia el TJUE declare en su fallo:

“-El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente *no significa, por sí sólo*, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de “duradera”, con arreglo a la definición de “discapacidad” mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009”. [De este modo enfermedad y discapacidad no son categorías jurídicas equivalentes, ni a efectos de la Convención de la ONU ni de la Directiva 2000/78/CE sobre discriminación por motivos de discapacidad. Ello es así, porque lo relevante, viene a señalar el Alto Tribunal comunitario, es que se constate que el trabajador en IT padece una enfermedad duradera o de larga duración –curable o incurable-<sup>23</sup>determinante de una situación calificable de discapacidad]. Para el Alto Tribunal no se puede asimilar enfermedad y discapacidad, como tampoco incapacidad temporal y discapacidad, pues lejos de cualquier identificación automática, pues se requiere una situación de enfermedad de larga duración, cuyo pronóstico sea incierto y provoque una situación de falta de integración sociolaboral. En tal caso el trabajador no puede ser objeto de discriminación en el empleo ni tampoco de despido, pues estos actos deberán ser calificados de nulos de pleno derecho como se impone deducir del art. 14 CE, art. 5 de la Directiva 2000/78/CE y del art. 17 del ET, entre otras disposiciones que prohíben

---

<sup>23</sup> Véase STJUE de 11 de abril de 2013, Asunto Ring y Skouboe Werge (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), que con referencia a la Directiva 2000/78/CE entiende que la tutela frente a la discriminación por discapacidad conferida por la Directiva 2000/78/CE, comprende una situación jurídica causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable cuando dicha enfermedad ocasiona 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 la referida limitación es de larga duración o de duración incierta.

los actos discriminatorios. Es lo cierto que con arreglo a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (incorporada al ordenamiento de la Unión Europea por Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), se impone una definición funcional o estipulativa de discapacidad tanto a efectos de integración sociolaboral como propiamente antidiscriminatorios.

“- Entre los *indicios* que permiten considerar que tal limitación es “duradera” 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”. Estos indicios son fundamentales a efectos de verificar que la situación de incapacidad del trabajador va más allá de la simple enfermedad entrando en el campo de ese estado jurídico duradero y de pronóstico incierto que configura la discapacidad sobrevenida en el marco de la relación laboral.

“- Al comprobar ese carácter “duradero”, el juzgado remitente 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”.

Así en una situación de IT (que presupone enfermedad o atención de la salud con necesidad de asistencia sanitaria) el trabajador que padece una enfermedad de larga duración (o de duración incierta) y que presenta limitaciones (o anomalías) funcionales que pueda prolongarse significativamente aún después de agotada la IT puede considerarse como persona discapacitada y el despido pudiera ser considerado como presuntamente discriminatorio. Desde esta perspectiva la enfermedad de larga duración - o de carácter crónico- se asimila a la discapacidad determinando que el acto de despido ex art. 52.a) del ET durante la IT sea entonces calificado de discriminatorio<sup>24</sup>. De manera que aunque el deslinde entre enfermedad y discapacidad es apreciable técnicamente, en determinados casos (y sin admitir la confusión o identificación entre enfermedad y discapacidad) la enfermedad cualificada (por su duración, carácter incierto o carácter crónico) entrañará una situación de discapacidad y un despido del trabajador en esa situación de enfermedad cualificada deberá ser considerado como discriminatorio y por tanto nulo. No se trata de que todo despido por enfermedad suponga una vulneración de derechos fundamentales o tenga en particular un carácter discriminatorio, sino de entender que un despido de un trabajador en IT que sufre una enfermedad cualificada (en los términos de la doctrina reiterada del TJUE) y lo que se aduce sin más es un problema de rentabilidad o productividad sea merecedor de la calificación de nulidad con todas sus consecuencias lógico-jurídicas, y no como improcedente (lo que comporta una tutela débil que se reconduce fácilmente a despido “*ad nutum*” indemnizado).

---

<sup>24</sup> Respecto al a STJUE de 11 de abril de 2013, Caso HK Danmark, que debería hablarse de “enfermedad asimilada” a discapacidad. En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866 (2013), págs. 1-3.

El art. 1 de la Convención de la ONU aporta un concepto de discapacidad funcional y social (noción que va, evidentemente, más allá –o es más amplia- de la noción de incapacidad laboral a efectos de Seguridad Social), a señalar que son personas con discapacidad aquella “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 que las demás”. Una vez ratificada dicha Convención por la Unión Europea, esta concepción de la discapacidad de textura abierta fue acogida por la importante STJUE de 11 de abril de 2013, asunto Ring., pero salvaguardando la frontera que separa enfermedad y la discapacidad que no pueden confundirse, pues contempla una situación jurídica compleja, a saber: la enfermedad de larga duración, de pronóstico incierto o de carácter crónico *que genera limitaciones significativas* en la capacidad profesional del trabajador es la que puede llegar a ser calificada de incapacidad presunta.

Lo primero que debe recordarse es que durante la Incapacidad Temporal el trabajador está en situación de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.c) del ET, que configura la incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión contractual). La segunda, que la IT presupone de suyo que no existe todavía un pronunciamiento sobre posibles secuelas determinantes de una posible incapacidad permanente para el trabajo en ninguno de sus niveles o grados tipificados en la LGSS. La tercera que difícilmente se puede dar lugar a una causa de despido disciplinario por falta de rendimiento voluntario (“disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado” ex art. 54.2.e) del ET). La cuarta, que al menos es seguro que sin causa tales despidos deberían de adjetivarse paradójicamente de “despido por enfermedad” sin más, teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia (constitucional y del Tribunal Supremo) no considera que la enfermedad sea una de las causas de discriminación ex art. 14 CE (en relación con el art. 49 del texto constitucional). El art. 14 CE podría admitir una interpretación más abierta que la actualmente imperante. Además, el art. 49 CE realza la obligación de los poderes públicos de garantizar “el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

La quinta consideración tiene que ver con la posible consideración de una incapacidad en cuyo marco se opera una “discapacidad” no calificada como incapacidad permanente. Y entonces hay que entrar en toda la argumentación de relevancia para el Derecho de la UE en los términos del propio TJUE y en la regulación de nuestro RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El RD. Legislativo 1/2013 define lo qué ha de entenderse por “discapacidad” indicando que “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 2). Importa retener que la propia definición implícitamente está previendo la posible situación de reversibilidad de las deficiencias. Y la concordancia con la



Convención de la ONU es relevante, porque como se observa en el Preámbulo del RD. Legislativo 1/2013, la tarea de refundición “ha tenido como referente principal a la mencionada Convención Internacional” (Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad). Es una definición jurídica funcional de carácter general que no queda condicionada necesariamente a la declaración oficial de un específico grado de minoración psicofísica de la persona. Serán las normas de desarrollo reglamentario las que establezcan a sus efectos instrumentales la intensidad o grado de discapacidad. Ahora bien: La noción legal de “persona discapacitada” exige *hic et nunc* la declaración formal administrativa de su reconocimiento en un determinado grado (RD 1971/1999, de 23 de diciembre; al que habrá que revisar seguramente en una nueva regulación (La norma reglamentaria prevista por esta ordenación legal no ha sido dictada todavía. Ahora bien, interesa aclarar que una cosa es que no haya un nuevo baremo o reglamento de la declaración de discapacidad después de 2013, y otra cosa distinta es que no se disponga de uno en vigor).

En coherencia se delimita cuáles son los sujetos titulares de los derechos a través de dos técnicas normativas: Por un lado, mediante de una delimitación directa: “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (art. 4.1); y por otro, mediante una delimitación por remisión a las normas calificadoras la incapacidad profesional de la Seguridad Social, a saber: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensiones de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad” (art. 4.2).

Por tanto, el RD. Legislativo 1/2013 emplea básicamente un concepto de hecho para ser titulares de los derechos, sin perjuicio de equiparar a dicha situación de hecho o fáctica los casos en que por virtud de resolución administrativa del órgano competente o por una sentencia judicial se haya reconocido una incapacidad en un grupo determinado. Y adviértase que la acreditación del grado de discapacidad se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y tendrán validez en todo el territorio nacional<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M.: “Principios generales y ámbito de aplicación de la Ley”, en VV.AA.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Arenas Escribano, F. y Cabra de Luna, M.A. (Coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2015, págs. 126-126. Para Carmen Navarro Martínez del estudio de la regulación del derecho a la igualdad en el RD. Legislativo 1/2013, particularmente ahora desde la óptica del derecho comunitario, conviene destacar los siguientes aspectos relevantes: 1º. La definición *no médica* de las personas con discapacidad. Las normas de Derecho antidiscriminatorio necesitan la referencia de una definición social de la discapacidad, es decir

Pero, nótese, es una situación de hecho de relevancia y acotamiento estrictamente jurídico (centro de imputación normativa).

En el fondo el RD. Legislativo 1/2013, lo que establece es todo un sistema de *garantías reforzadas*, partiendo de un hecho incontestable: “Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que al modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad” (Exposición de Motivos).

Pero es importante hacer notar que el RD. Legislativo 1/2013 (como lo había hecho ya la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), se enmarca en la lógica del modelo social de la discapacidad (discapacidad social), superando así el modelo médico o rehabilitador (discapacidad médica). El modelo social pretende ante todo tutelar los derechos fundamentales de la persona discapacitada, poniendo un especial énfasis en la igualdad de oportunidades y en la no discriminación de las personas con discapacidad, que es el modelo integrador cristalizado en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Es un típico lenguaje de los derechos fundamentales que la Convención pretende “garantizar” y no solo “proclamar”. Es también la dirección seguida por el art. 26 (en relación con el art.21)<sup>26</sup>, intitulado significativamente “Integración de las personas discapacitadas”, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a cuyo tenor: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”<sup>27</sup>.

---

que no sea exclusivamente médica (midiendo el grado de invalidez) sino que establezca una relación entre las limitaciones funcionales de la persona y las barreras que la sociedad crea en su entorno. De no ser así, el derecho antidiscriminatorio tomaría como referencia definiciones que han sido creadas, por ejemplo, con el fin de establecer niveles de pensiones, originando situaciones en las que solo las personas con un determinado porcentaje de discapacidad podrían solicitar protección bajo las normas antidiscriminatorias. 2º. La previsión de sanciones efectivas que desincentivan el incumplimiento de tales normas. 3º. *La consideración de la denegación de ajustes razonables como tipo de discriminación (De acuerdo en la provisión de dichos ajustes razonables, incorporada en su día por la Directiva 2000/78/CE)*. Y, por último (4º), la definición del concepto de discriminación directa e indirecta y de igualdad de trato, que se delimita por la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo de discapacidad. Cfr. NAVARRO MARTÍNEZ, C.: “Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación”, en la obra antes citada, págs. 139-140.

<sup>26</sup> Sobre esta disposición, véase MONEREO ATIENZA, C.: “Principio de no discriminación (Artículo 21)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 463 y sigs.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Del modelo asistencial al modelo social de discapacidad”, en *Relaciones Laborales*, núm.10 (2005), versión digital.

<sup>27</sup> El art. 15 de la Carta Social Europea Revisada en 1996 es reflejo de un cambio de perspectiva que conforma un giro en esta materia: “Se pasa de la vieja concepción de los discapacitados como “objetos de protección”, a la de “sujetos titulares de derechos”, de la privación de la tutela “para” el medio laboral a la tutela en todas las esferas de relación social, del dominio de la protección mediante instituciones

Por otra parte, uno de los principios que consagra el RD. Legislativo 1/2013 es el principio de “no discriminación” (art. 3).

Por lo que aquí más interesa debe subrayarse que la regulación recogida en el Capítulo VI, consagrado al “Derecho al trabajo”. Se establecen determinadas garantías de efectividad del derecho al trabajo ex art. 35: “Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación (art. 35.1). Se define específicamente la discriminación directa e indirecta en el trabajo: “Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivos de su discapacidad” (art. 35.3). “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una *decisión unilateral del empresario*, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el art.40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión” (art. 35.4).

Como garantía de efectividad del derecho a la no discriminación laboral frente a las actuaciones discriminatorias se establece la declaración de nulidad: “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 a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo” (art. 35.5). Este grupo normativo toma en consideración que el trabajo es un factor principal de integración e inclusión social de las personas con discapacidad. De ahí la Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020, que persigue el fomento del empleo de las personas con discapacidad en el mercado interior de la Unión<sup>28</sup>.

Para los distintos tipos de empleo de las personas con discapacidad se establecen medidas de política de empleo y garantías efectivas del derecho al trabajo digno (artículos

---

especializadas, basada en la dependencia (institucionalización), a la protección mediante prestaciones de acceso a la normalidad ciudadana, basada en la autonomía. Supuso, por tanto, un extraordinario paso hacia adelante en el reconocimiento de la dignidad de la persona discapacitada, y de su ciudadanía plena”. Con ello la Carta se sitúa en la lógica del modelo social de garantía de las personas con discapacidad. Cfr. Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 573 y sigs., en particular pág. 580.

<sup>28</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 573 y sigs., en particular págs. 590 y sigs. (“La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020”).

37 y sigs.). En particular, en relación al empleo ordinario, se prevé la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Entre ellas se dispone que “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la *adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad* de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, *salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario...* Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones para personal con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de las organización o empresa” (art. 40.2). De este modo, se trata de *objetivar al máximo* el concepto de “carga excesiva” como elemento exonerante de la obligación de adaptación del puesto y accesibilidad en la empresa. Por otra parte, la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades<sup>29</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que la discapacidad engloba todos los términos jurídicos utilizados por los legisladores (internacionales y nacionales), es decir, la deficiencia, la incapacidad y la minusvalía. Se trata de un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud que comprende lo que la clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (en adelante, CIF) denomina “dominios” (ámbitos) configurados por los parámetros: a) funciones y estructuras corporales y b) las actividades-participación y los factores ambientales. Esta noción técnica tiene la virtualidad de evitar menosprecios, estigmatizaciones y connotaciones inapropiadas, considerándose además que de los utilizados (inválido, impedido, disminuido), es el que más pone acento en la persona<sup>30</sup>.

Por su parte, la incapacidad puede ser definida como “cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionada por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano” (CIF). La incapacidad puede ser temporal/permanente, reversible/irreversible, progresiva/regresiva. Constituye la objetivación de una deficiencia, es decir, “evidencia las consecuencias de la deficiencia

---

<sup>29</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 573 y sigs., en particular pág. 590; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dir. y Coord.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.

<sup>30</sup> *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, págs. 3 y 262-263; ALONSO GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Cinzur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2009, págs. 47 y sigs.

desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo y, en cuanto tal, refleja alteraciones a nivel de las personas”. La deficiencia, aunque genere un menoscabo funcional, no impide a la persona el desempeño de una actividad. La incapacidad presupone, por el contrario, una deficiencia de tal entidad que puede imposibilitar la realización de una determinada actividad laboral o ciertas tareas de un puesto de trabajo, aunque la incapacidad permanente en sí no imposibilita siempre el ejercicio de toda actividad laboral. Así, la IP parcial limita, entorpece, pero permite realizar actividades laborales; y la misma IP total no impide trabajar en cualquier actividad o profesión...

Por el contrario, la discapacidad es una incapacidad *cualificada o agravada* que inhabilita a la persona no ya para una actividad sino para una función o pluralidad de actividades –no sólo laborales sino también educativas y sociales- que un ser humano “normal” debería poder llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo “su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (art. 1 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención publicado en el BOE de 21 de abril de 2008)<sup>31</sup>. Ya en la STJUE de 11 de julio de 2006 (Chacón y Navas C-13/2005), se dejó constancia de que el concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva 2000/78/CE, de manera que “exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tener de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo de la normativa de que se trate pretende alcanzar”. Es así, que el concepto de discapacidad, a los efectos de aplicación de la Directiva, ha de ser objeto de “una interpretación autónoma y uniforme, entendiéndose por tal “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas... que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, obstaculización que ha de producirse durante un largo período de tiempo, es decir, que se requiere “la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> España firmó dicha Convención y su Protocolo Adicional el 30 de marzo de 2007 (Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006). Y fue incorporada a nuestro ordenamiento interno con su publicación en el BOE el 21 de abril de 2008. Su importancia es tanto más significativa cuando se repara en la cláusula hermenéutica contenida imperativamente en el art. 10.2 CE, pues índice en la interpretación y alcance de los derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución. Véase la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.

<sup>32</sup> En dicha sentencia se declara que la Directiva 2000/78/CE “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”; que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido en la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad”; que



Pero, por otra parte, la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/2005, Chacón y Navas) excluyó que puede equipararse a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE los conceptos de enfermedad y discapacidad. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido, en la STC 62/2008, de 26 de mayo, declarando que la decisión empresarial basada en la incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de enfermedad o de su estado de salud no constituye en sí misma una decisión discriminatoria a los efectos del art. 14 CE. Ahora bien, observa también 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 contempladas en el mismo*”. En tal caso el factor enfermedad puede ser 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 circunstancias con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Sentencias del TJUE posteriores han determinado que la frontera entre la enfermedad y la discapacidad sea más difusa, o más propiamente, con situaciones intermedias asimilables a la discapacidad.

Este es el marco de referencia mínimo necesario para abordar el problema de la ineptitud, incapacidad, discapacidad y prohibición de discriminación.

Un giro sustancialmente relevante en la evolución del nexo discapacidad/enfermedad –y especialmente trascendente en la lógica del Derecho nacional– lo constituyó la doctrina sentada en la STJUE de 11 de abril de 2013, Asuntos acumulados C 335/11 y C-337/11), pues declara que la noción de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE “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”. Así puede considerarse que hay discapacidad en los casos de enfermedad de larga duración –curables o incurables– que comportan limitaciones en la capacidad de trabajar, por lo que puede hablarse de enfermedad asimilada a discapacidad en los casos de enfermedades de larga duración y enfermedades crónicas.

La STJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395-15. Daouidi, hacía un llamamiento al pronunciamiento del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, como instancia judicial competente para apreciar la existencia o no de discriminación. Pues

---

“ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”.



bien, éste resolvió en ST.Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, nº 472/2016, de 23 de diciembre, declarando nulo el despido del trabajador: el despido de un trabajador casi dos meses después de haber sufrido un accidente laboral, cuando continuaba de baja médica y había informado a la empresa de que su reincorporación no iba a ser a corto plazo, constituye una discriminación por razón de discapacidad, lo que conlleva la calificación del despido disciplinario practicado como nulo. El despido atenta contra el derecho del trabajador a la salud, a la seguridad y a la dignidad, suponiendo un claro desprecio a sus derechos como trabajador y ciudadano. (Como se indicará después, ya se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia en sentido de considerar que en tal caso el despido es improcedente y no nulo).

El Juzgador de instancia parte del dato jurídico de que tanto el Tribunal Supremo como el propio Tribunal Constitucional no considera discriminatorios, en principio, los despidos “por causa de enfermedad” (fjs. 19 a 21), de manera que se elude su calificación como discriminatorios y nulos.

En relación a la doctrina del TJUE, que se transcribe en la Sentencia, el Juzgador de Instancia entiende 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”. “Por lo que respecta al concepto de carácter “duradero” de una limitación en el contexto del art. 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del TJUE, la importancia que el legislador de la Unión atribuye a *las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período* (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón navas, CEU:C:2006:456, apartado 45). (fj. 34).

Aplicando los parámetros de enjuiciamiento que resultan de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, considera que concurre una limitación duradera de “discapacidad” atendiendo a la prueba practicada, la concurrencia de discriminación por discapacidad en el despido del trabajador al entender que existe “un incontestable “panorama indiciario” de que dicho despido tuvo por única causa la prolongación de la situación de incapacidad temporal del demandante y la propia comunicación del demandante al Jefe de Cocina que su reincorporación no será a corto plazo” (fj. 45). Y añade seguidamente: “Expresando la cuestión en otros términos; la convicción que alcanza este magistrado es que la causa real del despido no es el mero hecho del accidente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal en si misma (ya que ello hubiera determinado el despido inmediato), sino la percepción empresarial, 53 días después del accidente y después de la comunicación del demandante, que tal incapacidad temporal se tornaba en “duradera”, sin “una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”. Y es por ello que el despido impugnado debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad” (fj. 46).

Para el Juzgador la STJUE de 1 de diciembre de 2016 obliga necesariamente a modificar la doctrina del Tribunal Supremo hasta la fecha “en el sentido de que la “perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa” deberá *ceder*, necesariamente, ante la prohibición de discriminación por discapacidad – directa e indirecta- establecida en la Directiva, como mínimo cuando tal “incapacidad” pueda devenir “duradera””(fjº.49). “En efecto, parece claro que aquellos “factores” de “estricta funcionalidad” o de “falta de rentabilidad” que, según aquella doctrina, impedían calificar como discriminatorios dichos despidos y ano podrán seguir validando como “justificación objetiva para una finalidad legítima” –en los términos del art. 2.2.b.i) de la Directiva- que impida la apreciación de discriminación, como mínimo en situaciones como la analizada en el presente caso en el que la incapacidad temporal deviene una “limitación duradera”. Y menos aun cuando nuestro marco normativo contempla distintos instrumentos jurídicos para salvaguardar aquellos legítimos intereses empresariales (los criterios de “funcionalidad” y “rentabilidad”), como son el despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por ausencias intermitentes (art. 52.a) y d) del ET), así como la posibilidad de instar revisiones médicas que validen o revisen la situación de incapacidad” (fj. 50).

El Juzgador de Instancia va más lejos y a punta a la posible afectación de otros derechos fundamentales recogidos en la CDFUE (fjs. 52 y sigs.). E insiste que “La decisión empresarial de despedir al demandante, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente por el sólo hecho de estar en situación de “discapacidad” por causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social puede haber afectado a otros derechos fundamentales proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto, los que se detallan a continuación... (fj. 68).

Al final ya se puede afirmar que los jueces tienen que pronunciarse, caso por caso real, sobre los despido en situación de incapacidad temporal cuando se alegue discriminación por discapacidad, porque dicha situación se considere de larga duración o de duración incierta.

Es de significar que las últimas Sentencias del TJUE *no* establecen que un despido por motivo de enfermedad sin más tenga un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, la cual hace referencia la “discapacidad” no a la “enfermedad” sin más (en esa perspectiva cualquier despido en IT no puede considerarse sin más un suerte de “discapacidad temporal” a efectos de la referida Directiva antidiscriminatoria). Pero si consagra un criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración, con lo que se opera una suerte de ampliación del concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria que es la finalidad esencial de la referida Directiva. Estas enfermedades de larga duración asimiladas a discapacidad deberán ser verificadas por el juez nacional competente atendiendo al conjunto de indicios que permitan afirmar una prueba indiciaria de que en el caso de autos se sobrepasa la enfermedad incapacitante y se entra en el ámbito de la enfermedad discapacitante. La

larga duración, la enfermedad crónica y las situaciones en que la enfermedad constituye un factor de segregación y estigmatización socio-laboral serán en sí elementos determinantes para asimilar la enfermedad a la discapacidad. Y entonces si concurre ese presupuesto de causalidad ilícita o antijurídica tan sólo cabe que el despido sea calificado como nulo de pleno derecho. De este modo, ante una situación asimilable a la discapacidad no cabe aducir la mera pérdida de capacidad productiva o de rendimiento, pues ante esa limitación estrictamente funcional prevalece la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad.

Ahora bien: la doctrina del TJUE que obliga al juez nacional a ser un órgano instrumental de calificación a efectos de la apreciación de la discriminación por motivos de discapacidad presunta o asimilada en un proceso por despido de un trabajador, no dejará de ser problemática. Basta reparar que a partir de ese momento el trabajador acudirá bien para pedir nuevamente la baja y el INSS y el SPS no han sido partes en el proceso; o bien instará el reconocimiento de una discapacidad ante el órgano competente... Por ello, sería necesaria una intervención legislativa al respecto, como luego se indicará.

Por su parte la STS de 3 de mayo de 2016 (ROJ: STS 2351/2016- ECLI: ES:TS:2016; 2351), sobre despido por enfermedad. En esta Sentencia *se mantiene, en el fondo, la interpretación tradicional, pero matizándola en atención a la doctrina establecida por TJUE*. Pese a su fallo, el Tribunal Supremo ya opera, como era de esperar, tomando en consideración el criterio del TJUE. El trabajador estando en IT recibe la carta de despido “por efectiva disminución de su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd. en periodos anteriores, y transgresión de la buena contractual” (fjº. 1). La STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 entendió que la constatación de antijuridicidad de una conducta –en este caso la falsedad de la causa de despido consignada en la carta de despido, falsedad reconocida por el empresario- no siempre tiene que comportar la nulidad, sino que el legislador puede determinar otra consecuencia, como así lo ha hecho en la regulación actual, art. 55, apartados 4 y 5 del ET.(fjº. 2).

En definitiva: “El recurrente alega infracción de la jurisprudencia, citando la STJUE de 11 de abril de 2013, C 337/2011, “Caso Ring”, STC 62/2008, de 26 de mayo y STS, Sala 4, de 29 de enero de 2001, rec. 1566/2000. En esencia alega que considera atentatorio a la dignidad personal y cabalmente discriminatorio el despido [¡ disciplinario!] de la recurrente, por el único hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal” (fjº. 3). Pues bien, 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. Sin embargo la STSJ concluye declarando que el despido *no* puede ser calificado de nulo, con el siguiente razonamiento: “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” (fjº. 2).

“Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 del ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminados” (fj.3). “Como ha recordado la STS 22-11-2007 (citada) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el TJUE en Sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. 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 art. 1 de la propia Directiva 2000/78’ (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual”. Por su parte la sentencia de 12 de julio de 2012...” (fj. 3º).

“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 IT, 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 síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita” (fj.4). A la vista de lo razonado el fallo se resuelve en desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y se confirma la sentencia impugnada del TSJ de Cataluña.

El TJUE (STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16)<sup>33</sup>, sobre prohibición de discriminación por motivo de discapacidad y absentismo laboral) se ha pronunciado asimismo sobre la conexión entre enfermedad y discapacidad (reconocida oficialmente al trabajador) en el marco del absentismo laboral como motivación del despido ex art. 52.d) del ET. En la cuestión prejudicial formulaba por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca se indicaba: “La redacción actual del art. 52.d) del ET, y su aplicación sin excepciones a los trabajadores discapacitados, ocasiona una discriminación indirecta respecto a este colectivo cuando éstos se ven obligados a causar bajas por incapacidad temporal derivadas de la enfermedad causante de su discapacidad, con la consiguiente ausencia de su puesto de trabajo, por lo que un trato idéntico con respecto al resto de trabajadores sin tener en cuenta dicha condición personal implica su salida inmediata del mercado de trabajo, así como que deban asumir una carga laboral negativa adicional o desventaja particular respecto de otras personas que no tienen dicha condición; siendo un colectivo especialmente vulnerable a ausentarse involuntariamente de su puesto de trabajo por consecuencia de la/s enfermedades crónicas que han motivado, precisamente, la declaración de su discapacidad”. En el fallo se declara lo siguiente: “El art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, *salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente*”. En este sentido el Alto Tribunal se muestra cauteloso, porque, por un lado, considera como regla que los despidos por ese motivo sin más son ilegítimos, pero al mismo tiempo establece una excepción consistente en que quede acreditada una finalidad legítima de combatir el absentismo laboral y que ello no suponga una extralimitación. Lo cual implica una motivación, es decir, un juicio de racionalidad que ha de evaluar el juez nacional según las circunstancias concurrentes en cada caso. También debería ser la última medida a adoptar, toda vez que como impone el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE tiene la obligación de realizar ajustes razonables, salvo que le suponga una acreditada carga excesiva, lo cual acaba traducéndose en una ponderación entre los intereses concurrentes (el derecho del trabajador a trabajar sin discriminación y el interés del empresario en no asumir indebidamente costes laborales considerados desproporcionados).

---

<sup>33</sup>Sobre esta importante sentencia es recomendable la lectura del comentario de Eduardo Rojo Torrecilla en su *blog*, disponible en [www.eduardorojotorrecilla.es/?m=1](http://www.eduardorojotorrecilla.es/?m=1).

Si no se atiende a ese deber de motivación, juicio de racionalidad y proporcionalidad, se debería entender que la decisión extintiva es nula por vulneración tanto del Derecho comunitario como del Derecho nacional (señaladamente, y con carácter paradigmático y no exhaustivo, los artículos 14 CE, 4.2.c), 17.1 y 53.4 del ET, y art. 40 del RD-Legislativo 1/2013, entre otras disposiciones); y todo ello en el marco de garantías multinivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea con el consiguiente diálogo entre diversos ámbitos jurisdiccionales, que ha de tomar siempre en consideración el juzgador competente. Y es que tanto el apartado a) como d) del ET se muestran como *preceptos indiferenciados* que desconocen la situación jurídica específica de mayor vulnerabilidad de los trabajadores discapacitados al presentar bajas por Incapacidad Temporal por enfermedades vinculadas a su condición de discapacidad y, por tanto, al poder ser despidos más fácilmente por estar más expuestos al riesgo de que se les aplique la referida normativa del despido objetivo ex art. 52 del ET. En tal sentido si los trabajadores con discapacidad se encuentran efectivamente en alguno de los supuestos contemplados ex art. 52 d) del ET, en tal caso las ausencias atribuibles a la discapacidad no deberán ser computadas a efectos de un despido por faltas de asistencia intermitentes al trabajo. Y si no se ha observado esa necesaria exclusión corresponderá al órgano jurisdiccional –como concluye el propio TJUE- evaluar si, respecto de las personas con discapacidad, los medios previstos en el art. 52, letra d) del ET, en atención al caso, no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida de combatir el absentismo laboral garantizando un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores afectados discapacidad. Porque de ser así deberá realizarse necesariamente –no es una opción del intérprete- por el órgano judicial nacional *una interpretación conforme al Derecho Social Comunitario*.

Conforme a la (STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2018, rec. núm. 1371/2018) es nulo el despido objetivo por causas económicas y organizativas. En el supuesto de hecho, una trabajadora que sufre cáncer de mama y ha estado largos periodos en situación de incapacidad temporal, aunque no en el momento del cese. Consideración de la enfermedad asimilada a discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores. 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 el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En el presente caso, consta acreditado que a la trabajadora se le detectó en 2009 un cáncer de mama que ha motivado diversas y sucesivas situaciones de incapacidad temporal para su tratamiento y diversas secuelas derivadas del mismo. Esta situación encaja en el concepto de discapacidad, tal como se ha entendido por la doctrina emanada tanto del TJUE como del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en que una enfermedad produce importantes afectaciones tanto de carácter físico como psíquico, que ha requerido de un largo



tratamiento con resultado incierto y que ha impedido la participación de la trabajadora en el curso ordinario de su quehacer profesional y laboral en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros de trabajo. Procede la declaración de nulidad del despido y el abono de una indemnización de 6.251,00 euros por vulneración de los derechos fundamentales, al no desvirtuar la empresa los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo tratada desfavorablemente por razón de su larga enfermedad.

El TJSJ reclama la oportuna aplicación del art. 96 (“Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo”), en su apartado 1, conforme al cual “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Y el Alto Tribunal entiende que los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo discriminada por razón de su larga enfermedad no han quedado desvirtuados por la empresa. Por tanto, se impone la ratificación de la calificación de nulidad del despido llevado a cabo (fj. 3º).

La STSJ de Cantabria, 45/2019, de 18 de enero, ha declarado nulo el despido de una trabajadora con cáncer de útero. El Tribunal ha estimado el recurso de la mujer, que trabaja de camarera, y ha anulado la sentencia de instancia que declaró su despido improcedente, tras concluir que “no estamos ante una mera enfermedad, sino ante una discapacidad”. Se estaría ante un despido por razón de discapacidad y no meramente ante un despido por razón de enfermedad sin más. El despido responde a un factor discriminatorio, la discapacidad de la trabajadora. En efecto, el TSJ de Cantabria explica que el despido de un trabajador por razón de su discapacidad es cuestión distinta al despido por razón de enfermedad, por lo que conviene distinguir bien ambos conceptos – enfermedad y discapacidad-, ya que el marco jurídico protector es diferente (mayor tutela en la discapacidad). Se concluye que la trabajadora se encontraba en el momento del despido en una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo. Además, se indica que no puede obviarse estar ante una patología netamente femenina, lo que obliga a enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género. Los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo tratada desfavorablemente por razón de una enfermedad de larga duración, como es el cáncer, no han sido desvirtuados por la empresa. La entidad de esa limitación duradera debe valorarse caso por caso real a través de los indicios que los jueces y tribunales nacionales han de tomar en consideración. En este sentido el margen de apreciación es amplio, lo que puede plantear problemas de inseguridad jurídica y ello aconsejaría una regulación legal mínimamente clarificadora al respecto.

Otros pronunciamientos, aunque no identificables con la aplicación directa del art. 52.a) del ET, sin embargo presentan una inequívoca conexión con la problemática subyacente. Es significativo el supuesto de hecho contemplado en la STS 828/2011, de 31 de enero de 2011, rec. 1532/2010. En un caso de despido disciplinario (art. 54 del ET) de un trabajador durante la incapacidad temporal, se prueba que se habían producido advertencias amenazantes al trabajador de que si no pedía la baja médica voluntaria sería despedido disciplinariamente. El Tribunal Supremo consideró que el despido es nulo por vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE). En la amenaza del despido se pone en juego no solo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física (la amenaza de despido como atentado al derecho a la integridad física. Y todo ello con independencia de que no se deba identificar la enfermedad y la discapacidad a efectos antidiscriminatorios, pues “en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso” (fjº. 3).

Vinculada también con esta problemática es el supuesto contemplado en la STSJ de Andalucía nº 2130/16, de 29 de septiembre de 2016, que contempla un supuesto de despido disciplinario improcedente por aplicación de la doctrina gradualista aduciendo faltas al trabajo, desobediencia y disminución de rendimiento. El afectado es un trabajador que tras un proceso de incapacidad temporal se incorpora a su puesto de trabajo y prueba que sigue incapacitado fácticamente para el desempeño de su puesto de trabajo. Pese a que fue dado de alta por la Mutua, ante la prueba de la existencia de graves limitaciones para mantenerse plenamente en activo, es ajustado entender que concurren circunstancias que conducen ciertamente a una atenuación o atemperación de la gravedad y culpabilidad del trabajador, que degrada la responsabilidad proveniente de su comportamiento desobediente, por lo que es excesivo tipificar este comportamiento como la falta grave y culpable que recoge el art. 60.5 del Convenio colectivo aplicable. Lo que es ajustado entender la declaración de improcedencia del despido conforme a lo establecido en el art. 55.4 inciso segundo del ET, atendiendo a un criterio gradualista en el Derecho laboral sancionador y valorando las circunstancias del caso y el factor humano que es siempre de máxima relevancia. En consecuencia se ratifica la improcedencia del despido declarada por el Juzgado, con la consiguiente desestimación del recurso.

Cuando entramos en la consideración de la conexión funcional entre de la enfermedad y la discapacidad, interesa poner de manifiesto dos órdenes normativos. Por un lado, la regulación del Estatuto de los Trabajadores, y por otro, el RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El ET enuncia el derecho básico de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados (Artículos 4.2.c) y 17.1 del ET). Pero entre las causas que se enuncian (que, por cierto, no tienen por qué tener un carácter cerrado o *numerus clausus*) no aparece la enfermedad (art. 4.2.c) del ET). Ahora bien la discapacidad es mencionada expresamente a estos efectos calificadores, a saber: “Tampoco podrán ser discriminados por razón de *discapacidad*, siempre que se hallasen en condiciones de *aptitud* para el desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (art. 4.2.c), párrafo 2º, del ET). Ya resulta significativa la matización legislativa relativa a “hallarse en condiciones de *aptitud*..:”. He aquí que la discapacidad queda normativamente vinculada a la “*aptitud*” para el trabajo.

Ya se indicó que el RD. Legislativo 1/2013, garantiza el derecho a la no discriminación en el empleo de las personas discapacitadas y delimita cuáles son los sujetos titulares de los derechos a través de dos técnicas normativas: Por un lado, a través de una delimitación directa: “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (art. 4.1); y por otro, mediante una delimitación por remisión a las normas calificadoras la incapacidad profesional de la Seguridad Social, a saber: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensiones de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad” (art. 4.2). Dado (su tenor literal esta disposición no parecer excluir la posibilidad de considerar discapacitados a los trabajadores declarados de incapacidad permanente parcial si concurren los elementos de configuración normativa pertinente, toda vez que el art. 4.1 [en relación con la definición del art. 2.a) del RD. Legislativo 1/2013] tiene un alcance más amplio que su apartado 2 (éste último realiza un acotamiento restrictivo o estricto al hacer reclamo de las normas de Seguridad Social reguladoras de la IP total, absoluta y gran invalidez). Pero del tenor literal de la norma no parece que sea suficiente la mera declaración formal de IP parcial para que el trabajador afectado sea considerado discapacitado tendría que demostrarse que concurren los elementos tipológicos adicionales establecidos en la norma, sin *presunción iuris et de iure* como si acontece en los demás grados superiores de incapacidad laboral.

Y para todas las personas discapacitadas se garantiza el derecho al trabajo (Capítulo VI. “Derecho al Trabajo”, artículos 35 a 47 del RD. Legislativo 1/2013), calificando de nulidad todo tipo de actos discriminatorios ex art. 35.5. Igualmente se

establece la obligación de instaurar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo, salvo que ello suponga una carga excesiva para el empleador (art. 40 del RD. Legislativo 1/2013, en relación con el art. 2)<sup>34</sup>.

De ello se infiere que la calificación de Pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez supone la consideración *ope legis e ipso iure* de la persona como discapacitado (art. 4, relativo a los “Titulares de los derechos”, del RD. Legislativo 1/2013). Esa calificación convierte al incapacitado en centro de imputación subjetiva de un conjunto de preceptos que tratan de garantizar el derecho al trabajo de la persona discapacitada (Capítulo VI, artículos 35 a 47, en relación con el art. 2 del mismo cuerpo legal, y con las garantías establecidas por la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación, señaladamente la prevista ex art. 20 de dicha Directiva).

En cualquier caso, la discapacidad no se confunde con la enfermedad ya que el concepto de discapacidad es más restringido, de manera que no se puede equiparar discapacidad y enfermedad sin más, como ha sido reiterado por la doctrina del Tribunal Supremo (paradigmática, STS de 22 de enero de 2008, RJ 2008/1621) y también por el propio TJUE (citadas reiteradamente incluso en las últimas sentencias que han operado un *giro hermenéutico* sobre la consideración entre discapacidad como disfuncionalidad de larga duración). Esta distinción básica implica que el enfermo no discapacitado no ostenta las garantías laborales atribuidas a los discapacitados, ni –en relación a ello– queda inmunizado frente a las previsiones del despido objetivo ex art. 52, apartados a) y d) del ET.

Aunque la línea de demarcación entre discapacidad y enfermedad es establecida en la normativa aplicable, sin embargo existen zonas de proximidad cuando sin una calificación de incapacidad permanente del sujeto éste se encuentra padeciendo una enfermedad de larga duración, o de duración incierta, o sufriendo una enfermedad crónica. Entonces se produce una flexibilización de la noción jurídica de discapacidad de la persona que trabaja. Es precisamente una dirección flexibilizadora la que se mantiene en la jurisprudencia más reciente del TJUE (Señaladamente a partir de la STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, hasta la misma y ciertamente impactante STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15 Daouidi).

Tampoco, en principio y al menos explícitamente en el sistema legal, la enfermedad puede considerarse en sí misma un motivo o causa de discriminación. Sin embargo ello es cuestión controvertida en diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Juzgados de lo Social (paradigmática es la todavía reciente

---

<sup>34</sup> Puede consultarse PASTOR MARTÍNEZ, A.: “El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo”, en AEDTSS: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ed. Cinca, 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona 472/2016, de 23 de diciembre, proc.1219/2014, que declara nulo por discriminatorio el despido de un trabajador que se hallaba en situación jurídica de IT derivada de accidente de trabajo ante la concurrencia de una panorama indiciario; y considera que el despido tenía su causa real en la percepción empresarial de que la IT iba a tener un carácter duradero, una baja de larga duración). De este modo si el motivo exclusivo o predominante es la enfermedad en sí misma se aprecia, sin una causa seria de despido (examinado caso por caso real de modo individualizado), que hay discriminación y se califica el despido como nulo y no como simplemente improcedente<sup>35</sup>.

### **3. Garantías legales en el ordenamiento español frente al despido por razón de enfermedad, discapacidad e ineptitud. Análisis crítico *de lege data* y propuestas de mejora *de lege feranda*.**

1º.-La IT es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo a la que es coextensa e inescindible su consideración como una prestación pública del sistema de Seguridad Social<sup>36</sup>. La interconexión entre ambas esfera de tutela en el garantismo jurídico-social es inmanente pero no exenta de problemas de articulación y armonización de lógicas jurídicas operativas. Existen problemas de acoplamiento estructural y dinámico funcional, de manera que cuestiones mal resultas en uno de ellas incide en la otra generando disfuncionalidades para la consecución de la finalidad perseguida por el Derecho Social.

La coordinación satisfactoria entre los campos laboral y de Seguridad Social exige superar la lógica –que viene siendo predominante- de racionalización y contención del gasto público (Tortuero Plaza, J.L; López Insua, B.M.; Rodríguez Cardo, I.A.). Debe buscarse, empero, un razonable equilibrio en la racionalidad social (“justicia social”) y la racionalidad económica (costes del sistema de Seguridad y costes/rendimiento de la empresa) obedeciendo a esa legislación de compromiso social que siempre ha estado en la base del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde la lógica de la Seguridad Social no debería de darse de alta a un trabajador que continúa padeciendo secuelas no discapacitantes pero que limitan su capacidad de trabajo. Si el trabajador no se ha recuperado objetivamente (control médico) ninguna presunción de fraude más o menos encubierto podría acoger una terminación de la IT que obliga a la reincorporación –más o menos aplazada- del trabajador. Es verdad que tras un largo periodo de IT no respaldado por una declaración de IP no siempre se van a producir secuelas o continuar

---

<sup>35</sup>Véase al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Extinción del contrato de trabajo y estado de salud del trabajador”, en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde*, García Murcia, J. (Coord.), Madrid, Ed. Tecnos, 2015, págs. 606-607.

<sup>36</sup> Véase la obra de referencia doctrinal de LÓPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Ed. Comares, 2014, espec., págs. 45 y sigs.; *Ibid.*, *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Ed. Comares, 2015.

limitaciones psicofísicas de la capacidad. Pero se convendrá que en la realidad jurídica esto es muy frecuente y que hay trabajadores con limitaciones objetivas relevantes para desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo o categoría profesional habitual o últimamente desempeñada en la empresa.

Se han propuesto diversas soluciones al respecto: una de ellas es garantizar legalmente un cauce jurídico para que el trabajador no recuperado totalmente al finalizar la IT pueda continuar con el contrato de trabajo suspendido aunque no perciba el subsidio económico por IT. Las reglas antifraude en materia de Seguridad Social, o la pretensión de evitar un aumento del coste de las prestaciones, no pueden imponerse sin matices a la finalidad de garantizar la plena recuperación del trabajador, que se vincula a derechos constitucionales como la salud (art. 43 CE) o la integridad física (art. 15 CE). El alta con efectos únicamente económicos puede ser un posible remedio sin cuestionar la vigencia del contrato de trabajo (facilitándola), pero en la práctica jurídica se ha constatado el fracaso de alta a los simples efectos económicos. Existen también otras opciones, como la ampliación de la duración de la IT reduciendo proporcionalmente el subsidio económico, con los ajustes que se estimen convenientes en materia de cotización, tanto de cuantía como de duración de la obligación. Es evidente que sería preciso que contar con el consentimiento del trabajador, pero, sin duda, cuando no se produce una recuperación completa es necesario encontrar un equilibrio entre los diversos intereses en juego, y ese equilibrio no pasa por la reincorporación al trabajo en todos los supuestos y menos con carácter forzoso<sup>37</sup>.

Razones de seguridad jurídica y búsqueda de soluciones jurídicas razonables y equilibradas respecto de la pluralidad de intereses en presencia hacen estrictamente necesario rediseñar e introducir algunas reformas legislativas, que ni el poder judicial ni la negociación colectiva pueden resolver con carácter y eficacia general plenamente satisfactorios.

El problema es que desde el punto de vista de la relación laboral el trabajador que es dado de alta sin recuperación efectiva queda expuesto a los poderes empresariales de despido del empleador, a pesar de que pueda gozar ciertamente en algunos casos del derecho a la adaptación del empleo a su situación psicofísica. En este sentido, cabría imponer esa obligación empresarial de adaptación en la lógica de los “ajustes razonables”, más allá de las limitaciones actualmente disponibles para trabajadores discapacitados (art. 2.m) y 40.1 del RD. Legislativo 1/2013) y de las personas especialmente sensibles a determinados riesgos laborales (art. 25 LPRL).

Pero también puede darse el caso de que después del alta el trabajador no plenamente recuperado y sin ser reconocérsele un grado de incapacidad parcial (incapacidad declarada sin la atribución normal de la condición de pensionista), o total,

---

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 186.



absoluta o gran invalidez (discapacitada declarada con atribución normal de la condición de pensionista) no encuentre trabajo adecuado. No es un exceso, por su carácter paradigmático, atender al supuesto de hecho narrado en la excelente película de Ken Loach, *Yo, Daniel Blake*: una película contextualizada en la IT cuyo disfrute finaliza sin recuperación plena y sin declaración de incapacidad permanente y donde el trabajador que había tenido un ataque al corazón se ve obligado a someterse a la burocracia de los procesos de formación profesional y a peregrinar en la búsqueda de un empleo “adecuado” –donde no puede elegir en la práctica, pues su capacidad funcional limitada en el fondo le limita su libertad de trabajo, convirtiéndola en un simple libertad formal y no real-. Todo acaba con la muerte del trabajador que sufre un nuevo infarto. Cuando están en juego la vida y la integridad psicofísica de las personas hay que considerar como suma prudencia las “razones económicas”.

2º.-En nuestro ordenamiento jurídico actual se admiten –más allá de razonamientos elípticos- los “despidos por enfermedad”: unas veces con carácter legítimo por falta de rendimiento después de haberse acreditado la imposibilidad o excesiva carga u onerosidad en la “adaptación” (art. 52.a) del ET); otras con carácter ilegítimo durante la IT o una vez superada ésta cuando no existe causa seria en el despido disciplinario o por circunstancias objetivas, no siendo reconducibles hacia la discriminación y siendo calificados –pese a su carácter ilegítimo- a la improcedencia y no a la nulidad del acto ilegítimo de despido<sup>38</sup>. Lo que supone que la tutela adquiere un carácter irrelevante en la perspectiva sustancial o de fondo y se reduce a un despido libre indemnizado a pesar de los valores que están en juego. Se otorga una estabilidad meramente obligatoria y no una estabilidad jurídico-real (con *restitutio in integrum*)<sup>39</sup>.

El art. 52.a) del ET cuando contempla una ineptitud sobrevenida que puede estar basada en la enfermedad del trabajador sin acoger expresamente la obligación jurídica de adaptar el puesto de trabajo a la persona antes de proceder al despido. Pero una necesaria

---

<sup>38</sup> El propio Tribunal Constitucional se inclinó por exclusión los despidos por enfermedad como despidos discriminatorios: una enfermedad difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibida por el art. 14 CE, de manera “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” (STC 62/2008, de 26 de mayo [RTC 2008, 62] citada y criticada por la SJS Barcelona, nº 472/2016, de 23 de diciembre, fjº. 21, en el que se afirma: “Es de señalar, ello no obstante, que dicha sentencia no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión ni de la CDFUE, ni de la Directiva 2000/78, ni del Convenio 158 OIT, y que sí lo haga el voto particular en contra para fundamentar su discrepancia y defender el carácter discriminatorio del despido”)

<sup>39</sup> Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo”, en VV.AA.: *El despido. Comentarios a las leyes laborales*, Borrajo Dacruz, E. (Dir.), Madrid, Edersa, 1994; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Madrid, Ed. Civitas, 1995; RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999; HERRAIZ MARTÍN, M.S.: *El despido nulo: Causas y efectos (A propósito de la Jurisprudencia)*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2008.

e ineludible interpretación sistemática con el grupo normativo de regulador aplicable conduce a postular en la mayoría de los casos que será necesaria una adaptación previa o una reubicación del trabajador en un puesto de trabajo distinto dentro de su categoría profesional que sea compatible con la capacidad productiva residual que ostenta, sin poder proceder de manera inmediata al despido objetivo; éste sólo puede ser legítimo como última medida (“*ultima ratio*”) previo agotamiento de otras medidas que se impone en el sistema legal. Es posible que el empresario a resultas de las conclusiones emitidas y recibidas tengan la obligación jurídico-laboral de adaptación preventiva, sin poder recurrir sin más al despido por ineptitud. Es decir, tenga que proceder a adaptar el puesto de trabajo antes de adoptar una eventual decisión extintiva (cfr. Artículos 4.2.d) del ET; 15, 24.4 y 25 LPRL y 243 LGSS). En todo caso, conviene retener la prohibición ex art. 243.3 LGSS, conforme a la cual: las “empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. *Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos*”. Lo que no conduce necesariamente al despido, sino a la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo sea dentro o fuera de la categoría atribuida al trabajador originariamente (movilidad funcional por aplicación del aludido grupo normativo regulador, por aplicación del convenio colectivo, por utilización de las facultades unilaterales de movilidad funcional ex art. 39 y 41 del ET, al cual remite el apartado 4 del art. 39 y el propio art. 41.1 f) del mismo cuerpo legal, o por acuerdo entre las partes siempre que no sea abusivo y no entrañe un riesgo profesional, esto es, que sea compatible con la capacidad residual del trabajador sin riesgo para su vida o integridad psicofísica).

El supuesto de hecho del art.52.a) del ET no puede amparar los despidos discriminatorios (discriminaciones directas o indirectas) como es el caso de una enfermedad que supone un factor de estigmatización del trabajador enfermo (como los supuestos de trabajador seropositivo o enfermo de SIDA<sup>40</sup>, o con determinadas patologías

---

<sup>40</sup> BLASCO JOVER, C.: “El despido del trabajador seropositivo o enfermo de SIDA. A propósito de la SJS, núm. 3, de Castellón, de 7 de junio de 2005”, en *Aranzadi Social*, núm. 5 (2006), ahora en VV.AA.: *Calificación y consecuencias del despido nulo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2007, págs. 203 y sigs. Se concluye que los trabajadores infectados pueden ser considerados, en ciertas condiciones, a nivel de costos-beneficios, como no rentables para la lógica productiva, lo que podría motivar el despido del trabajador. No obstante, ese despido tan sólo estaría justificado cuando se fundamentase en razones estrictamente laborales, es decir, siempre y cuando el empresario no adoptase esa decisión extintiva a causa de la enfermedad misma. Si ese fuese el motivo real, el despido ser calificará judicialmente como nulo porque respondería a una innegable intencionalidad intrínsecamente segregacionista. En la SJS que se comenta en el supuesto analizado la práctica de la prueba confirma la existencia de indicios más que evidentes para entender que la decisión empresarial era discriminatoria por estar basada en el estado patológico del trabajador afecto de SIDA. El Tribunal Supremo (STS de 29 de enero de 2011, RJ 2001, 2069, Rcd. 1566/2000) abrió la puerta para poder otorgar la calificación de nulidad a aquellas decisiones extintivas del empleador fundamentadas, no ya en criterios estrictamente económicos, sino en móviles en los que resulte especialmente apreciable la vulneración de la prohibición de la prohibición de discriminación por fundamentarse en factores de segregación y diferenciación. El criterio fue seguido por la STS de 12 de julio de 2004, RJ 2004, 7075, Rec. 4646/2002. En esta dirección, tanto el seropositivo

no invalidantes vinculadas a la obesidad, etcétera). Siempre que se aprecia discriminación o más ampliamente vulneración de derechos fundamentales del trabajador a través del despido (pretendidamente) objetivo el despido deberá ser calificado como nulo a todos los efectos. El operador jurídico tiene –por imperativo constitucional y legal- que estar particularmente atento cuando el despido (señaladamente, por la causa “a”) del art. 52 del ET) encubre un acto discriminatorio merecedor de la calificación de nulidad. Para ello podrá servirse de la prueba directa y la prueba indiciaria correspondiendo al trabajador afectado aportar al menos indicios relevantes para que el empresario demuestre que la causa de despido tiene un fundamento serio desligado de toda pretensión de discriminación o de vulneración del derecho fundamental del trabajador<sup>41</sup>.

Igualmente en el supuesto de hecho del art. 52.a) del ET –que remite a una ineptitud sobrevenida objetiva y persistente- no puede tener acogida la noción técnica de ineptitud *durante* una situación jurídica de IT caracterizada por la indeterminación sobre la capacidad de trabajo y presuponiendo que el disfrute de la IT se produce y persiste en tanto se considera que lo normal será una recuperación (La indicación legal misma de reconducción de la posición del trabajador enfermo en IT a la incapacidad permanente antes del agotamiento del periodo máximo de la IT lo confirmaría perfectamente). No se puede prejuzgar legítimamente la ineptitud del trabajador en IT a efectos de un despido (Y adviértase que la ineptitud sobrevenida como causa de despido justificado ex art. 52. a) del ET ha de tener un carácter permanente e incidir en las tareas esenciales que venía realizando el trabajador en su concreto puesto de trabajo)<sup>42</sup>. Y en tal caso éste deberá ser considerado ilegítimo.

Tampoco el supuesto de hecho del despido disciplinario ex art. 54 del ET puede dar acogida a una ausencia justificada (y por tanto a una falta derivativa de rendimiento a consecuencia de ello) como es la de un trabajador en situación regular de IT, sin supuestos adicionales patológicos, o desviaciones en el ejercicio del derecho. Todo ello conduciría a afirmar *de lege data* que no se puede despedir a un trabajador enfermo durante la baja médica por IT, aceptándose sin más un despido libre indemnizado a través

---

como el enfermo de SIDA merecen la protección antidiscriminatoria que se garantiza ex art. 14 CE, porque esta enfermedad estigmatiza social y laboralmente a las personas que la padecen.

<sup>41</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

<sup>42</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, págs. 20 y sigs. Para un estudio exhaustivo de las incapacidades laborales y la Seguridad social en un entorno cambiante, véase ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la AESSS, Murcia, Ed. Laborum, 2017, con Ponencia (J.L. Monereo Pérez) y comunicaciones dedicadas o vinculadas a la materia del despido por ineptitud laboral (S. Alcázar Ortiz, P. Burriel Rodríguez Diosdado; R. Guerrero Jareño; D. Montoya Medina, P. Ortega Lozano; J. Sánchez Pérez, J. Jover Ramírez). En una perspectiva más general, LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, en *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, núm. 1 <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.05.>, págs. 74-109.

de la simple declaración de improcedencia. La misma protección frente al despido injustificado ex art. 30 CDFUE –que la configura como derecho social fundamental-<sup>43</sup> bastaría para rechazar la legitimidad jurídica de este tipo de despidos reclamando una tutela jurídica real y *no* meramente obligacional mediante su calificación de despido nulo a todos los efectos. En este contexto reclamar en tales despidos la ilegitimidad por ilicitud y no la ilegitimidad por discriminación resulta a todas luces una tutela jurídica insuficiente para las facultades extraordinarias de despido del empleador las cuales deberían ser interpretadas restrictamente en calidad de tales. Por otra parte, hay que tomar en consideración el art. 6 del Convenio OIT, núm. 158, conforme al cual “La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”. De este modo, el despido por ese motivo debería de considerarse ilegítimo, y aunque no se prejuzga la calificación de improcedencia o de nulidad, una tutela reforzada debería conducir a la declaración de nulidad.

En este sentido no parece razonable ni bien fundada la posición mantenida reiteradamente por el Tribunal Supremo que considera que los despidos por enfermedad no constituyen un factor discriminatorio desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo<sup>44</sup>. Y no sólo porque podrían ser discriminatorios en sí mismos, sino también porque el TJUE ha establecido una reiterada y consolidada doctrina de que la enfermedad de larga duración durante una IT puede asimilarse a la discapacidad, sin que, además, esta tenga que ser permanente (Por lo demás, la permanencia de la discapacidad laboral no es un requisito ineludible para apreciar la discapacidad, pues puede ser reversible e incluso llegar a serlo por completo. Basta reparar en el supuesto legal previsto en el art. 48.2 del ET, relativo a la “suspensión con reserva de puesto de trabajo” tras una recuperación de una incapacidad permanente; incapacidad permanente que “*ex lege*” y por sí misma es considerada discapacidad por el R.D-Legislativo 1/2013).

Hay que tener en cuenta que la doctrina del TJUE (Señaladamente en las sentencias HK Danmark y M.Daouidi) se mueve en la lógica de superar el modelo médico-asistencial de discapacidad por el modelo social, que enfatiza la igualdad y la

---

<sup>43</sup> Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Protección en caso del despido injustificado (Artículo 30)*, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 695 y sigs.

<sup>44</sup> Doctrina iniciada en SSTs de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000); 23 de septiembre de 2002 (rec. 449/2002); 12 de Julio de 2004 (Rec. 4646/2002); 21 de marzo de 2007, rec. 3872/2005 y 3902/2005 (RJ 2007, 3539 y 4999); 22 de noviembre de 2007 (rec. 3907/2006), etcétera, hasta llegar a la de 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014). Todas ellas parten esencialmente del presupuesto de que la condición de “minusválido” (*rectius*, “persona discapacitada” en la terminología impuesta por la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas dependientes) es que la determinada por el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (Modificado por el RD 1856/2009, de 4 de diciembre), por un lado, y por otro, que la enfermedad no es un factor discriminatorio, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación o estigmatización social.

integración social de la persona con discapacidad<sup>45</sup>. Esto nos remite a una conceptualización de una “discapacidad social” y no simplemente funcional. De los diversos modelos de tratamiento y garantía de los derechos vinculados a la discapacidad de las personas (el modelo de la prescindencia, el modelo médico/rehabilitador y el modelo social) se ha optado decididamente por el modelo social<sup>46</sup>, que enmarca la discapacidad del individuo en el contexto de la sociedad; remitiendo, pues, a una *situación social* en la que se encuentran ciertas personas y que incide en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trata de que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos fundamentales, abandonando la percepción de estas personas como un problema (cuando no una “carga”) para garantizar, por el contrario, el ejercicio pleno de sus derechos y libertades fundamentales.

La Convenio de la ONU está construida sobre la base de los presupuestos del modelo social y enfocando la discapacidad como cuestión de derechos<sup>47</sup>. El modelo social subyacente a la Convención de la ONU “desgarra el velo de la normalidad” que ha permitido justificar la exclusión de las personas discapacitadas<sup>48</sup>.

Precisamente la Convenio de la ONU establece como objetivo fundamental “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art.1). Entre los derechos de igualdad se encuentra el propio derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 5) y el derecho social a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad (art. 27). Con todo, la Convención de la ONU prohíbe expresamente y con carácter jurídicamente vinculante toda discriminación por motivos de discapacidad.

Importa hacer notar a los efectos que aquí interesan que, según el propio Preámbulo de la Convención de la ONU “*la discapacidad es un concepto que evoluciona* y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a

---

<sup>45</sup> En esa dirección la argumentación de DUEÑAS HERRERO, L.J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?”, cit., pág. 430., que apunta, además, “que tras la STJUE *Daouidi* estamos en presencia de un posicionamiento más cercano a la “contingencia” que a sus causas (Véase en particular los apartados 42 a 46 y las Sentencias allí traídas. El art. 2 del RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define la discapacidad como una “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias...”, entendemos que es una “situación limitada”” (pág. 431).

<sup>46</sup> Véase PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Cinca, 2008, *passim*.

<sup>47</sup> Véase QUINN, G. y DEGENER, T.: *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento de las Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York/Ginebra, 2002, pág. 11.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, L.: “La democracia constitucional”, en COURTIS, C. (Coord.): *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pág. 267.



la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. De ahí la configuración ex art. 1, a cuyo tenor “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales y 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”. De este modo, estamos ante un concepto abierto y dinámica, pues evoluciona haciendo posibles adaptaciones a lo largo de tiempo y en distintos entornos socioeconómicos.

Y ello es así porque la propia Convención de la ONU incorporada ya al ordenamiento comunitario asume ese modelo social. Y no se olvide que a efectos de la Directiva 2000/78/CE, que no lo define, el concepto de discapacidad *es un concepto de relevancia comunitaria que, por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión*. La discapacidad relevante a efectos de la Directiva antidiscriminatoria comprende la limitación de la capacidad de participar en la vida profesional de larga duración. Más concretamente: las enfermedades de larga duración – curables o incurables pero que generan limitación en la capacidad de trabajar- se incluyen entre los supuestos discriminatorios prohibidos ex art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE. En términos de realismo hermenéutico esto supone que el TJUE ha proporcionado un útil y necesario concepto ampliado de discapacidad que pone de manifiesto que la noción jurídica de discapacidad tiene un carácter evolutivo, no fijado o clausurado en términos invariables en un momento histórico-jurídico determinado. Esa interpretación abierta al tiempo del TJUE debe relacionarse con las previsiones de la Convención de la ONU, toda vez que el art. 1.2 establece que son personas con discapacidad las “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Estándose así ante un concepto ampliado de discapacidad (limitación psicofísica de la capacidad de trabajo de larga duración) de Derecho comunitario al que han de acomodarse necesariamente los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Es más, nuestro país se adhirió a esa Convención y aprobó el R.D.-Legislativo 1/2013, que se inserta en esa lógica. Y ello es importante para resolver los problemas aquí estudiados relativos a cuando una enfermedad (en el marco de la IT) deriva en discapacidad: una enfermedad duradera (no meramente incierta) como posible elemento o factor cualificante de discapacidad. Por ese criterio hermenéutico ha de caminar la idea de la incapacidad de carácter duradero discapacitante como posible factor de discriminación (y a esos efectos instrumentales). En todo caso hay que evitar la posible confusión entre la enfermedad de duración incierta y la propia duración de la IT, porque ciertamente la IT tiene en su duración una concreción legal. En realidad, en el sistema positivo vigente la duración de la IT está bastante perfilada con el nuevo marco regulador que se abrió después del RD 625/2014 y la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio. Hay



que tener en cuenta que actualmente con la aplicación obligatoria de los denominados tiempos de duración óptima de los procesos de IT, al comienzo de la misma queda marcado el tiempo máximo previsto de un proceso patológico. Obviamente si llegado su término no lo estuviere habrá una nueva consideración de si el diagnóstico es el correcto o no y fijación de un nuevo período máximo. En la práctica actual conduce a verificar que los tiempos de duración de IT difícilmente superan los once meses y que cuando llegan hay una valoración y si procede la prórroga en pocas ocasiones. Alcanzar los dieciocho meses es casi una proeza y no digamos la prórroga del subsidio hasta los veinticuatro. En este orden de ideas, es posible pensar que a una empresa anteriormente le preocupaba el tiempo de baja dado que desconocía su posible duración (y eso le podía perturbar en orden a si sustituir al trabajador o no...), pero ahora ya no es así. Más bien la preocupación –en la perspectiva del cuidado de su interés- vendrá por las bajas de corta duración que si causan un daño importante a la propia organización empresarial.

La larga enfermedad puede continuar más allá de la situación de IT. Ciertamente, como se recordará es una expresión que recuerda al mutualismo laboral con el denominado “subsidio de larga enfermedad” que luego cuando aparece el sistema de seguridad social se vino a recoger como invalidez provisional. Aquí sí que cabría pensar en eso que se dice si una enfermedad larga (la “invalidez provisional” podía durar hasta cuatro años y medio que sumados a los 18 meses de “IL transitoria” suponían seis años). Si lo comparamos con la situación de IT y como se califican los períodos según su duración, no parece que pudiera entenderse como larga enfermedad un proceso de IT que alcance los 61 días. Podría considerarse una exageración (cfr. el art. 2 de la O.ESS/1887/2015), aunque depende del punto de vista de la incertidumbre y las perspectivas de recuperación. Pero en la actualidad *dentro de período de IT* la consideración del elemento temporal en sí mismo es reducida, en cuanto intrínsecamente “temporal” o “transitoria” por definición. No obstante, y aparte de ello, sí que puede subsistir la enfermedad (y sus secuelas no reconocidas) sobrepasado el período máximo de IT como evidencia la experiencia jurídica.

1º.- Hay que tener en cuenta que no existe un único concepto legal de discapacidad, y que diversas normas se encargan de realizar definiciones diversas. En principio del término “discapacidad” es un concepto jurídicamente indeterminado, en el sentido de que es un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto o no precisado, aunque se convendrá que, en la realidad jurídica, son poco frecuentes conceptos absolutamente determinados<sup>49</sup>. De ordinario la discapacidad es objeto de una definición amplia (artículos 2.a) y 4.1 del RD. Legislativo 1/2013); y de una acotamiento específico como discapacidad laboral en sentido estricto que exige ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente (declaración administrativa de un grado de discapacidad en el referido umbral), o

---

<sup>49</sup> ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001, pág.130.

pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez (RD. 1300/1995, de 21 de julio, sobre declaración de incapacidades laborales), o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (art. 4.2 del RD. Legislativo 1/2013). El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado en los términos establecido reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional (RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía; el cual ha sido objeto de modificaciones sucesivas). La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional (art. 4.3 del RD. Legislativo 1/2013). En todo caso, resulta obvio que ni un enfermo por el sólo hecho de la enfermedad sin más es un discapacitado, ni un discapacitado es equivalente o identificable a un enfermo. Al menos siempre y por tanto no cabe equipararlos sin más. Un enfermo es que ha perdido la salud o la tiene alterada, pero no por ello tiene que tener una discapacidad, ni tiene necesariamente que estar en IT. Ni tampoco el discapacitado tiene que tener alterada su salud misma (o puede que la tuviera en su momento y sus secuelas determinan su situación objetiva de discapacidad posterior y actual).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la permanencia es una característica relativa de la discapacidad en sentido técnico-jurídico. En efecto, conforme al art. 2.a) del RD. Legislativo 1/2013: “A efectos de esta Ley” se entiende por discapacidad “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias *previsiblemente* permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En este sentido matizado se puede decir que a la hora de valorar/reconocer una discapacidad un rasgo esencial es su permanencia o su previsibilidad como ocurre con la IP. Y la IT *per se* no es permanente ya que una vez que las dolencias, padecimientos lo sean hay que valorar y determinar si está o no incapacitado. Es más, si analiza el baremo de valoración de las minusvalías se comprueba cómo si no hay permanencia, la valoración no se llega a cabo. Sin embargo, es fácil constatar igualmente cómo con muy harta frecuencia se supera el período de IT, se da de alta médica al trabajador y éste continúa teniendo disfuncionalidades psicofísicas que limitan su capacidad de trabajo y que no merecieron ser calificadas de IP en ninguno de sus grados legalmente tipificados.

Por su parte la IT es definida como aquella limitación de la capacidad laboral que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para la profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma<sup>50</sup>. La situación de IT no está incluida expresamente,

---

<sup>50</sup> El art. 194 LGSS clasifica la incapacidad permanente en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará

pero podría entenderse incluida en la definición amplia del art. 4.1 del RD. Legislativo 1/2013, y el trabajador afectado de esa incapacidad o “minusvalía” podría ser declarado como “discapacitado” por el organismo administrativo competente<sup>51</sup>. Hay que tener en cuenta que el apartado 2 del art. 4 del mismo cuerpo legal se abre indicando: “*Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento...*”. Por otra parte, la Convención de la ONU sobre discapacidad dentro de su delimitación de textura abierta (que recoge el RD. Legislativo 1/2013) podría acoger la situación de las personas con IP parcial si se planteara la integración en el tipo de existencia de cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (precisamente también en el sentido definitorio de limitación psicofísica funcional con incidencia social previsto en los artículos 2.a) y b) y 4.1 del referido RD. Legislativo 1/ 2013). No resulta baladí realzar que a efectos de la Convención de la ONU el concepto de discapacidad no queda definido con contornos precisos como lo explica la jurisprudencia del TJUE a delimitar la frontera entre enfermedad y discapacidad, y equiparando la enfermedad de larga duración a discapacidad. Es en este ámbito discursivo donde hay que fundar la discapacidad también respecto de la IP parcial. A mayor abundancia no son pocas las normas de valor fundamental que operan con el concepto más tradicional (y devenido al tiempo en estigmatizante) de “minusvalía”. Es el caso altamente relevante en la perspectiva jurídica del art. 15 de la Carta Social Europea Revista de 1996, que garantiza el “Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”. Conforme a dicha disposición europea (con rango de Tratado Internacional Europeo emanado del Consejo de Europa): “Para garantizar a las personas minusválidas, con independencia de su edad y de la naturaleza de su minusvalía, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: (...). 2. a promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y *adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de*

---

en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercita el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Por su parte, la prestación económica correspondiente a la IP parcial, consistirá en una cantidad a tanto alzado (art. 196.1 LGSS), y, por tanto no confiere la condición de pensionista al sujeto titular.

<sup>51</sup> Y ello es por completo independiente de dato normativo consistente en que en realidad el art. 4 del RD. Legislativo 1/2013 no fija dos tipos de discapacitados (y sí una definición legal genérica) y que lo que ciertamente se consagra es igualmente una pasarela de la incapacidad permanente hacía la Discapacidad, cuya finalidad es que se les reconozca los beneficios que contempla dicho RD. Legislativo. Pero hay que tener en cuenta, en cualquier caso, que su vinculación con el derecho al trabajo es para quienes hayan sido declarados en tal situación de IP y no de IT.

los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir; en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y apoyo”<sup>52</sup>.

En el fondo de lo que se trata es de “garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de los derechos” (art. 2. m) del RD. Legislativo 1/2013, en relación con los artículos 2.a) y b), y 4.1 del mismo texto reglamentario).

La distinta operatividad de la distinción jurídico-material de la IP (capacidad para llevar a cabo las funciones propias del grupo) e ineptitud sobrevenida (capacidad para realizar las funciones concretas o específicas de un determinado puesto de trabajo) ha permitido avalar el despido de un trabajador con una minoración significativa de su capacidad productiva o de rendimiento, incluso después de una previa denegación del reconocimiento de la IP total o absoluta (pero con secuelas persistentes que limitan su capacidad de trabajo y requerirían una adaptación –“ajustes razonables” en el empleo- del puesto de trabajo o un cambio de puesto de trabajo como solución distinta y preferible a la de despido objetivo).

1º.- La orientación debería ser completamente distinta (y *de lege data*, sin necesidad de reclamar el *de lege ferenda* desde la política del Derecho), atendiendo a nuestro sistema jurídico europeo (art. 21 CDFUE; artículos 20 y 24 de la Carta Social Europea Revisada de 1996) y constitucional (art. 14 CE, pese a la interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional, porque el art. 14 interpretado necesariamente con arreglo al art. 10.2 CE no puede sino considerarse como una cláusula abierta a una más amplia fenomenología de supuestos discriminatorios). De este modo un “despido por motivo de enfermedad” (sin aceptar la elipsis de la disfuncionalidad laboral en el rendimiento pretendidamente justificante del despido) debería considerarse como un despido discriminatorio que debería dar lugar a la calificación de nulidad del acto extintivo con todas sus consecuencias. Un despido por ineptitud que no se justifica por el hecho objetivo de no ser competente o no estar capacitado para el desarrollo o desempeño del puesto de trabajo asignado si no hubiera podido, pues está sujeto a la previa adopción de “ajustes razonables” para que el trabajador pueda continuar trabajando sin cargas excesivas para el empleador (artículos 2.1 y 3.1.c) de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de

---

<sup>52</sup> Sobre este precepto puede consultarse CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS ROIG, R.: “Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15 de la Carta Social Europea)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 683 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas” (Artículo 26)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 573 y sigs.

noviembre). En definitiva, debe ser un despido motivado por falta de rendimiento y una vez que han fracasado o no se han podido realizar los “ajustes razonables” pertinentes.

En este orden de ideas resulta interesante la doctrina establecida en la STS 757/2018, de 22 de febrero de 2018, rec. 160/2016. La validez de un despido por ineptitud sobrevenida exige que la empresa haya adoptado medidas de ajuste razonables que no constituyan una carga excesiva para los legítimos intereses empresariales (incluso para trabajadores que no hayan sido calificado formalmente como “no aptos” o calificados con algún grado de incapacidad laboral o de discapacidad por los órganos de calificación respectivamente competentes) para que el trabajador pueda ser readaptado a otro puesto de trabajo compatible con su disminución de capacidad (en el sentido del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE). De manera que sin cumplir ese requisito previo de ajustes razonables equilibrando o ponderando los intereses en juego (a través del cláusula de “ajustes razonables”, concepto jurídicamente indeterminado que comporta un inherente juicio de racionalidad) el despido debería ser calificado de nulo por vulnerar el principio de no discriminación o más ampliamente derechos fundamentales del trabajador. Con ello el Tribunal Supremo asume la doctrina establecida originariamente por el TJUE en la Sentencia de 11 de abril de 2013, “Asunto Ring”. En la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y 337-11 (“Ring y Werge”), el Tribunal comunitario interpreta la Directiva 2000/78/, de 27 de noviembre, para perfilar el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. En la sentencia referencial del TJUE señala que la Decisión 2010/48 de la UE aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tenga 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”. Por consiguiente, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Ello supone que la enfermedad –sea curable o no- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad “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 en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración. Precisamente respetando y asumiendo esa evolución conceptual plenamente acatada tanto por la sentencia recurrida como por el Tribunal Supremo, lo cierto es que el caso que nos ocupa no guardaría relación con una situación en que el acto al que se atribuye el efecto discriminatorio se produce como única y exclusiva reacción ante la situación de la trabajador, que es lo que la Directiva proscribiera. Ésta contempla la

obligación de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables que adapten las condiciones de trabajo a las necesidades de la persona en cuestión. De la doctrina del TJUE cabe colegir que en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos del art. 2.4 de la Convención de la ONU y del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables. Precisamente en el caso de la Sra Ring –en la sentencia de contraste- se ponía de relieve la falta de ofrecimiento de medida alguna por parte de la empresa. Respecto de la valoración de las medidas de ajuste, el TJUE opta por una definición amplia del concepto señalando que incluso la enumeración que la propia Directiva 2000/78 hace en su considerando 20<sup>a</sup> no es exhaustiva y que las mismas pueden ser “de orden físico, organizativo o educativo”. Precisamente en este caso consta en hechos probados que la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionado con la actividad específica para la que presta servicios. También consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación. Hay que recordar, finalmente, que según el art. 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tiene derecho las personas con discapacidad deberán ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores. Por todo ello, se hace difícil que el fallo de instancia es contrario a la doctrina que se plasma en la sentencia de contraste, pues, aunque partamos de un concepto de discapacidad distinto, amplio y perfilado por la STJUE que se aporta de contraste, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europeo se indica, de suerte que la decisión judicial impugnada mantiene su adecuación a derecho (fj. 3º).

2º. Avances se han producido situaciones de enfermedad e incapacidad temporal de larga duración (o en otro caso enfermedad crónica) que puede asimilarse según las últimas STJUE a “discapacidad”, pues la misma discapacidad no tiene que ser permanente o irreversible. Ello es coherente con el objetivo establecido en la Directiva 2000/78/CE de prohibir toda discriminación, directa o indirecta, por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación (artículos 1 y 2.1 de la Directiva 2000/78/CE). Para el TJUE la discapacidad supone una limitación de larga duración causada por patologías psicofísicas y que implican un obstáculo para que la persona participe activamente en la vida profesional. Esa situación objetiva de discapacidad laboral puede ser acreditada por personal técnico cualificado para ello. Es coherente con la Convención de la ONU sobre discapacidad que incorpora la nota tipológica de la larga duración de las deficiencias, o su permanencia en el tiempo (“a largo plazo”, dice el art. 1, párrafo 2º, de la Convención de la ONU).

Pero ello confiere una *tutela débil, limitada*, de la necesaria protección del trabajador enfermo que es despedido por causa de su enfermedad aduciendo su falta



objetiva de rendimiento. En realidad un despido concurriendo una situación de enfermedad sin causa real y seria para el despido debería reconducirse hacia la calificación judicial de nulidad con todas sus consecuencias lógico-jurídicas. Ahora bien, si se acredita la ineptitud sobrevenida del trabajador para realización de las tareas principales o esenciales de un puesto de trabajo es obvio que no puede imponerse al empleador estabilidad en el empleo de un trabajador que no estaría capacitado laboralmente para realizadas las funciones contractualmente asumidas.

El concepto de discapacidad a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE es un concepto funcional que se orienta hacia los fines y que por ello es extenso y de textura abierta en la interpretación realizada por el TJUE (señaladamente en el caso Daouidi). A partir de la reiterada doctrina del TJUE todos los jueces y tribunales nacionales ante una pretensión de actuación discriminatoria deberán tomar en consideración el hecho de que una incapacidad temporal pueda derivar en discapacidad atendiendo a su carácter duradero e incierto y a las perspectivas de recuperación, pese a que el trabajador enfermo continúe en situación jurídica de IT (y por tanto percibiendo el subsidio económico y las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social). Esto es lo que procedió a realizar el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (en el sentido de entender que ha existido discriminación por discapacidad y la ausencia de una motivación real del despido que estaría basado exclusivamente en la prolongación de la baja del trabajador) y por el TSJ Cataluña en Sentencia de 16 de junio de 2017, Rec. 2310/17 (en el sentido contrario por considerar que en el supuesto examinado no había razones para apreciar una situación asimilable o presunta de discapacidad)<sup>53</sup>.

Para un caso diverso (la trabajadora había sido dada de alta), el TSJ Madrid en Sentencia de 8 de marzo de 2017, EDJ 51458, declara la nulidad del despido de una trabajadora *tras ser dada de alta por el transcurso del período máximo de IT*. La trabajadora fue diagnosticada de trombocitosis esencial, celiaquía y colitis linfocitaria, *patologías por la que causó sucesivas bajas*. Tras su alta médica, la trabajadora no acudió al trabajo por razones de salud y posteriormente tomó vacaciones, siendo a su regreso cuando se produce el despido. Para el TSJ Madrid concurre la circunstancia de una limitación duradera de la capacidad funcional de la trabajadora por enfermedad común (posteriormente calificada como discapacidad). Esto hacía prácticamente imposible (situación jurídico-objetiva de imposibilidad sobrevenida) su reincorporación al puesto de trabajo, como se aprecia en sus numerosas altas y bajas, que le impiden realizarlo en

---

<sup>53</sup> El TSJ Cataluña rechaza que el despido fuera discriminatorio. Considera que en el momento en que fue despido del trabajador, único momento que se puede tener en cuenta, el trabajador se encontraba en una situación de IT reversible que no se puede calificar de duradera pues entre el accidente de trabajo y el despido apenas había pasado un mes y veintitrés días. Aunque es cierto que el trabajador solicitó oficialmente la incapacidad permanente, ello no es suficiente para considerar que las limitaciones funcionales puedan calificarse de duraderas lo que significa que la situación del trabajador no puede calificarse de incapacidad o discapacidad ni la empresa pudo cometer ningún tipo de discriminación con el despido. Por ello, el TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación de la empresa y declara el despido improcedente y no nulo por discriminación basada en la discapacidad.

condiciones normales de eficacia, rendimiento y continuidad que exige el mercado de trabajo.

En realidad esto obliga al operador jurídico a atender a las características del caso por caso realmente existente para resolver despidos que se produzcan por enfermedad durante y después de la IT. La verificación de la limitación de larga duración siendo un concepto jurídico tiene que ser apreciado fácticamente en su existencia en el caso de autos por el juzgador nacional. Ante una situación de discapacidad del trabajador en una IT de larga duración (o enfermedad duradera e incierta) el despido objetivo ex art. 52.a) del ET no puede operar con base al primado de la rentabilidad empresarial, pues han de prevalecer los derechos a la salud y al trabajo. Y tal despido ilegítimo deberá ser calificado de nulo.

Una IT de larga duración puede ser el factor determinante de la conversión de la situación jurídica de la IT (por definición de carácter temporal o transitorio en la lógica interna del sistema legal) en discapacidad. De manera que si la causa real del despido es la limitación duradera de la capacidad de trabajo (devenida en discapacidad) el despido deberá de ser calificado *de lege data* como discriminatorio por motivo de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

Más allá de ello (y manteniendo ese criterio) cabe decir que, después de todas estas consideraciones sobre la interconexión entre despido objetivo por ineptitud e incapacidad temporal, *a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT*. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva, no hay un pronóstico sobre la evolución de la enfermedad del trabajador, la salud como derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes. Transcurrido la IT se verá entonces la situación de la capacidad productiva del trabajador, con independencia de que sea o no calificado de incapacitado permanente en algunos de sus grados. Y, en relación a ello, no es infrecuente que el trabajador que se reincorpora presenta disfuncionalidades que pueden mermar su capacidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo. He aquí donde puede entrar en juego las obligaciones de adaptación y los ajustes razonables garantizados legalmente para las personas discapacitadas, pero no de forma generalizada para los que no tengan esa consideración jurídica, lo que coloca a los enfermos nos discapacitados pero con enfermedades crónicas o recurrentes en una especial posición de debilidad. Lo aconsejable *de lege ferenda* sería ampliar o extender la obligación de adaptación del trabajo respecto a todos los trabajadores tras una IT, siempre que ello no suponga un coste excesivo para la empresa (como se consagra también la Directiva 2000/78/CE y en el RD. Legislativo 1/2013 para los discapacitados, y la LPRL respecto a los riesgos de personas especialmente sensibles). También cabe revalorizar aquí el papel regulador de la negociación colectiva para establecer estas obligaciones de adaptación de trabajadores tras un proceso de IT con secuelas *no* incapacitantes.

3º.- Cuestión distinta es que el legislador haga recaer sobre el empresario un deber de adaptación del puesto de trabajo, siempre que ello sea posible y no genere una situación de excesiva onerosidad sobrevenida que pudiera considerarse insoportable o excesivamente gravosa para los intereses legítimos del empleador (Más allá de lo previsto en los términos de la Convención de la ONU, Directiva 2000/78/CE, art. 5, y del RD. Legislativo 1/2013, artículos 2 m) y 40.2). Para ello podría extenderse las previsiones de la garantía reforzada de las personas especialmente sensibles a los riesgos profesionales del art. 25 LPRL, pero también analógicamente las previstas en el supuesto de ineptitud o dificultades de adaptación del trabajador sobrevenida por modificaciones técnicas operadas por el empresario que incidan en el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador (art. 52.b) del ET). Esta obligación de adaptación no sería absoluta, pues dependería de las posibilidades reales de la empresa y de la propia capacidad de adaptación del trabajador. Lo relevante es intentarlo con arreglo al principio de la buena fe y deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de la obligación empresarial en tal caso.

Hay que tener en cuenta el Preámbulo (9) de la Directiva 2000/78/CE, según el cual: “El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”. Pero este objetivo fundamental debe ser ponderado en los términos planteados por el propio Preámbulo (17), conforme al cual: “La presente Directiva *no obliga a* contratar, ascender, *mantener en un puesto de trabajo* o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad”. Conforme al art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, “los ajustes a los que tiene derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores”. El *parámetro político jurídico inherente a la obligación de “ajuste razonable”* del puesto de trabajo (concepto jurídicamente indeterminado) es el estar llamado a servir de guía en la especificación del equilibrio más idóneo entre los intereses en juego (véanse los artículos 2 y 27.1.i) de la Convención de la ONU sobre discapacidad)<sup>54</sup>.

Esto obliga a buscar un equilibrio satisfactorio entre los derechos del trabajador enfermo o, en su caso, discapacitado y los legítimos intereses económicos de la

---

<sup>54</sup>Precisamente, la Comunicación de la Comisión Europea, “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020”, Bruselas 15-11.2010 COM(2010) 636 final, insiste en que su objetivo general es capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas (apartado 2. “Objetivos y medidas”, pág. 4); y asimismo en subrayando que la actuación de la UE respaldará mediante “ET 2020”, marco estratégico para la cooperación en educación y formación, los esfuerzos nacionales encaminados, en primer lugar, a suprimir las barreras jurídicas y organizativas que se presentan a las personas con discapacidad en los sistemas generales de educación y de aprendizaje permanente (apartado 5. “Educación y formación”).

empresa/empresario (jurificados a través de la categoría de la excesiva onerosidad en la prestación del empleador). Es aquí donde hay que subrayar el carácter verdaderamente “objetivo” del despido del trabajador en su conexión con las exigencias de capacitación del puesto de trabajo desempeñado.

6º. Pero es que en esta materia concurre una problemática de no menor entidad y preocupante. Se hace referencia ahora *la conexión existente en la práctica entre la ineptitud sobrevenida y el deterioro de las facultades y capacidades laborales del trabajador mayor* (con terminología diversa pero equiparable: trabajador de edad, trabajador maduro). Y es que en muchos casos se produce una interconexión causal nítida entre edad y enfermedad asociada al factor de edad que da lugar a IT y a menudo a frecuentes situaciones de IT encadenadas con recaídas constantes. En este sentido la incapacidad para trabajar viene asociada con harta frecuencia comprensible con el envejecimiento que puede generar disfuncionales físicas o psíquicas que inciden negativamente en el trabajo (y en la misma capacidad de adaptación a las modificaciones técnicas que se operan en el mismo). Por lo demás, no sólo se trata de un derecho individual al trabajo de las personas mayores, sino también de la articulación de unas políticas activas de empleo orientadas a la prolongación de la vida activa; unas políticas activas que pretenden garantizar el derecho al trabajo pero también –explícitamente- la sostenibilidad del sistema público de pensiones.

En este sentido se ha defendido una política del Derecho que establezca garantías reforzadas frente al despido de las personas mayores: reforzando la propia causalidad y la calificación de nulidad de los despidos de los mayores que no tengan una causa seria o de entidad<sup>55</sup>. Lo cual no impide el despido fundado en una objetiva excesiva onerosidad sobrevenida en las prestaciones del empleador, afectando a la causa del contrato de trabajo, siempre que el empresario alegue y pruebe la existencia de una causa o motivo serio por afectar al rendimiento y no haya posibilidades razonables de adaptación o reubicación/recolocación del trabajador en otro puesto de trabajo de la misma empresa. Y siempre recordando que la “edad” en sí misma no puede equipararse a falta de

---

<sup>55</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Ed. Comares, 2013; APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete, Ed. Tirant Lo Blanch, 2007; VV.AA.: *La Edad de Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, C. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad del sistema de pensiones*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013; VV.AA.: *Trabajadores maduros*, MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), Valladolid, Ed. Lex Nova, 2009; VV.AA.: *La política de pensiones en el Estado Social en transformación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2015; VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A., Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015; MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2016; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Madrid, Ed. Atelier, 2015; VV.AA.: *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de políticas empresariales de recursos humanos*, Morales Ortega, J.M. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Murcia, Ed. Laborum, 2016.

rendimiento ni mucho menos a discapacidad; y, por tanto, un despido que se basará exclusivamente en la edad debería ser calificado siempre de discriminatorio (STC 22/1981) (No se olvide que la edad aparece como un factor potencial de discriminación en las normas internacionales, europeas y nacionales).

En la perspectiva altamente relevante de la prevención de riesgos laborales, hay que tener en cuenta necesariamente las previsiones del Marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, aprobado el 6 de junio de 2014, que pretende llevar a cabo estrategias realmente eficaces de prevención del riesgo y con ello hacer frente a los riesgos nuevos y emergentes y atender al hecho ineludible del envejecimiento de la trabajadores en el espacio de la Unión y las exigencias de adaptación de los puestos de trabajo correspondientes<sup>56</sup>.

En el fondo, como se ha advertido, la discapacidad en sentido genérico es una cuestión muy amplia, porque los problemas cognitivos y físicos que las personas con discapacidad padecen a lo largo de sus vidas son similares en grado y forma a las insuficiencias físicas y psíquicas que los seres humanos “normales” experimentan a medida que envejecen. Atendiendo al hecho del incremento del número de personas que viven hasta edades más avanzadas, todos los Estados terminarán enfrentándose a un problema creciente de discapacidad vinculada al envejecimiento de la población. De manera que el fenómeno social de la discapacidad es un ámbito sumamente extenso que afecta –y afectará cada vez más– a todas las familias de todas las sociedades<sup>57</sup>.

Con todo, la causa de despido ex art. 52.a) del ET (como también la prevista en el apartado b) del mismo precepto) se vincula a un problema de capacidad para el trabajo –rendimiento– y no a la edad en sí misma considerada. Por lo demás, sobre el trabajador de edad no puede pesar nada parecido a una presunción de ineptitud o de incapacidad presunta, que iría frontalmente en contradicción con el derecho al trabajo tal y como tal

---

<sup>56</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020. Precisamente el “tercer reto” principal es “combatir el cambio demográfico”. Dado que se pretende una prolongación de una vida activa saludable y segura resulta fundamental lo siguiente: “Para prologar adecuadamente una carrera profesional es muy importante adaptar como es debido el lugar de trabajo y la organización de este, incluida la jornada laboral, la accesibilidad del puesto de trabajo y la intervención dirigida a los trabajadores de más edad. Para hacer frente a las cambiantes capacidades de los trabajadores a causa del envejecimiento también es importante desarrollar la empleabilidad a lo largo de toda la vida. Diversos productos y servicios innovadores en el ámbito de las TIC (por el ejemplo, el “trabajo asistido por el entorno) ofrecen una amplia gama de posibilidades de mejora de la empleabilidad. Además, son necesarias medidas de reintegración y rehabilitación que permitan que los trabajadores vuelvan al trabajo rápidamente tras un accidente o una enfermedad, a fin de evitar su exclusión permanente del mercado del mercado de trabajo”. De ahí que entre los objetivos estratégicos clave se indique expresamente la “gestión del envejecimiento de la mano de obra, los nuevos riesgos emergentes y la prevención de enfermedades profesionales y enfermedades relacionadas con el trabajo”. La gestión de la edad requiere de “medidas específicas”.

Es obvio que son medidas indispensables la limitación del despido por razón de enfermedad, la adaptación del puesto de trabajo o su cambio por otro a través de una adaptación o reubicación razonable en el marco de la organización de la empresa con el apoyo legal pertinente.

<sup>57</sup> NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, cit., págs. 179-180.



es consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las “Cartas Europeas de Derechos”, y en la tradición del constitucionalismo democrático-social<sup>58</sup>. Y resulta harto significativo que la Recomendación OIT, núm. 162 (1980) y la Directiva 2000/78/CE prohíben cualquier discriminación en el empleo basada en la edad del trabajador; como en la regulación nacional (artículos 4.2.c) y 17 del ET). El art. 17.1 del ET es particularmente expresivo y contundente al señalar que se entenderán nulos y sin efecto cualquier regulación jurídica o conducta que dé lugar en el empleo “a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de la *edad o discapacidad*... Igualmente, la Recomendación OIT, núm. 172 (Recomendación III.12.1) dispone que todo Estado miembro debería establecer medidas para garantizar que los trabajadores mayores mantengan un empleo en condiciones satisfactorias en la lógica del “trabajo decente”, y entre ellas adaptando el puesto de trabajo a la capacidad del trabajador mayor para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, o incluso asignándole tareas distintas de la misma profesión o de otra diversa en la que pueda desplegar su capacidad de trabajo productivo (Recomendación 17)<sup>59</sup>.

Y esto es importante porque se puede producir de forma sobrevenida disfuncionalidades o dificultades de adaptación –que si no se adoptan las medidas proactivas adecuadas, incluidas las de carácter preventivo- podrían conducir a una disminución del rendimiento debido y la apertura lógico-jurídica legítima del despido objetivo por ineptitud ex art. 52.a) del ET. La alternativa preferible, en tal caso, que debería promoverse legalmente sería las obligaciones empresariales de adaptación y de formación siempre que ello no suponga una carga excesiva para el empresario. Pero en nuestra legislación se carece de un sistema de garantías reforzadas para el mantenimiento del empleo de los trabajadores con enfermedades no incapacitantes conforme a las normas de Seguridad ni tampoco para los trabajadores mayores que puedan presentar adicional y objetivamente una minoración de su capacidad de rendimiento sin realizarse ajuste adaptativos en su empleo. En nuestro ordenamiento jurídico-laboral no se reconoce un derecho “general” de todo trabajador enfermo a la modificación objetiva del contrato de trabajo con fines de adaptación del puesto de trabajo a sus circunstancias personales. Tampoco por sí misma la enfermedad del trabajador o su edad avanzada le convierte en sujetos protegidos bajo el manto protector de ser especialmente sensibles a los riesgos

---

<sup>58</sup>Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo en la Carta Social Europa (Artículo 1)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 361 y sigs.; *Ibid.*, “Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos*, cit., págs. 331 y sigs.; *Ibid.*, “Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a la libre elección del trabajo (art. 23.1 DUDH; art. 7 PIDESC)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs.773 y sigs., y la bibliografía allí citada.

<sup>59</sup>En este sentido, ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, en VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2009, pág. 253, con cita de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Causas de despido objetivo”, en VV.AA.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Ed. Tecnos, 2004, págs. 375 a 391.



laborales en el sentido del art. 25 LPRL. En todo caso, ante todo lo que importa en la práctica es verificar la correlación funcional existente en la situación psicofísica del trabajador y los riesgos concretos que comporta la realización de las funciones inherentes al puesto de trabajo que desempeña o va a desempeñar. Y ello porque sí concurre el supuesto de hecho genérico ex art. 25.1, párrafo 2º, de la LPRL (“El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuanto dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”), procederá la introducción *ope legis* de las garantías que se recogen en los dos grandes apartados de dicha disposición legal preventiva, incluido el mandato de que “los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo” (El párrafo 2º del art. 25.1 LPRL establece esta contundente prohibición legal de carácter general).

Cuestión distinta –y que comprende esa posibilidad- es la tutela reforzada de que goza el trabajador mayor si tiene la consideración de discapacitado, pues en tal caso entran en directa y necesaria aplicación de las garantías específicas (como normativa especial) en el RD. Legislativo 1/2013, que para los trabajadores pensionistas en situación de incapacidad permanente (que incluye la sobrevenida “ex origine” en el desarrollo de la actividad laboral) obliga a establecer medidas que garanticen la ocupación efectiva y adecuada a través de una obligación de adaptación, salvo que ello suponga una carga excesiva para el empresario. Se trata del juego de la razonabilidad instrumental para fines productivos o de rentabilidad, sujeta a la carga la prueba que pesa sobre el empresario (art. 40.2 RD. Legislativo 1/2013) y las mismas medidas adicionales específicas previstas en el RD 1451/1983, específicamente para los trabajadores con IP parcial (art. 1) e IP total o absoluta (art.2), como después se indicará. Pero esto demuestra que la limitación de las facultades extintivas ex art. 52.a) del ET es sólo relativa, porque ante la ineptitud sobrevenida del trabajador no existiera posibilidad de adaptación (algo que puede ocurrir más fácilmente en pequeñas empresas que en las medidas y grandes) o tras intentarlo persiste el defecto o disminución en el rendimiento al final podría quedar expedita la vía para el despido objetivo por la referida causa o circunstancia objetiva.

7º. Cabe decir que el marco normativo regulador vigente en materia de tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud no es sólo insuficiente, sino también en muchos aspectos decididamente inadecuado. Sería necesario llevar a cabo algunas reformas e innovación legislativas, y entre ellas las siguientes:

a). Calificar de nulos los despidos tanto por ineptitud como supuestamente de carácter disciplinarios sin causa real y seria en situaciones de incapacidad temporal. Esta opción de política del Derecho no requiere necesariamente que se califiquen de discriminatorios, pues se trata, ante todo, de establecer una garantía reforzada de la estabilidad en el empleo para los trabajadores en situación de Incapacidad Temporal. Aunque sería factible ya *de lege data* entender que el despido basado exclusiva o principalmente en la enfermedad del trabajador debería ser considerado siempre como discriminatorio.

El Convenio OIT, núm. 158 (1982), sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (ratificado por instrumento de 18 de febrero de 1985), deja clara constancias de que “La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo” (art. 6.1). Por otra parte, se establece que “incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación tal como ha sido definida en el art.4 del presente Convenio<sup>60</sup>” (art. 9.2.a) del Convenio OIT). Ciertamente, no impone la nulidad en todo caso, pero sí la existencia de un motivo o justificación seria y razonable de los despidos efectuados por iniciativa del empleador.

b). Deberían considerarse nulos los despidos por motivos exclusivamente de enfermedad, lo que puede acontecer al margen de una situación de IT, como es el caso de la reincorporación del trabajador tras el agotamiento de la misma IT, pero sin plena recuperación o con dolencias crónicas que no ha merecido la calificación técnica de incapacidad permanente total o absoluta conforme a la normativa de Seguridad Social, sin dar la oportunidad de “ajustes razonables” (art. 5 de la Directiva 2000/78/CE; art. 25 LPRL).

c). Los despidos sin causa –o sin causa sería- de trabajadores afectados de enfermedad recurrente o crónica (que no se olvida que suelen tener un perfil de género en la experiencia jurídica) deberían ser considerados como discriminatorios, partiendo de la base de que esa situación constituiría lógicamente un factor de discriminación laboral<sup>61</sup>. Se trata de tutelar a los trabajadores enfermos frente a un despido que le estigmatiza con daño a la salud y a su derecho al trabajo.

d). Por otra parte, los despidos por circunstancias objetivas ex art. 52.1.a) del ET de un trabajador incapacitado permanente parcial de manera sobrevenida –y por tanto, pudiéndose ser calificado como “discapacitado” si concurren el tipo de limitaciones

---

<sup>60</sup>De conformidad con el art. 4 del Convenio OIT, núm. 158 “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio”.

<sup>61</sup> En este sentido ARETA IBAÑEZ, M., QUINTANILLA NAVARRO, Y., BARRIOS BAUDOR, G., BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A., CAVAS MARTÍNEZ, F., TORTUERO PLAZA, J.L. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La calificación del despido por bajas médicas*, en *Aranzadi Social*, núm. 21 (2009), págs. 145 y sigs.

psicofísicas con incidencia en la capacidad funcional y de dificultades de integración social conforme a las previsiones de los artículos 2, apartados a)<sup>62</sup> y b) y 4 del RD. Legislativo 1/2013; RD 1451/1983, de 11 de mayo, artículos 1 y 2-, no pueden realizarse sin llevar a cabo todos los “ajustes razonables” sin que ello tenga que suponer una excesiva carga para la empresa. Ahora bien, si el despido objetivo ex art. 52.a) del ET se lleva a cabo sin atender a esa exigencia previa con arreglo a criterios de razonabilidad y de buena fe habrá que considerar que el despido será nulo y no improcedente, porque encubriría en sí una finalidad discriminatoria. Téngase en cuenta que la misma regla se aplica para una extinción basada en una incapacidad permanente total o absoluta (y sin perjuicio de la previsión legal suspensiva ex art. 48.2 del ET) ex art. 49.1.e) del ET.), pues pese a lo que suele afirmarse no estamos ante una causa automática e inmediata de extinción del contrato de trabajo, ya que debe intentarse previamente llevar a cabo los “ajustes razonables”. De lo contrario el despido del trabajador afecto de IP y por consiguiente discapacitado podría calificarse de nulo por discriminatorio. En todo caso, el grado más elevado de incapacidad permanente (aparte de que el trabajador tiene reconocida una pensión) dificultará más en la práctica el éxito de los “ajustes razonables”. Todo esto implica que el despido por ineptitud sólo puede ser legítimo como última medida (“*ultima ratio*”) previo agotamiento de otras medidas que se imponen en el sistema legal de garantías multinivel (señaladamente la normativa específica española y la Directiva 2000/78/CE, a las cuales se ha venido haciendo referencia)<sup>63</sup>.

Respecto a los trabajadores a los que sí se les ha reconocido un tipo de incapacidad, hay que estar a las previsiones establecidas en el RD 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores “minusválidos”, artículos 1 y 2, respecto a los trabajadores a los que sí se les ha reconocido un tipo de incapacidad. Conforme al art. 1 (dentro del capítulo del empleo selectivo) del referido RD: Los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial, tienen *derecho a su reincorporación* en la Empresa en las condiciones que se enuncian y que dan lugar a cuatro supuestos distintos con correlativas garantías de protección:

1º. Que no afecte al rendimiento normal: Si la incapacidad permanente parcial no afecta al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de

---

<sup>62</sup> Conforme al art. 2.a) del RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, e intelectuales o sensoriales previsiblemente permanentes que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. Se formula una noción de discapacidad de gran amplitud potencial que opera a través de conceptos jurídicamente indeterminados, los cuales tendrá que definirse atendiendo a las circunstancias de cada caso estudiado. Véase ENGLISH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp. de E. Garzón Valdés y presentación de L. García San Miguel, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.

<sup>63</sup>En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albace, Ed. Bomarzo, 2017, págs. 79 y sigs.

incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo.

2º. Que afecte al rendimiento entrañando una carga excesiva para el empleador: En el supuesto de que el empresario acredite (sobre el que recae la carga de la prueba) la disminución del rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa.

3º. Supuesto de incorporación por recuperación con IP parcial y reconocimiento de un derecho a reincorporarse al puesto de trabajo originario. Los trabajadores que hubiesen sido declarados de incapacidad permanente *parcial* y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobrarán su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniese ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiese transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la Empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente”. Aunque afectado por el art. 48.2 del ET, conviene retener que el art. 2 dispone un derecho de preferencia absoluta para la reincorporación de los trabajadores IP totales o absolutos recuperados (apartado 1) y para los IP que continuaran afectados de un IP *parcial* también un derecho de preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral”. Y para atenuar la carga económica se establece que “las readmisiones que lleven a cabo las empresas, en los supuestos previstos en este artículo, darán derecho a reducciones del 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años”.

4º. Incorporación sobrevenida derivada de la recuperación del trabajador con IP parcial de una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez: se le reconoce un derecho de preferencia absoluta a la readmisión en la última empresa donde prestó servicios.

Como se puede apreciar estas medidas que facilitan la reincorporación del trabajador con incapacidad o discapacidad funcional pretenden garantizar el derecho al trabajo y a una ocupación efectiva y adecuada, sea en el mismo puesto de trabajo o, en caso de no ser posible en otro puesto de trabajo análogo pero manteniendo el nivel retributivo correspondiente al anteriormente ocupado antes de la modificación objetiva

del contrato si el cambio de puesto de trabajo supusiera una retribución inferior (*in fine* art.39.2 del ET)<sup>64</sup>.

Ante la situación de inseguridad jurídica en diversos supuestos parece que sí debería establecerse una normativa clarificadora (que seguramente *de lege data* podría haberse inferido de una interpretación finalista e integradora de la normativa vigente considerando como factor discriminatorio un despido motivado esencialmente por causa de enfermedad) que incluyera como causa discriminatoria expresa todos los actos (incluidos los despidos) realizados por motivos de enfermedad, estado de salud o situación de IT. Esta normativa aclaratoria podría cristalizar en concreto *de lege ferenda* en los artículos 4.2.c) y 17 del ET, participando tales actos de la declaración de nulidad con todas sus consecuencias. Esta reforma se habría producido de haber prosperado el *Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 2011* (BOCG Congreso de los Diputados 10 de junio de 2011), que incluía a la enfermedad como causa o factor de discriminación laboral<sup>65</sup>, de manera que el despido sin causa sería del trabajador enfermo durante la IT sería calificado de nulo.

Mientras tanto, todos los jueces y tribunales nacionales (artículos 9 y 117 CE) tienen que realizar una interpretación de los conflictos jurídicos suscitados aplicando la doctrina establecida y consolidada por el TJUE, en interpretación de la Directiva 2000/78/CE y de la Convención de la ONU (aprobada por la Unión Europea en virtud de la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), ya incorporada al Derecho de la Unión Europea. Esto conduciría, al menos, a considerar discriminatorios (y por tanto nulos) a los despidos por motivos de enfermedad de larga duración o de carácter crónico.

a). Los despidos de trabajadores mayores respecto de los cuales no se acredite una causa seria deberían ser considerados de nulos, porque de ser así encubrirían una discriminación por razón de la edad. Cuestión distinta es que se despidan a un trabajador mayor por una acreditada falta de rendimiento involuntario, hecho fáctico que abriría las puertas a la causa extintiva ex art. 52.a) del ET, como defecto funcional en la causa del contrato de trabajo integrante de una situación jurídica de excesiva onerosidad sobrevenida en las prestaciones del empleador.

b). A los trabajadores con enfermedades crónicas, aun sin ser considerados discapacitados (pues de ser así ya lo tendrían en el marco de su estatuto jurídico protector; y teniendo en cuenta que los incapacitados permanente son considerados “per se” discapacitados en virtud del RD. Legislativo 1/2013) *se les debería reconocer el derecho*

---

<sup>64</sup>GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísica*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pág. 185.

<sup>65</sup>VELASCO PORTERO, T.: “El despido del trabajador enfermo: ¿Imprudencia o nulidad?”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39/2014, pág. 155; DUEÑAS HERRERO, L.J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?”, cit., pág. 428.

a la adaptación del puesto de trabajo si las circunstancias de la empresa lo hacen posible, y no resultase excesivamente oneroso para el empleador.

c). La eficiencia del sistema del garantismo jurídico-laboral exigiría que se definiera legalmente el concepto de ineptitud como causa de despido ex art. 52.a) del ET y la noción de discapacidad presunta o de enfermedad de larga duración durante el desarrollo de la IT (o enfermedad). Ello es conforme con una concepción jurídico-material y no exclusivamente formal de la discapacidad en la línea que está siguiendo el Alto Tribunal Comunitario, que *aborda extensivamente la discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria* de la Directiva 2000/78/CE. Para ello el juzgador puede servirse de la prueba indiciaria y así poder establecer un panorama indiciario de que se existe discapacidad presunta y que se ha despedido al trabajador por razón de la misma más allá de que la actuación se encubra (acaso con fraude o simulación desviante) en términos de disminución del rendimiento o de la capacidad productiva (la doctrina tradicional de la perspectiva estrictamente funcional de la incapacidad de trabajo como pretendido fundamento del acto de despido del trabajo con enfermedad cualificada discapacitante).

De declararse el despido discriminatorio por motivo de enfermedad discapacitante, esa declaración comportará la condena a la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo y con las mismas condiciones laborales disfrutadas y el abono de los salarios dejados de percibir (artículos 55, apartados 5 y 6 del ET y art. 108.2 y 113 de la LRJS), viniendo por lo demás la empresa obligada a realizar los ajustes razonables en su puesto de trabajo o funciones que exija la limitación residual de la capacidad del trabajador afectado, conforme a las previsiones del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE y del RD. Legislativo 1/2013, artículos 2, 63 y 66. De manera que constituirá también acto discriminatorio (en el marco de la situación jurídica de discapacidad) la no realización de tales ajustes razonables, y como tal ese comportamiento desviante será calificado de nulo.

Hay que atender el hecho de que el trabajo es un factor de integración e inclusión social, lo que es especialmente relevante para las personas con limitaciones psicofísicas que afecten a su capacidad funcional o supongan una incapacidad funcional.

Esto último es una consecuencia lógico jurídica no sólo de las disposiciones referidas sino también del art. 3 de la Convención de la ONU, que entiende por discriminación motivada por discapacidad “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, *entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”. De manera que la no realización –o su no realización adecuada y eficiente- de los ajustes razonables constituye una forma de discriminación.



Esta conclusión se infiere del sistema multinivel de garantías que se impone deducir del art. 53 (“Nivel de Protección”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>66</sup> y de los instrumentos normativos emanados del Consejo de Europa<sup>67</sup>.

f). Para los supuestos de déficit de capacidad funcional por declaración de incapacidad permanente *parcial*, antes de proceder a un despido objetivo por ineptitud debe buscarse la adaptación del puesto de trabajo a la persona del trabajador, siempre que las circunstancias de la empresa lo permitan y no sean excesivamente oneroso para la posición jurídica del empleador en los términos previstos en el en el RD. Legislativo 1/2013, y en relación con los artículos 5.2.c) y 17.1 del ET; RD 1451/1983, de 11 de mayo, art. 1.

g). En los casos de IP total y absoluta o gran invalidez declaradas de manera sobrevenida es manifiesto que la causa extintiva no puede ser la propia del mecanismo extintivo previsto en el art. 52.a) del ET. Por lo demás, existe una causa autónoma de posible extinción para tales supuestos en el art. 49.1.e) del ET (el contrato de trabajo *podrá* extinguirse por gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 del mismo cuerpo legal, y de los derechos laborales de adaptación previstos en normas de garantía de las personas con capacidad limitada; RD. Legislativo 1/2013; LPRL; LGSS, ya citadas).

Ahora bien, los trabajadores declarados incapacitados permanentes totales o absolutos tienen derecho preferente al reingreso en caso de recuperación plena o parcial (art. 2 del RD 1451/1983), pese a que pueda haberse producido una extinción por la vía del art. 49.1.e) del ET, y sin perjuicio del art. 48.2 del ET, según el cual “cuando a juicio del órgano de calificación la situación del trabajadores va a ser previsiblemente objeto de *revisión* por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declara la invalidez permanente”. Esa declaración inicial desautoriza el despido del trabajador porque se trata de un supuesto de *suspensión ope legis*.

Por otra parte, los pensionistas incapacitados permanentes en sus grados de total, absoluta y gran invalidez, son *ex lege* expresamente considerados como discapacitados a

---

<sup>66</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nivel de protección (Artículo 53)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1397 y sigs.

<sup>67</sup> Para el estudio analítico de ese marco normativo específico del garantismo multinivel que involucra a los instrumentos del Consejo de Europa, véase VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017. Para una perspectiva reflexiva de conjunto, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016.

todos los efectos (art. 4, apartado 1 y 2 del RD. Legislativo 1/2013)<sup>68</sup>, y en tal condición gozan de una tutela reforzada de su derecho al trabajo (Capítulo VI. “Derecho al trabajo”), artículos 35 y siguientes. Conforme al art. 40.2 (en relación con el art. 2 m) del referido RD. Legislativo) “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario...”. Por lo demás, junto a la tutela de la discriminación que garantizan estas disposiciones debe tomarse en consideración y relacionarse sistemática y finalísticamente con la tutela preventiva de riesgos laborales (artículos 15 y 25 de la LPRL). Todos los esfuerzos que sean razonables y viables serán útiles y necesarios para garantizar el empleo (y la integración social que éste propicia) y evitar el despido de los trabajadores con pérdida de capacidades psicofísicas especialmente vulnerables y frecuentemente sensibles a riesgos derivados del trabajo. En la lógica de los “ajustes razonables” de la Directiva 2000/78/CE, de los artículos 2 m) y 40.2 del RD. Legislativo 1/2013 y de la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos del trabajo ex art. 25 LPRL (en relación con los artículos 14.2 y 15.1.d) LPRL), existe una obligación objetiva de adaptación que si es incumplida debe generar la nulidad de los actos extintivos del empleador (señaladamente, el despido por ineptitud ex art. 52.a) del ET.

Es importante señalar que la STS 994/2018, de 29 de noviembre de 2018, *declara que es ineficaz por incurrir en ultra vires el art.4.2 del RD. Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable “a todos los efectos” la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total y absoluta con el grado de discapacidad del 33%. Se produce de esta forma un exceso en la delegación legislativa que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto en la que se sustenta, y que de forma expresa mantenía*

---

<sup>68</sup>Hay que tener cierto cuidado con las “equivalencias” a efectos del RD-Legislativo 1/2013, entre discapacidad e incapacidad permanente total o absoluta. Los órganos de calificación oficial son distintos y operan a distintos efectos. Por lo pronto, si estas situaciones de incapacidad permanente sobrevienen en la trayectoria laboral de la persona (incapacidad/discapacidad sobrevenida), ello no implica que no puedan trabajar y que no tengan el derecho a trabajar en la empresa de procedencia originaria. Basta reparar en la previsión del art. 48.2 del ET y también en el hecho de que el art. 49.1.e) del ET, no contempla, en una necesaria interpretación sistemática, una extinción automática de la relación laboral por la simple calificación de incapacidad permanente total o absoluta sobrevenida en el transcurso de la relación laboral, ya que debe procederse a realizar los “ajustes racionales” que exige nuestro art. 25 LPRL y también el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE. El art. 198 (“Compatibilidad en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente”), apartado 1 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que “En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. También es importante retener las previsiones del RD 1451/1983, de 11 de mayo, sobre medidas de empleo selectivo y fomento del empleo de “minusválidos”, la cual reconoce el derecho de preferencia absoluta para su readmisión a los trabajadores que hubieren cesado en la empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente o absoluta o que tras un proceso de recuperación quedaran afectados de una incapacidad permanente parcial (artículos 2 y 3).

en sus términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003. Por esa razón sigue siendo de aplicación la doctrina de las SSTS 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (recud. 2026/2014), entre otras muchas, que limitan esa equiparación a los solos y únicos efectos que ahora se corresponden con el contenido del RD. Legislativo 1/2013 (fj. 3º) (Esta sentencia tiene voto particular de los Magistrados R.M. Viroles Piñol, F. Salinas Molina y J.M. López García de la Serrana). En el mismo sentido se había pronunciado antes la STS 994/2018, de 19 de noviembre de 2018, que establece la misma doctrina respecto al grado de discapacidad a determinar después de la entrada en vigor del RD. Legislativo 1/2013, en aquellos casos en los que un beneficiario tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total o absoluta, de manera que el 33% de discapacidad no se atribuye de manera automática a éstos porque se aprecia por la Sala que el art. 4.2 de dicha norma contiene una regulación ultra vires en relación con el mandato de desarrollo del texto refundido que le otorga la Ley 26/2011, de 1 de agosto (también con voto particular).

Aparte de ello, el derecho/deber de adaptación del trabajador con limitaciones en su capacidad psicofísica no oficialmente reconocidas o declaradas ha de postularse respecto de los trabajadores con enfermedad asimilada a discapacidad conforme a la interpretación extensiva que ha abierto el TJUE. Así SSTJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Karsten Kalfoft, y de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/1, Mohamed Daouidi.

En estas situaciones de enfermedad de larga duración o de carácter crónico asimilada a discapacidad (y por supuesto las limitaciones de la capacidad laboral que puedan tener un carácter estigmatizante protegidas por el principio general de no discriminación) cabe aplicar, dada esa asimilación, el derecho/deber de adaptación previsto en el art. 2. b)<sup>69</sup> y m) y 40.2 del RD. Legislativo 1/2013, y, en el caso de que se integrara el supuesto de hecho de la norma preventiva, también el especialmente previsto como tutela reforzada de los trabajadores especialmente sensibles en el art. 25 LPRL.

En el marco de la tutela reforzada de las personas con discapacidad hay que dar cuenta de las garantías de “tutela judicial y protección contra las represalias” establecidas en el art. 75 del RD. Legislativo 1/2013, que incluye el derecho al restablecimiento pleno de su derecho y la indemnización o reparación que pueda dar lugar a la reclamación correspondiente, que no estará limitada “a priori”. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios económicos y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y la gravedad de la lesión.

---

<sup>69</sup> La igualdad de oportunidades es definida en el sentido de que “es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades *la adopción de medidas de acción positiva*”.

Sería necesario llevar a cabo una reforma finalista de orientación social del grupo normativo de referencia que garantice eficazmente la tutela frente al despido de las personas mayores (con o sin discapacidad; con o sin incapacidad para el trabajo) a través de actuaciones ilegítimas (o más contundentemente discriminatorias) de los empleadores.

Para ello es preciso adoptar una perspectiva de realismo normativista o normativismo realista para que la norma y sus intérpretes no se queden en “el cielo de los conceptos jurídicos”<sup>70</sup>, como sería reconocer derechos de los mayores o de las personas con discapacidad (anudados a la prolongación de la vida laboral y al envejecimiento activo en el sentido amplio de la expresión) que luego son inejecutables en la práctica de un mercado de trabajo que impide la conservación del empleo; sea por el rechazo empresarial de las personas maduras, o sea por la “inempleabilidad” realmente existente por déficit de incapacitación laboral psicofísica o falta de formación adecuada<sup>71</sup>. En este sentido es necesario “regresar a la tierra” para remediar esta situación paradójica y disfuncional<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup>IHERING, R.V.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. T.A. Banzhaf, Introducción de J. BMS. Vallet de Goytisolo, Madrid, Ed. Civitas, 1987, págs. 215 y sigs.

<sup>71</sup>Clásicamente, se ha hablado de “inempleabilidad” por falta de educación. Cfr. GALBRAITH, J.K.: *El nuevo Estado industrial*, trad. M. Sacristán Luzón, Barcelona, Ed. Ariel, 6ª ed., 1974, pág. 305.

<sup>72</sup>IHERING, R.V.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, cit., págs. 267 y sigs.; *Ibid.*, *La lucha por el Derecho*, trad. A. Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, págs. 31 y sigs.