Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

8. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DISCAPACIDAD. SOLUCIONES JURÍDICAS COMO ALTERNATIVA A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR INCAPACIDAD SOBREVENIDA

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
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social
Sara Guindo Morales
Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

"Jurisprudencia, 'prudentiajuris', significa conocimiento del Derecho, percepción de lo justo, intuición y apreciación de la debida ordenación de las relaciones de la vida social"

Felipe CLEMENTE DE DIEGO[1]

I. LA DISCAPACIDAD, LA INEPTITUD SOBREVENIDA COMO CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL, PERMANENTE PARCIAL, PERMANENTE TOTAL, PERMANENTE ABSOLUTA Y LA GRAN INVALIDEZ: LOS AJUSTES RAZONABLES O MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA PARA EVITAR LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL

1. La discapacidad, la ineptitud sobrevenida y la incapacidad temporal

Tal y como señala la STSJ de Navarra de fecha 30 de septiembre de 2005[2], "*la ineptitud supone una disminución del rendimiento y, por ello, hay que diferenciarla de otros supuestos que también suponen una disminución del rendimiento*".

En primer lugar, desde hace años, es muy habitual que los empleadores decidan poner fin a la relación laboral —mediante la consignación de una causa ficticia en la comunicación escrita del despido[3]— cuando el trabajador se encuentra en situación de IT[4]—ocasionada como consecuencia de un completo elenco de riesgos o contingencias, comunes y profesionales, que integran y dan vida a

[1] DE DIEGO, F.CL.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016, pág. 26.

[2] [AS 2005\2622].

[3] Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "El despido nulo por incapacidad temporal: la garantía del trabajador enfermo", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pág. 920.

[4] *Vid.*, ampliamente, López Insua, B. M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Tesis Doctoral dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2012, *passim*. (Publicada, asimismo, por Editorial Comares, 2014).

esta prestación de la Seguridad Social[5]—, especialmente cuando dicha situación tiene expectativa de prolongarse en el tiempo[6] o, cuando el trabajador se reincorpora forzosamente al puesto de trabajo tras el agotamiento de la IT pero sin que se haya recuperado efectivamente o con dolencias crónicas —en base a las limitaciones de la capacidad laboral motivadas por enfermedad y accidente, por contingencias comunes o profesionales—.

Si bien, antes de proceder al despido objetivo por ineptitud sobrevenida o a la reincorporación forzosa del trabajador, siempre que se cuente con el consentimiento del mismo, alguna alternativa a tener en cuenta podría constituir, por ejemplo, que se le amplíe al trabajador la duración de la IT reduciendo proporcionalmente el subsidio económico[7].

La IT constituye la habitual causa de suspensión del contrato laboral con reserva de puesto de trabajo[8] de las enumeradas en el artículo 45 del ET —cuya prestación es la más importante y problemática que existe en nuestro sistema jurídico de Seguridad Social[9]— hasta el momento en que se produzca el alta de la persona trabajadora y su reincorporación al puesto laboral[10].

Según el artículo 169 del RDL 8/2015, tienen la consideración de situaciones determinantes de IT las siguientes:

"*a) Las debidas a enfermedad común*[11] *o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.*

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad".

Debido a su carácter no permanente, la situación de IT del trabajador no es causa de extinción objetiva del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, lo que significa que el despido utilizado

[5] López Insua, B. M.: "La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social: nacimiento y evolución de la prestación. Su ordenación desintegrada y sus incesantes reformas", en Valencia Sáiz, Á. (Coord.): *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: desafíos actuales del Derecho, Aportaciones al I Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga, 11 y 12 de Julio de 2013*, 2013, pág. 404.

[6] Rodríguez Cardo, I. A.: "La calificación del despido del trabajador enincapacidad temporal", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 31, 2017 (recurso electrónico).

[7] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 718.

[8] Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pág. 849; Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 689.

[9] López Insua, B. M.: "Derechos, garantías y deberes de los beneficiarios en situación de incapacidad temporal", en VV.AA.: L*as incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pág. 97.

[10] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[11] A título ejemplificativo y reciente, según el Criterio 2/2020 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de fecha 26 de febrero de 2020, se considera como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común los periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del nuevo tipo de virus de la familia coronaviridae, denominado SARS-CoV-2.

por el empleador como radical medida defensiva por el mero hecho de que la persona trabajadora se encuentre de baja laboral constituye actualmente para los juzgados y tribunales nacionales un despido calificado como improcedente[12].

Ahora bien, según el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la OIT, "*la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*".

Llama la atención la separación de este motivo de terminación del contrato de trabajo respecto de los enumerados en el precepto anterior del Convenio núm. 158 de la OIT, esto es, en el artículo 5, que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, los cuales son: "*(a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad*", y es que parece que todos estos motivos se vinculan a derechos fundamentales excepto "*la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión*"[13].

En los mismos términos establece su complementaria Recomendación núm. 166 de la OIT que "*la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debería constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*".

Asimismo, de conformidad con el Anexo a la CSEr relativo al artículo 24, no se considerarán motivos válidos para el despido, entre otros, "*la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión*".

En virtud de lo anterior, el despido por encontrarse el trabajador en IT debería considerarse ilegítimo[14], razón por la cual, dichas normas se invocan con frecuencia, por conculcadas, en las demandas por despido objetivo de trabajadores que se encuentran en situación de IT[15].

Consideramos que cuando el despido del trabajador se produzca durante una suspensión del contrato de trabajo por IT debería declararse nulo —salvo procedencia del mismo—por encontrarse ante una situación suspensiva de la relación laboral —no obstante, la nulidad del despido sí se impone legalmente cuando se trata de una reacción o represalia del empleador ante la negativa de un

[12] San Martín Mazzucconi, C.: "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en Sempere Navarro, A. V., (Dir.), Pérez Campos, I. (Coord.) y San Martín Mazzucconi, C. (Coord.): *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, Madrid, Cinca, 2011, págs. 49 y 51.

[13] Vila Tierno, F.: "Trabajo decente y extinción de la relación contractual (I): Aspectos laborales", ", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, págs. 271 y 272.

[14] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 722.

[15] Por ejemplo, en la STSJ de Madrid de fecha 2 de diciembre de 2013 [AS 2014\184]. Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 101.

trabajador a reincorporarse forzosamente al trabajo durante la IT[16]—. Lo contrario, facilita el despido improcedente de trabajadores enfermos[17].

De hecho, así se establecía en los artículos 55.6 del ET 1980, según el cual, "*el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia*" y 102, párrafo segundo, del Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral[18], en virtud del cual, "*sólo se declarará «nulo» el despido cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos establecidos en el número 1 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley*", hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1994, excepto para algunas causas de suspensión del contrato de trabajo, como por ejemplo, la maternidad.

En segundo lugar, igualmente, cuando el despido objetivo por ineptitud sobrevenida devenga posteriormente a una situación de IT legalmente acreditada, también debería calificarse como nulo —salvo procedencia del mismo—.

Y es que, el despido del trabajador motivado en la dolencia psíquica o física que determina su IT podría incluirse dentro de las causas discriminatorias establecidas en los artículos 14 de la CE —relativo al derecho a la igualdad ante la ley, en virtud del cual, "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*"—, 4.2.c) del ET —el cual dispone que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho *"a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. 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*"— y 17 del ET —siendo este último precepto, que lleva como rúbrica "*no discriminación en las relaciones laborales*", particularmente expresivo y contundente al señalar en su apartado primero que, "*se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad* (…)"—[19].

En tercer lugar, las situaciones de IT derivadas de enfermedades equiparables a la discapacidad o consecuencia de la propia discapacidad del trabajador[20]—aunque la discapacidad no

[16] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 691.

[17] Lahera Forteza, J.: "Objetivo: proteger al empleado enfermo y el interés empresarial", en *Cinco Días*, 2019 (recurso electrónico).

[18] Publicado en el BOE en fecha de 30 de julio de 1980.

[19] San Martín Mazzucconi, C.: "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en Sempere Navarro, A. V., (Dir.), Pérez Campos, I. (Coord.) y San Martín Mazzucconi, C. (Coord.): *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, Madrid, Cinca, 2011, pág. 49.

[20] Al respecto, *vid*., Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S.: "La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019, *passim*.

haya sido previamente comunicada al empresario—, no podrán ser objeto de despido al derivar de la discapacidad en la dimensión comunitaria y amplia del término[21].

Lo contario daría lugar a la nulidad del despido con el objetivo de evitar el efecto de "*cosificar*" al trabajador: en otros términos, emplear al trabajador como una máquina o instrumento —y, por tanto, "mercantilizado"— que, cuando se avería, debe ser cambiada[22]. Lo cual, se contrapone frontalmente al Anexo I de la Declaración de Filadelfia, a tenor del cual, "*la Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (a) el trabajo no es una mercancía*".

Y es que, en dichas situaciones, la decisión extintiva empresarial se encuentra motivada por el hecho de que, en lugar de ver a los trabajadores de baja por incapacidad laboral temporal o transitoria como seres humanos en una situación de desprotección[23], pasan a ser percibidos como cargas para la organización empresarial de las que hay que desprenderse[24].

La evolución que ha tenido la jurisprudencia del denominado actualmente TJUE ha vuelto a plantear el debate continuo, a nivel de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, de si el despido objetivo del trabajador en situación de IT por enfermedad debe ser calificado en la sentencia que se dicte por la autoridad judicial laboral de improcedente —en el caso de que no se asimile a la discapacidad— o de nulo —en el supuesto contrario—[25].

A pesar de que el TJUE, en sus últimas y recientes sentencias, ha ampliado el concepto de discapacidad, equiparando la enfermedad a la discapacidad laboral en los supuestos de larga duración, previsible larga duración y duración incierta y, por ende, calificando de nulo el despido objetivo en dichos casos, lamentablemente, ni el TS ni el TC han seguido dicha línea jurisprudencial en favor de la nulidad de los despidos objetivos basados en la situación de enfermedad del trabajador equivalente a la discapacidad del mismo, a diferencia de lo ocurrido en determinados órganos inferiores del orden jurisdiccional social[26], lo que ha ocasionado una gran insatisfacción entre las personas trabajadoras.

Pues se están poniendo en riesgo diversos derechos constitucionales —algunos fundamentales—, tales como el derecho a la igualdad —artículo 14 de la CE—, el derecho a la vida y a la integridad física y moral —artículo 15 de la CE—, el derecho a la tutela judicial efectiva —

---

[21] *Vid.*, Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018 (recurso electrónico), *passim*; en esa dirección, Molina Navarrete, C.: "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, *passim*.

[22] *Ibídem*.

[23] Sobre el empleo durante la situación de IT del trabajador, *vid*., Ortega Lozano, P. G.: "El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica", en Ortiz Castillo, F. (Dir. y Coord.), Rodríguez Iniesta, G. y López Insua, B. M. (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pág. 975 a 983.

[24] Beltrán De Heredia Ruiz, I.: "Improcedencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una mirada crítica a las relaciones laborales*. Web: https://ignasibeltran.com/2019/06/03/improcedencia—e—indemnizacion—corrupcion—de—deberes—civicos/

[25] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017, págs. 158 y 159.

[26] Tales como, por ejemplo, la SJS núm. 33 de Barcelona —revocada por la STSJ de Cataluña de fecha 12 de junio de 2017 [AS 2017\1417], por entender que la enfermedad puede ser reversible— o las Sentencias del TSJ —en adelante y para simplificar, SSTSJ— de Madrid de fecha 8 de marzo de 2017 [AS 2017\1184] y del País Vasco de fecha 26 de septiembre de 2017 [JUR 2017\295881].

artículo 24 de la CE— o el derecho a la salud[27], razón por la cual, el Alto Tribunal, basándose en los artículos 9[28] y 117[29] de la CE, debería revisar y replantear su doctrina adaptando sus pronunciamientos a la jurisprudencia europea.

Y es que, una IT de prolongada duración puede ser el factor determinante de la conversión de la situación jurídica de la IT en discapacidad, de modo que, si la causa real del despido es la limitación duradera de la capacidad de trabajo que ha devenido en discapacidad, el despido deberá declararse nulo por discriminatorio por razón de la discapacidad del trabajador[30].

Pero, aunque el trabajador, después de su paso por la IT, quede afecto de algún grado de IP, lo que le puede convertir en una persona con discapacidad, en los supuestos de Incapacidad Permanente Total —en adelante y para simplificar, IPT—, Incapacidad Permanente Absoluta —en adelante y para simplificar, IPA— y Gran Invalidez —en adelante y para simplificar, GI—[31], persiste su "*derecho al trabajo*" regulado en el Capítulo VI del Real Decreto 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[32]—en adelante y para simplificar, RDL 1/2013— y su derecho a la adaptación del puesto de trabajo[33] establecido particularmente en el artículo 40.2 del mismo texto legal[34]—del que se espera un desarrollo reglamentario—, que lleva como rúbrica "*adopción de medidas para*

[27] Sobre el derecho sanitario, *vid*., Molina Serrano, P. y Ortega Lozano, P. G.: "La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de jurisprudencia: LexArtis y doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso", en *Economist&Jurist*, núm. 204, 2016, págs. 26 a 37.

[28] En virtud del cual, "*1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*".

[29] Según el cual, "*1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. 6. Se prohíben los Tribunales de excepción*".

[30] Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 96; Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 732.

[31] Por tanto, no en IP Parcial —en adelante y para simplificar, IPP—.

[32] Publicado en el BOE en fecha de 3 de diciembre de 2013.

[33] *Vid.*, sobre el derecho a la no discriminación en el trabajo de las personas discapacitadas y los ajustes razonables en el ordenamiento jurídico británico a raíz de "*TheEqualityAct*" del año 2010, Carby-Hall, J. R.: "Access to, and retention of, employment of disabledpersons - The British Legal Framework", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 1, 2015, págs. 250 y ss.

[34] El cual 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 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*".

prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo"[35].

Ello, sin perjuicio del supuesto suspensivo que dispone el artículo 48.2 del ET para el caso de que originariamente el órgano competente determine que la IP —en los grados de total, absoluta y GI— reconocida es reversible por mejoría[36], en virtud del cual, "*en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya 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 declare la incapacidad permanente*".

Precepto legal desarrollado por el artículo 7 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social[37], el cual, a su vez, se desarrolló por el artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social[38].

En estos supuestos, por aplicación del marco regulador específico, en la lógica de los "ajustes razonables" de la Directiva 2000/78/CE, cuyo objetivo fue la creación de un mercado de trabajo que favoreciera la integración social de las personas enfermas, para lo que señaló la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de la discapacidad —aunque sin definirla—[39], traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social[40]—en adelante y para simplificar, Ley 62/2003—, del artículo 14

[35] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, págs. 683 y 684.

[36] Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, *passim*.

[37] Publicado en el BOE en fecha de 19 de agosto de 1995.

[38] Publicada en el BOE en fecha de 1 de enero de 1996. De Val Arnal, J. J.: "El Instituto Nacional de la Seguridad Social como testigo de cargo: a las puertas de la jubilación parcial, declaración de incapacidad permanente de oficio, revisión por mejoría y denegación de jubilación parcial por extinción de contrato derivada de la incapacidad permanente total", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 411 y 412.

[39] TerradillosOrmaetxea, M. E.: "Las definiciones de "discapacidad" y "ajustes razonables" en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido", en *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 116.

[40] Publicada en el BOE en fecha de 31 de diciembre de 2003.

de la CE, de los artículos 2.a)[41], 2.b)[42], 2.m)[43] y 40.2 del RDL 1/2013, de los artículos 1[44] y 2[45] del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos[46], de los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET, y de la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos establecida en el artículo 25[47] de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre,

[41] El cual establece que el término "discapacidad" 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*".

[42] Que dispone que el término "igualdad de oportunidades" 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*".

[43] Que expresa que, a efectos de esta ley, se entiende por ajustes razonables"*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*".

[44] En virtud del cual, los trabajadores que hayan sido declarados en situación de IPP tienen derecho a su reincorporación en la empresa, en las condiciones siguientes: "*1. Si la incapacidad permanente parcial no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el 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. 2. Los trabajadores que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobraran su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen 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*".

[45] Que prescribe que, "*1. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. 2. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por habérseles reconocido una invalidez permanente y después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional continuaran afectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán 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. 3. Las readmisiones que lleven a efecto 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*".

[46] Publicado en el BOE en fecha de 4 de junio de 1983.

[47] Titulado "protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", y que establece lo siguiente: "*1. 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 cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. 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. 2. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los*

de prevención de Riesgos Laborales[48]—en adelante y para simplificar, Ley 31/1995—, en relación con los artículos 14.2 y 15.1.d) de la Ley 31/1995, el trabajador incapacitado o con discapacidad tiene el derecho de incorporación en la empresa de procedencia y de adaptación del puesto de trabajo[49]—cuyo incumplimiento empresarial genera la nulidad del despido objetivo por ineptitud sobrevenida al ser discriminatorio—[50].

Los ajustes razonables constituyen una obligación ineludible para el empresario porque no sólo facilitan la prestación de trabajo de la persona incapacitada o discapacitada, sino que también pueden contribuir a evitar un deterioro mayor de su salud[51].

Los supuestos de ajustes razonables[52] o, de medidas adecuadas[53]—que sirven para todas las causas del despido objetivo, pero, en especial, para la ineptitud sobrevenida— son, a título ilustrativo: la adaptación del puesto de trabajo o del mobiliario —eliminando los obstáculos a la movilidad y facilitando la realización de las diversas tareas—, la adaptación del equipo técnico —especialmente si el trabajador padece problemas visuales o auditivos—, la posibilidad de contar con una persona de apoyo en la realización de las funciones y cometidos, la eliminación de barreras en el acceso al centro de trabajo —mediante rampas o la reserva de plazas de aparcamiento—, la reducción de jornada, la modificación del horario, la modificación de la jornada, el cambio de puesto de trabajo —tanto dentro del mismo centro como fuera de éste—, los traslados de centro de trabajo, el teletrabajo[54] o trabajo a distancia, aumentar los días de descanso semanal retribuido, etc.[55].

Lo anterior, salvo si no fuera materialmente posible o los ajustes razonables generen una situación de excesiva onerosidad sobrevenida insoportable o muy gravosa para los intereses legítimos

aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias".

[48] Publicada en el BOE en fecha de 10 de noviembre de 1995.

[49] Ahora bien, recientemente, la STJUE de fecha 11 de septiembre de 2019 [JUR 2019\261225] ha declarado que, el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, no significa, de por sí, que esa persona sea discapacitada en el sentido de la Directiva 2000/78/CEE. Beltrán De Heredia Ruiz, I.: "Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plastiques", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una mirada crítica a las relaciones laborales*. Web: https://ignasibeltran.com/2019/09/16/enfermedad—despido—objetivo—y—discriminacion—por—discapacidad—el—caso—nobel—plastiques/

[50] Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, *passim*.

[51] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

[52] Al respecto, *vid*., las medidas que deberían considerarse para evitar o limitar al máximo las terminaciones de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, contenidas en la Recomendación núm. 166 de la OIT, consistentes en "*la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo*".

[53] Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019, pág. 277.

[54] *Vid*., Mella Méndez, L.: "Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pág. 112.

[55] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 145; Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pág. 150.

del empleador, en cuyo caso, éste podría activar el despido basado en una incapacidad o ineptitud sobrevenida para el trabajo presumiblemente definitiva básicamente por dos vías[56]:

El artículo 49.1.e) del ET, que prevé la muerte, GI, IPT o IPA del trabajador, y que presupone su declaración administrativa a través del procedimiento pertinente establecido en el artículo 194 del RDL 8/2015 como posible causa de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, y que no es aplicable al trabajador declarado en IPP o con lesiones permanentes no invalidantes —entendiendo por éstas últimas, de conformidad con el artículo 201 del RDL 8/2015, "*las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente conforme a lo establecido en el capítulo anterior, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta ley, serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determinen, por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de incapacidad permanente, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa*"—.

1. El artículo 52.a) del ET relativo al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador y que, por razones económicas obvias, no será el utilizado por el empresario para el caso de que al trabajador le reconozcan una IPT, IPA o GI.

El problema consiste en que las obligaciones de adaptación del puesto de trabajo y los ajustes razonables garantizados legalmente a las personas con discapacidad no se garantizan de forma generalizada para los que no tienen tal consideración jurídica, lo que conlleva como consecuencia el colocar a los enfermos no discapacitados, pero con enfermedades crónicas o recurrentes en una especial situación de debilidad[57].

Sin embargo, por asimilación, en las situaciones de enfermedad de larga duración —crónica—, de previsible larga duración o de duración incierta equiparable a la discapacidad, deberían aplicarse dichas obligaciones y ajustes[58].

Por tanto, tras haber intentado realizar ajustes razonables, el empresario podrá válidamente despedir al trabajador fundamentando su ineptitud tras la IT, siempre y cuando cumpla los requisitos formales y no exista discriminación.

Sin embargo, la paradoja del sistema se encuentra en cómo, habiendo sido dado de alta médica el trabajador por curación, o por agotamiento del plazo de la IT sin declaración administrativa de

[56] En realidad, el artículo 52.a) ET no acoge expresamente la obligación jurídica de adaptar el puesto de trabajo a la persona antes de proceder de manera inmediata al despido por circunstancias objetivas, pero, como acabamos de visionar, una necesaria e ineludible interpretación sistemática con el grupo normativo regulador aplicable conduce a postular que, en la mayoría de los casos, será necesaria una adaptación preventiva o una reubicación del trabajador en un puesto de trabajo distinto dentro de su grupo profesional que sea compatible con la capacidad productiva residual que ostenta: en otros términos, éste solo puede ser legítimo como última medida previo agotamiento de otras que se imponen en el sistema legal —artículos 4.2.d) del ET, 15.1.d), 24.4 y 25 de la Ley 31/1995 y 243 del RDL 8/2015—. Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 684.

[57] Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 97.

[58] *Ibídem*, págs. 112 y 113.

algún grado de IP, el empresario puede despedirle objetivamente por ineptitud, contradiciendo así el juicio de las entidades públicas[59].

De lo único que se trata es de entender que los despidos sin causa o, sin causa seria, de trabajadores afectos de una enfermedad recurrente o crónica deberían ser considerados siempre como discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales y libertades públicas y, por ende, ser calificados judicialmente de nulos[60], con el fin de tutelar a los trabajadores enfermos frente a un despido que le estigmatiza con daño a la salud[61].

Y es que debe haber un equilibrio de intereses cuando están en juego derechos fundamentales específicos tales como el derecho al trabajo e inespecíficos como el derecho a la dignidad humana y a la igualdad y no discriminación de la persona en situación de IT[62].

Por tanto, el operador jurídico, por imperativo constitucional y legal, tiene que estar particularmente atento cuando el despido objetivo por ineptitud del trabajador encubre un acto discriminatorio —directo o indirecto—, sirviéndose, para ello, de las pruebas directas e indiciarias[63].

2. La discapacidad, la ineptitud sobrevenida y la Incapacidad Permanente Parcial, la Incapacidad Permanente Total, la Incapacidad Permanente Absoluta y la Gran Invalidez

Los tribunales han insistido bastante a la hora de trazar la frontera entre la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo y los distintos tipos de incapacidad, y es que existe una cierta tendencia a confundir ambos conceptos, pues los dos giran en torno a una disminución o pérdida del rendimiento de la persona trabajadora[64].

Sin embargo, la ineptitud y la incapacidad discurren por caminos paralelos, pero no necesariamente convergentes, tratándose de nociones distintas por dos motivos[65]:

En primer lugar, desde un plano formal, debe tenerse en cuenta que, mientras que la declaración de IP no es una situación de hecho, sino una situación jurídica que se alcanza por una resolución administrativa o judicial, la incapacidad determinante de la ineptitud del trabajador es una situación meramente fáctica que repercute negativamente en la prestación de trabajo, de ahí que se afirme que la ineptitud únicamente se puede apreciar en primera instancia por el empresario y, después, por el Juez.

Y, en segundo lugar, desde un plano sustantivo, los conceptos de IP e ineptitud son diferentes, pues el primero es un concepto genérico que la legislación de la Seguridad Social proyecta sobre

---

[59] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "El despido por ineptitud sustentado en el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (1)", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 46, 2018 (recurso electrónico).

[60] AretaIbañez, 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 ss.

[61] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 738.

[62] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 691.

[63] Monereo Pérez, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Colección laboral dirigida por Albiol Montesinos, I., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, *passim*.

[64] Montoya Medina, D.: "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: la ineptitud del trabajador", en Ramírez Martínez, J. M., Romeo, C. y Viqueira Pérez, C. (Dirs.): *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 132.

[65] *Ibídem*.

la profesión habitual del trabajador[66], mientras que, el segundo es un concepto más subjetivo y, por tanto, más restringido, ya que se ciñe al puesto de trabajo para el que fue contratado el trabajador[67].

Es decir, la IP es la capacidad del trabajador para llevar a cabo las funciones propias del grupo profesional y, la ineptitud sobrevenida es la capacidad del trabajador para realizar las funciones concretas o específicas de un determinado puesto de trabajo[68].

En definitiva, uniendo ambos planos, mientras la determinación de una situación de IP "*requiere declaración administrativa o judicial*[69]", que "*no produce efectos* —extintivos— *sobre el contrato hasta que alcance firmeza*[70]", la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo constituye una inhabilidad para el correcto desempeño de las funciones básicas del puesto de trabajo que valora únicamente el empresario, aunque esta valoración esté sometida, como es lógico, al posterior control judicial en virtud del artículo 53.3 del ET[71].

Además, la ineptitud del trabajador es una situación inhabilitante de menor intensidad que la incapacidad que permite la extinción del contrato de trabajo y que, por ende, no desemboca en el abono de una pensión, sino de una indemnización por despido[72].

Como veremos a continuación, se trata de un ámbito en el que convergen disposiciones de diversa naturaleza y origen, esencialmente normas sustantivas laborales, preceptos de Seguridad Social reguladoras de la IP e, incluso, de prevención de riesgos laborales, cuya aplicación autónoma puede conducir a soluciones contradictorias[73].

2.1. La Incapacidad Permanente Parcial

Como ha señalado el TS[74], "*la invalidez*—incapacidad—*permanente sólo es hábil para actuar como ineptitud sobrevenida cuando no rebasa el grado parcial, ya que, si tal grado es superior, la citada invalidez se erige en causa distinta que ampara la extinción de la relación laboral, con sometimiento a la disciplina que le es propia*".

Esta afirmación ha calado profundamente en los Tribunales Superiores de Justicia —en adelante y para simplificar, TTSSJJ—, donde se ha reiterado en múltiples ocasiones esta idea de que

[66] Artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[67] Aunque el artículo 52.a) del ET únicamente se refiere a la ineptitud del trabajador, los antecedentes histórico-normativos de dicho precepto contenidos en los artículos 89 de la LCT 1931 y 77.d) de la LCT 1944 fueron muy esclarecedores porque se referían expresamente a "*la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado*".

[68] Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pág. 875.

[69] STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 25 de julio de 1995 [AS 1995\2773].

[70] STS de fecha 6 de octubre de 2000 [RJ 2000\8669].

[71] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018 (recurso electrónico)

[72] Sempere Navarro, A. V.: "Causas del despido objetivo", en GoerlichPeset, J. Mª. (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 927.

[73] Montoya Medina, D.: "Incapacidad permanente para el trabajo e ineptitud del trabajador", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pág. 965.

[74] En la STS de fecha 14 de abril de 1988 [RJ 1988\2960].

la única IP que puede justificar una extinción por la vía del artículo 52.a) es la IPP[75] regulada en los artículos 193 y ss. del RDL 8/2015.

Es decir, normalmente, en la práctica, la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo se corresponde con una IPP del trabajador, pues otros grados invalidantes juegan en el ET como supuestos suspensivos o extintivos propios del contrato de trabajo[76].

Ahora bien, dicha afirmación debe ser matizada en un doble sentido, ya que, ni la declaración de IPP para la profesión habitual constituye siempre un motivo que legitime el recurso al despido objetivo por ineptitud sobrevenida, ni tampoco es un presupuesto indispensable[77].

Por tanto, será en todo caso el juez o tribunal quien habrá de concluir si hay o no ineptitud en tales casos —ya que la IPP no se menciona en el artículo 49.1.e) del ET como causa de extinción contractual—[78].

La declaración de IPP para la profesión habitual puede dar lugar a la ineptitud como causa de despido objetivo si se acredita una repercusión en la capacidad profesional, pero no se presupone que esa declaración conlleve ya de por sí una disminución del rendimiento en las tareas habituales del trabajador, pues podría ser que, simplemente, le resultasen más penosas o difíciles, por lo que, para utilizar dicha circunstancia extintiva se exigirá adicionalmente una justificación de que la IPP tiene influencia sobre el trabajo impidiendo seriamente el cumplimiento de las tareas asumidas[79].

En otros términos, la IPP declarada no opera de manera automática para extinguir el contrato de trabajo por la vía de la ineptitud del trabajador, pues solo tiene efectos extintivos si altera las bases sobre las que el contrato de trabajo fue celebrado[80].

En ocasiones, declarada la IPP, la empresa acredita que el trabajador presenta una ineptitud manifiesta mediante una comparación del rendimiento de productividad que tenía antes de ser declarada la IPP y el que tenía previamente, poniendo "*todo ello en relación con la obtenida por compañeros de trabajo de su mismo puesto y categoría*[81"82].

A contrario sensu, por ejemplo, se ha calificado de improcedente el despido por ineptitud sobrevenida cuando la empresa fundamenta su despido por circunstancias objetivas en un informe médico de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social —

[75] AltésTárrega, J. A., Blasco Pellicer, Á. A. y Nores Torres, L. E.: *El despido objetivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 17.

[76] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[77] AltésTárrega, J. A., Blasco Pellicer, Á. A. y Nores Torres, L. E.: *El despido objetivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 17.

[78] Sala Franco, T. (Dir.), Alfonso Mellado, C., Blasco Pellicer, Á. A., García Gómez De La Flor, Mª. E., López Terrada, E., RosatAced, C., RosatAced, J. I., Sala Franco, T. y Velasco Paños, M.: *Relaciones Laborales. La Contratación Laboral, la Relación Laboral, la Extinción del Contrato, la Negociación Colectiva, la Representación de los Trabajadores, la Huelga, el Cierre Patronal y los Conflictos Colectivos*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 812 y 813.

[79] *Vid.*, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 29 de marzo de 2012 [AS 2012\1033]. Alfonso Mellado, C. L.: "Extinción del contrato por causas objetivas", en Alfonso Mellado, C. L., Rodríguez Pastor, G. E. y Salcedo Beltrán, Mª. C. (Coords.): *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 410.

[80] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[81] STSJ de Asturias de fecha 23 de enero de 2009 [AS 2009\1996].

[82] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

en adelante y para simplificar, Mutua— que era contradictorio con el emitido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social —en adelante y para simplificar, INSS—, sin constatar si, "*efectivamente el demandante se encontraba en condiciones físicas de reanudar las tareas propias de su categoría profesional*[83]"[84].

Algunos autores[85] consideran que nuestro ordenamiento jurídico-laboral coloca en peor situación al trabajador incapacitado permanente en los grados de total, absoluto o GI, frente al trabajador incapacitado permanente en el grado de parcial, pues el primero verá extinguido su contrato laboral en virtud de la aplicación del artículo 49.1.e) del ET —por tanto, sin derecho a indemnización alguna—, mientras que, el segundo lo verá extinguido en virtud de la aplicación del artículo 52.a) del ET percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades.

Sin embargo, según otros[86], la protección entre ambas incapacidades se encuentra equilibrada en el sentido de que el trabajador cuyo contrato se extingue por medio del artículo 49.1.e) del ET, aunque no percibirá ninguna cuantía indemnizatoria, recibirá su correspondiente pensión de la Seguridad Social.

2.2. La Incapacidad Permanente Total, Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez

La ineptitud sobrevenida prevista en el artículo 52.a) del ET constituye un concepto diferente al de la declaración formal de IP como contingencia protegida por la Seguridad Social en el grado de total, absoluta o gran invalidez por parte del INSS, situación que por sí misma origina directamente una "*causa de extinción del contrato de trabajo, de entidad autónoma, distinta e independiente*[87]"[88] contenida en el artículo 49.1.e) del ET, al derivar de una reducción anatómica o funcional grave, sin que quepa superposición entre ambas figuras[89].

Cabe el despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador tanto cuando el mismo sufre lesiones permanentes, pero sin derecho a una pensión de la Seguridad Social[90], como en los supuestos de IPP o lesiones permanentes no invalidantes[91].

---

[83] STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 20 de enero de 2009 [AS 2009\1357].

[84] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[85] Goñi Sein, J. L.: "La ineptitud del trabajador como causa de despido", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, págs. 430 y 431.

[86] Montoya Medina, D.: "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: la ineptitud del trabajador", en Ramírez Martínez, J. M., Romeo, C. y Viqueira Pérez, C. (Dirs.): *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 132.

[87] STS de fecha 14 de abril de 1988 [RJ 1988\2960]. Aunque podría justificar despido por ineptitud si por incumplimiento de los requisitos correspondientes no pudiese ser declarada a efectos de Seguridad Social (STS de fecha 14 de octubre de 1991 [RJ 1991\7659]).

[88] Alfonso Mellado, C. L.: "Extinción del contrato por causas objetivas", en Alfonso Mellado, C. L., Rodríguez Pastor, G. E. y Salcedo Beltrán, Mª. C. (Coords.): *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 409 y 410.

[89] Morales Vállez, C.: *Extinción del contrato de trabajo: causas objetivas y disciplinarias. El FOGASA*, A Coruña, Colex, 2014, pág. 70. *Vid.*, también, González González, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2012, págs. 75 y 76.

[90] Pues, según la STS de fecha 14 de octubre de 1991 [RJ 1991\7659], cuando el trabajador no tiene derecho a causar la prestación, no puede declararse la IP sin prestación, pues ello situaría al beneficiario en una nítida situación de desamparo, ya que el trabajador perdería su puesto de trabajo y, además, no podría acceder a una prestación sustitutiva del salario.

[91] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

Y es que, la consideración por parte de un trabajador de que no se encuentra en condiciones de aptitud laboral suficiente no es garantía de que la Seguridad Social le vaya a otorgar una pensión de IP que le permita retirarse del mercado laboral y contar con unas rentas sustitutivas del salario que hasta el momento venía percibiendo, pues tal situación dependerá de la evaluación de su capacidad laboral que realice el Equipo de Valoración de Incapacidades, del cumplimiento o no del periodo de carencia y de la Resolución del Director Provincial del INSS declarando la IP en un determinado grado con su correlativa prestación económica[92].

Además, según la STSJ de las Islas Baleares de fecha 23 de enero de 2018[93], se ha considerado que nada impide el despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador con abono de la indemnización correspondiente y, dos meses más tarde, la declaración de IPT por el Juzgado de lo Social —en adelante y para simplificar, JS—, en cuyo caso el trabajador afectado tiene derecho "*a percibir la indemnización derivada del despido objetivo llevado a cabo por la empresa así como también lo tiene para percibir la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo para el supuesto de incapacidad permanente total que acarrea baja en la empresa y, por supuesto, el complemento de IT abonado por la empresa durante el tiempo en que, antes de producirse el despido*", el trabajador permaneció en situación de IT[94].

Por último, se debe tener en cuenta que cada supuesto —ineptitud e IPT, IPA y GI— posee un manifiesto régimen jurídico distinto en relación a las consecuencias económicas derivadas de la propia extinción del contrato de trabajo, pues, mientras que en la IP, en los grados anteriormente mencionados, se excluye la indemnización a cargo del empresario cuando el trabajador accede a una pensión, la ineptitud como causa de despido objetivo lleva aparejada una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades[95].

Asimismo, la distinción entre las dos causas extintivas y los distintos procesos por los que se viabiliza cada una de ellas provoca que, aunque el trabajador inicie un procedimiento para lograr la IP y alegue su propia incapacidad, sus alegaciones no pueden ser utilizadas ulteriormente por el empresario, de modo que no puede aprovechar la solicitud hecha por el trabajador para que se le declare la IP para proceder a declarar al trabajador en situación de ineptitud sobrevenida y extinguir su contrato de trabajo alegando en la carta de despido los mismos argumentos que el trabajador había esgrimido para obtener la declaración y correspondiente prestación de la Seguridad Social[96].

II. ENFERMEDAD VERSUS DISCAPACIDAD EN LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL

La confusión e identificación generalizada entre los términos "discapacidad" y "enfermedad" no sólo ocasiona una notable incertidumbre, sino que tampoco beneficia a largo plazo al propio colectivo de trabajadores con discapacidad, quienes necesitan una protección singular y diferenciada[97].

---

[92] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "El despido por ineptitud sustentado en el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (1)", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 46, 2018 (recurso electrónico).

[93] [JUR 2018\71537].

[94] Rodríguez Escanciano, S.: "Despido objetivo", en Fernández Domínguez, J. J. (Dir.) y Rodríguez Escanciano, S. (Coord.): *Tratado del despido*, Madrid, La Ley, 2018, pág. 105.

[95] VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[96] STSJ de Cataluña de fecha 7 de octubre de 1996 [AS 1996\3914]. VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[97] *Ibídem*.

En virtud del párrafo segundo del ya derogado artículo 52.d) del ET, "*no se ofrece ninguna excepción, matización, condicionante o trato diferenciado a los trabajadores discapacitados*[98]" —como sí realizaba respecto de otras enfermedades de similar etiología[99]—, lo que ha suscitado importantes debates doctrinales y judiciales acerca de la diferencia de los conceptos de enfermedad y discapacidad[100].

En otros términos, dicho precepto estatutario se aplicaba de manera idéntica tanto a las personas con discapacidad como a las personas sin discapacidad pero que se encuentran enfermas. Por tanto, la condición no era tener o no discapacidad o no serlo, sino faltar al trabajo[101].

Como es lógico, lo anterior condujo a la doctrina científica y judicial a entender la posible vulneración del principio de no discriminación por razón de la discapacidad en el artículo 52.d) del ET[102].

Pues bien, al respecto, hay que tener en cuenta que no existe un único concepto legal de discapacidad y que diversas normas se encargan de realizar definiciones diversas[103].

En principio, el término "discapacidad" es un concepto jurídicamente indeterminado[104], en el sentido de que su contenido y alcance es, en gran medida, incierto o no precisado, aunque en la realidad jurídica son poco frecuentes los conceptos jurídicos absolutamente determinados[105].

La postura restrictiva mantenida por el TC y el TS a la hora de admitir la enfermedad del trabajador como causa de discriminación ha tenido como consecuencia la búsqueda de otras alternativas para defender la nulidad del despido de la persona trabajadora enferma, entre las que ha cobrado fuerza la que el TJUE ha propugnado en sus últimas decisiones judiciales[106]: la consideración, en determinados supuestos, de la enfermedad como un tipo especial de discapacidad[107].

Ello ha producido un desacoplamiento entre las normas que regulan el despido por discapacidad del trabajador en el ordenamiento jurídico-laboral español, del comunitario, del europeo

[98] SJS de fecha 7 de marzo de 2018 [AS 2018\513].

[99] VV.AA: *Despido: despido objetivo*, Aranzadi Experto Social, 2019 (recurso electrónico).

[100] Para mayor abundamiento sobre este tema, *vid.*, Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.

[101] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018 (recurso electrónico).

[102] VV.AA: *Despido: despido objetivo*, Aranzadi Experto Social, 2019 (recurso electrónico).

[103] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 725.

[104] *Vid*., Ortega Lozano, P. G.: "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, *passim*; Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018 (recurso electrónico).

[105] Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2001, pág. 130; Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018 (recurso electrónico); Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 725.

[106] Y también algunos TTSSJJ nacionales.

[107] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

y del internacional[108]. Y es que las decisiones del TJUE no han calado aún ni en el TC ni en el TS, los cuales continúan rigiéndose por un obsoleto y tradicional concepto de discapacidad[109].

En este sentido, durante los últimos años, el TJUE ha manifestado reiteradamente la consolidada doctrina de que los despidos efectuados a trabajadores enfermos que se encuentran en situación de IT de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta son discriminatorios y, por tanto, nulos —por su equiparación o asimilación a la discapacidad presunta, que se verá o no confirmada, atendiendo a su evolución, por la declaración de IP, que puede ser reversible por el organismo nacional competente para realizarla, en nuestro país, por el INSS—, dejando a los órganos jurisdiccionales nacionales la decisión de determinar si un despido practicado en dicha situación merece la calificación de improcedencia o nulidad[110].

El nuevo diseño de los tipos de partes de baja médica regulado por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración[111], con distintos modelos en atención a la duración estimada del proceso, puede facilitar la labor judicial al respecto[112].

Por tanto, la diferencia principal entre la IT por enfermedad simple y la IT por enfermedad cualificada por discapacitante se encuentra en el elemento cronológico o temporal —la larga duración— y en el elemento de fondo subyacente —la perspectiva de evolución o de recuperación incierta—[113].

En estos casos, los Juzgados de lo Social españoles suelen plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE invocando normativa comunitaria por considerar a la legislación española injusta e insolidaria hacia los derechos de los trabajadores, siendo uno de esos ámbitos el de la protección de los trabajadores con discapacidad y la defensa de su puesto de trabajo frente al despido[114].

Respecto a la evolución del concepto de discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en adelante y para simplificar, TJCE—, en primer lugar, en la sentencia de fecha 11 de julio de 2006[115], el TJCE respondió a la cuestión prejudicial planteada por el JS núm. 33 de Madrid mediante auto de fecha 7 de enero de 2005[116] en cuanto a si el despido por enfermedad del trabajador puede equipararse a la discapacidad y, por tanto, constituir discriminación por tal razón que prohíbe la Directiva 2000/78/CE, a lo que el Tribunal de Luxemburgo manifestó que la mera enfermedad no se puede equiparar a la discapacidad, puesto que, "*al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple*

[108] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018 (recurso electrónico).

[109] TerradillosOrmaetxea, M. E.: "Las definiciones de "discapacidad" y "ajustes razonables" en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido", en *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 129.

[110] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 693.

[111] Publicado en el BOE en fecha de 21 de julio de 2014.

[112] Rodríguez Cardo, I. A.: "La calificación del despido del trabajador enincapacidad temporal", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 31, 2017 (recurso electrónico).

[113] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 693.

[114] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pág. 141.

[115] [TJCE 2006\192].

[116] [AS 2005\240].

de ambos conceptos", pero que podría constituir discapacidad siempre y cuando fuera o se previera de larga duración.

Por tanto, desde esta decisión judicial se enfatiza la importancia del elemento temporal de la larga duración como un aspecto consustancial a la noción de discapacidad[117].

No obstante, entendemos que el articulado de la Directiva 2000/78/CE se limita a describir la discapacidad como motivo de discriminación, pero sin prejuzgar la causa de la discapacidad[118]. Es decir, pudiendo constituir una de las causas de la discapacidad la enfermedad, pues en numerosas ocasiones la enfermedad deviene a la discapacidad[119].

La interpretación del TJCE relativa a que la enfermedad, para que pueda asimilarse a la discapacidad, debe ser el origen de una limitación de carácter duradero, es el punto más conflictivo que provoca una mayor fricción con nuestra concepción interna, ya que, tradicionalmente, en nuestro sistema, la discapacidad va aparejada a un *status* permanente[120].

Así se dispone en el artículo 2.a) del RDL 1/2013, en virtud del cual, se entiende por discapacidad la "*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 segundo lugar, en la sentencia de fecha 11 de abril de 2013[121], el TJUE acotó la noción de discapacidad ofrecida en la previa sentencia de fecha 11 de julio de 2006 a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad[122], al calor de la cual, según su considerando e), "*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*".

Así, estableció en su fallo judicial que el concepto de discapacidad a que se refiere 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto*".

Por lo que, con esta sentencia, se dio un paso más sobre esta cuestión —sin abandonar la dirección marcada por el asunto previo— en el sentido de que, si bien no puede aceptarse una identificación absoluta y automática entre discapacidad y enfermedad, ello no obsta a que algunas

[117] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

[118] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 695.

[119] Escribano Gutiérrez, J.: "Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007 (recurso electrónico).

[120] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

[121] [TJCE 2013\122].

[122] Hecha en Nueva York en fecha de 13 de diciembre de 2006.

enfermedades, en determinadas circunstancias, pueden originar situaciones de discapacidad que se merecen una protección más intensa al acarrear una limitación[123].

En virtud de lo anterior, las facultades resolutivas empresariales del contrato de trabajo se han visto minoradas a raíz de esta sentencia —y también del RDL 1/2013—, a pesar de que a nuestra jurisprudencia le esté costando aceptar esta nueva realidad jurídica y, aunque el legislador ya haya empezado a cambiar el término de "minusválido" por el de "discapacitado", no podemos dejar de sospechar que su voluntad ha sido la de sustituir un concepto por otro, cuando no ha calibrado las consecuencias jurídicas de la aprobación del RDL 1/2013, así como de la interpretación del término realizada por el TJUE[124].

En tercer lugar, en la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016[125]—consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial por el JS núm. 33 de Barcelona mediante auto de fecha 14 de julio de 2015[126]—, el TJUE mantuvo en términos generales la tesis del asunto previo, si bien contempló la posibilidad de la calificación judicial de nulidad del despido basado en la enfermedad del trabajador por encontrarse en situación de IT por accidente laboral cuando la duración sea incierta.

En este sentido, según el propio TJUE, "*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 laboral no significa, por sí solo, 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*".

Estableciendo a continuación que los indicios que permiten considerar que dicha limitación es incierta o duradera son los siguientes: "*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*".

Tras esta última sentencia del TJUE —en adelante y para simplificar, STJUE—, el JS núm. 33 de Barcelona declaró la nulidad del despido por discriminatorio por razón de la discapacidad del trabajador derivada de un accidente laboral que, en el momento del despido, no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su duración[127].

Sin embargo, esta SJS fue recurrida en suplicación ante el TSJ de Cataluña, el cual, en fecha de 12 de junio de 2017[128], cambió la calificación del despido a improcedente por entender, *a contrario sensu*, que la persona trabajadora "*se encontraba en una situación de incapacidad reversible*" que no se podía calificar de duradera "*pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas*".

---

[123] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

[124] TerradillosOrmaetxea, M. E.: "Las definiciones de "discapacidad" y "ajustes razonables" en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido", en *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 132.

[125] [TJCE 2016\308].

[126] [AS 2016\1148].

[127] En la SJS de fecha 23 de diciembre de 2016 [AS 2016\1794].

[128] [AS 2017\1417].

En cuarto lugar, el TJUE, en la sentencia de fecha 18 de enero de 2018[129], resolvió la siguiente cuestión prejudicial planteada por el JS núm. 1 de Cuenca mediante auto de fecha 5 de mayo de 2016[130] sobre la existencia de una posible discriminación en un despido objetivo por faltas de asistencia relacionadas con la obesidad de un trabajador:

"¿Se opone la Directiva 2000/78/CE a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad?".

Pues bien, según el TJUE, respecto a la cuestión de si el artículo 52.d) del ET puede suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, "*procede señalar que incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad. Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la sentencia de 11 de julio de 2006* (…) *es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de «discapacidad» y «enfermedad*".

Al mismo tiempo que "*debe señalarse a este respecto que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores que un trabajador sin discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, queda de manifiesto que la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78*".

En definitiva, el TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada estableciendo que "*el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la 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*".

Por otro lado, el TJUE determinó otras cuestiones tales como que la confirmación última de si un trabajador tiene discapacidad o no a efectos de la Directiva 2000/78 corresponde al Juez, nacional o comunitario, no al organismo interno administrativo que así lo señale en el certificado administrativo mediante la aplicación de la legislación del Estado Miembro de la UE de que se trate, o que los trabajadores son libres de informar su discapacidad a los empleadores[131].

[129] [TJCE 2018\3].

[130] [AS 2017\2079].

[131] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pág. 146.

En este último caso, si el trabajador no comunica su discapacidad por considerar que es un dato que forma parte de su intimidad, ello no implicará un fraude contractual, ya que el empresario dispone de varios medios para extraer sus propias conclusiones: la observación visual, el periodo de prueba y, para el caso de que se trate de una actividad que lo contemple, el reconocimiento médico laboral obligatorio previo o periódico[132].

Tras la sentencia de fecha 18 de enero de 2018, el JS núm. 1 de Cuenca dictó sentencia en fecha de 7 de marzo de 2018[133] a partir de los criterios ofrecidos por el Tribunal de Luxemburgo, en virtud de la cual, la diferencia en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad se halla en la sentencia del TJCE —en adelante y para simplificar, STJCE— de fecha 11 de julio de 2006[134] que determinó que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no puede considerarse una discriminación por causa de discapacidad, al entender que los motivos de discriminación establecidos en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE constituyen una lista cerrada o *numerus clausus* que no se puede ampliar a otros motivos de discriminación.

Y es que, según la STJCE de fecha 11 de julio de 2006[135], "*ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal*", además de que "*no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva*".

No obstante lo anterior, dicha SJS también deja claro que tal doctrina fue matizada por la ulterior STJUE de fecha 11 de abril de 2013[136] en el sentido de asimilar o integrar en el concepto de discapacidad a las enfermedades de larga duración que generen una limitación, lo cual posibilitó que, en nuestros tribunales, por ejemplo, en la STSJ de Galicia de fecha 22 de diciembre de 2015[137], se entendiera que "*la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad... cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente*".

A lo que añade que, "*en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo*".

De este modo, la SJS núm. 1 de Cuenca entiende que el hecho de que el supuesto de la discapacidad no esté contemplado dentro del listado de faltas de asistencia al trabajo no computables

[132] *Ibídem*, pág. 147.
[133] [AS 2018\513].
[134] [TJCE 2006\192].
[135] [TJCE 2006\192].
[136] [TJCE 2013\122].
[137] [AS 2016\385]. *Vid.*, Molina Navarrete, C.: "Despido por enfermedad crónica y productividad. Sumando reveses comunitarios a la reforma laboral (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. núm. 3689/2015)", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 398, 2016, *passim*.

en el párrafo segundo de la letra d) del artículo 52 del ET "*motiva que el colectivo de los trabajadores discapacitados son más vulnerables a ser despedidos al encontrarse más expuestos al riesgo de que se les aplique la citada norma legal española y, por tanto, puedan ser despedidos por la exclusiva causa de acumular días de baja por consecuencias médicas derivadas de las enfermedades causantes de su discapacidad, con independencia de su conocimiento previo de dicha situación por el empleador –pues en este último caso se entraría de pleno en el supuesto de discriminación directa del artículo 14 de la C.E. por "…discriminación por razón…cualquier otra condición o circunstancia personal…"–, desfavoreciendo así a los trabajadores con discapacidad con respecto a los que no lo son, y, de este modo, supondría una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78; sin que, además, dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, tal y como se requiere en el inciso i) de dicha disposición comunitaria*".

A lo que concluye que "*este órgano jurisdiccional considera que concurre una colisión evidente entre la norma española y la comunitaria, y que, a diferencia del caso danés, no existe elemento u objetivo legislativo de integración, por lo que procedería una respuesta del legislador español en el sentido de forzar la inclusión en nuestro Derecho nacional y, en concreto, en el artículo 52.d) del E.T., dentro de los procesos de incapacidad temporal inferiores a veinte días, la excepción de su aplicación, a efectos del cómputo de los días de faltas de asistencia al trabajo, a los trabajadores que tengan reconocida la condición de discapacitado, cuando dichos procesos de incapacidad temporal deriven o estén vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de su discapacidad*". SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 que ha sido confirmada por el TSJ de Castilla-La Mancha de fecha 10 de abril de 2019[138].

Por último, al hilo de lo anterior y, a título ejemplificativo, se ha considerado enfermedad de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta asimilada a discapacidad —y, por tanto, despido nulo por discriminatorio[139]—, en los siguientes supuestos[140]:

El de una trabajadora a la que se le detectó un cáncer de mama, el cual motivó diversas y sucesivas situaciones de IT para su efectivo tratamiento, así como secuelas derivadas del mismo[141].

El de una trabajadora a la que se le diagnosticó un cáncer de útero[142]. Además, en este supuesto, el TSJ de Cantabria entendió que "*no podemos obviar que estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género*"[143].

El de un trabajador que, tras una larga lumbalgia, solicita el cambio de puesto de trabajo por encontrarse limitado para levantar pesos y estar tiempo en bipedestación[144].

El de un trabajador con obesidad mórbida —no con simple sobrepeso u obesidad leve—[145].

El de una trabajadora que no tiene discapacidad, sino su hijo[146].

[138] [AS 2019\1425].

[139] Olmos Parés, I.: "El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019 (recurso electrónico).

[140] VV.AA: *Memento práctico. Social 2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

[141] STSJ de Castilla-La Mancha de fecha 9 de noviembre de 2018 [JUR 2019\9052].

[142] STSJ de Cantabria de fecha 18 de enero de 2019 [AS 2019\899].

[143] *Vid*., López Insua, B. M., "Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, *passim*.

[144] STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 8 de mayo de 2014 [AS 2014\1728].

[145] STJUE de fecha 18 de diciembre de 2014 [TJCE 2014\367].

[146] STJUE de fecha 17 de julio de 2008 [TJCE 2008\176].

El de una trabajadora no solo enferma, sino también afectada de discapacidad, a la que se le concedió una indemnización por daño moral[147].

El de una trabajadora en situación de IT al ser la baja laboral de larga duración equivalente a discapacidad por tener artrosis del dedo pulgar, dolencia degenerativa relacionada con la actividad manual repetitiva[148].

Por el contrario, no se ha entendido discriminatorio y, por ende, nulo, el despido en los siguientes supuestos[149]:

El de un trabajador en situación de IT por accidente, al considerar que, al producirse, únicamente había transcurrido 1 mes y 23 días desde el accidente, lo que impide que se pueda calificar la baja laboral de duradera[150].

El de un trabajador en situación de IT por esguince de tobillo, con bajas laborales de proceso corto[151].

El de una trabajadora en situación de IT —junto con otras tres más de un equipo de nueve también de baja laboral— fundado en la repercusión negativa en el rendimiento laboral, pues no existe un elemento de segregación ni tiene como móvil la estigmatización de las personas enfermas[152].

El de un trabajador tras haber estado en situación de IT por depresión grave durante más de 9 meses y que continuó después del despido[153].

El de un trabajador con un cuadro de antecedentes personales psiquiátricos desde el año 2003 con diagnóstico de Depresión Mayor Recurrente, abuso de diversas sustancias y Trastorno de Personalidad Cluster B.[154].

El de una trabajadora en situación de IT, por repetidas e intermitentes faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, que alcanzan el 21’95% de las jornadas hábiles en un periodo de referencia de dos meses consecutivos, habiendo alcanzado el total de sus faltas de asistencia un 5’81% de las jornadas hábiles en los últimos doce meses, al entender que la enfermedad no equivale a la discapacidad por no concurrir los presupuestos exigidos por el TJUE al respecto, entre ellos, el carácter de previsible duración de la enfermedad[155].

[147] STJS de Asturias de fecha 13 de diciembre de 2016 [JUR 2017\2541]. VV.AA: *Memento práctico. Social 2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).
[148] STSJ del País Vasco de fecha 16 de julio de 2019 [JUR 2019\279428].
[149] VV.AA: *Memento práctico. Social 2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).
[150] STSJ de Cataluña de fecha 12 de junio de 2017 [AS 2017\1417].
[151] STSJ de Asturias de fecha 14 de noviembre de 2017 [JUR 2017\312610].
[152] STS de fecha 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].
[153] STS de fecha 15 de marzo de 2018 [RJ 2018\1403].
[154] SJS de Burgos de fecha 26 de septiembre de 2019 [JUR 2019\286919].
[155] STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 3 de octubre de 2019 [JUR 2019\302535].

III. EL REAL DECRETO-LEY 4/2020, DE 18 DE FEBRERO, POR EL QUE SE DEROGA EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 52.D) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR SER SUSCEPTIBLE DE CONSTITUIR UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN: POR RAZÓN DE LA DISCAPACIDAD Y POR RAZÓN DE GÉNERO/ SEXO DE LA PERSONA TRABAJADORA

Convirtiendo en letra legal la reciente doctrina judicial[156] emanada por la STSJ de Cataluña (Barcelona) de fecha 17 de enero de 2020[157]—que declaró el despido objetivo por absentismo laboral enjuiciado improcedente—, en fecha de 18 de febrero de 2020 se ha aprobado en Consejo de Ministros el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre[158]—en adelante y para simplificar, RD-l 4/2020—, cuyo artículo único, que lleva por rúbrica "modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre" establece que "*queda derogado el apartado d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre*".

RD-l 4/2020 que pasará a la historia como el inicio del cambio normativo laboral[159]—pues la derogación del artículo 52.d) del ET es un acto legislativo excepcional en la medida en que ningún legislador desde el año 1980 ha eliminado causas de despido, sino que las ha aumentado o facilitado[160]—, cuya inmediata entrada en vigor, de conformidad con la disposición final segunda, se produce al día siguiente al de su publicación en el BOE, esto es, el día 20 de febrero del año 2020.

Pues bien, según su dilatado Preámbulo o Exposición de Motivos —seis páginas de siete que tiene la norma— dividida en ocho partes, el Gobierno ha fundamentado el porqué de la derogación del artículo 52.d) del ET —en su totalidad, y no sólo en la versión que impuso la reforma laboral del año 2012[161]—. Así pues, los puntos que consideramos clave al respecto son los siguientes:

En primer lugar, que, en la práctica, tras la introducción paulatina y progresiva de las ausencias al trabajo no computables al efecto, el supuesto aplicativo del artículo 52.d) del ET ha quedado reducido de hecho "*a las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días*".

---

[156] Molina Navarrete, C.: "Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal", en *CEF. Laboral Social*, 2020 (recurso electrónico).

[157] [JUR 2020\53312].

[158] Convalidado por el Congreso de los Diputados en fecha de 25 de marzo de 2020.

[159] Rojo Torrecilla, E.: "Derogación del art. 52 d) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero", en *Blog el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Web: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/02/derogacion-del-art-52-d-let-un-articulo.html

[160] Baylos Grau, A.: "¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art 52 d) del Estatuto de los Trabajadores?", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*. Web: https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe-ser-declarado-improcedente-el.html

[161] Baylos Grau, A.: "Sobre la derogación del despido por absentismo", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*. Web: https://baylos.blogspot.com/2020/02/sobre-la-derogacion-del-despido-por.html

En segundo lugar, que, tras la reforma laboral acaecida en el año 2012 en virtud de la cual se eliminó del artículo 52.d) del ET el requisito del absentismo global de la empresa, el despido por faltas de asistencia al trabajo del artículo 52.d) del ET, "*se aplica en España cuando se alcanzan los porcentajes de faltas de asistencia establecidos, sin que el precepto requiera expresamente que se realice en cada caso juicio de adecuación y proporcionalidad*".

En tercer lugar, que, el ordenamiento jurídico-laboral de nuestro país "*ya dispone de mecanismos para asegurar la sanción para la persona que tiene faltas de asistencia injustificadas*": el artículo 54.2.a) del ET relativo al despido disciplinario fundamentado en "*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*".

En cuarto lugar, que, el artículo 52.d) del ET ha dado lugar recientemente a relevantes pronunciamientos judiciales, tanto por parte del TC —la sentencia de fecha 16 de octubre de 2019[162], la cual avaló dicho precepto estatutario[163]—, como por parte del TJUE —más específicamente, las sentencias de fecha 18 de enero de 2018[164] y 11 de septiembre de 2019[165]—, expresando respecto de la primera sentencia del TJUE que "*establece la inadecuación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a la Directiva 2000/78, por considerar que su formulación puede ser constitutiva de discriminación por razón de discapacidad, a menos que existan cauces de control de adecuación (finalidad de combatir el absentismo) y proporcionalidad (que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad)*".

Juicios de control de adecuación y proporcionalidad que requiere la doctrina del TJUE y que, según este instrumento constitucional, no concurren en el artículo 52.d) del ET, el cual únicamente contempla un procedimiento de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de aplicación automática cuando concurren los porcentajes de inasistencia al trabajo a los que se refiere.

En quinto lugar, tras exponer la existente confrontación de intereses legítimos de ambas partes de la relación laboral que reside en el artículo 52.d) del ET, la Exposición de Motivos declara que la extinción del contrato de trabajo de personas que se encuentran enfermas "*no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social*".

En sexto lugar, que, en la reciente STJUE de fecha 11 de septiembre de 2019[166], el Tribunal de Luxemburgo "*volvió de nuevo a establecer que el despido al que se llegara como consecuencia de una situación de bajas médicas reiteradas podía ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad*".

A lo que añadió, además, "*que el empresario está obligado a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo antes de proceder al despido de la persona con discapacidad derivada, entre otros factores, de sus faltas de asistencia al trabajo*".

[162] [JUR 2019\294154].

[163] *Vid*., un comentario de dicha sentencia en Moreno Gené, J.: "La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador", en *Revista General de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, *passim*.

[164] [TJCE 2018\3].

[165] [TJCE 2019\184].

[166] [TJCE 2019\184].

Razón por la cual, según el RD-l 4/2020, "*la situación generada a partir de la jurisprudencia referida requiere la inmediata corrección normativa a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE*".

En séptimo lugar, que, como ya ha señalado el TJUE, "*resulta legítimo el interés por disminuir el absentismo en la empresa, pero ello no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta el efecto que puede tener en el colectivo de personas con discapacidad*", pues, tras las sentencias de dicho tribunal de fecha 11 de julio de 2006[167], 11 de abril de 2013[168], 1 de diciembre de 2016[169] y 18 de enero de 2018[170], las personas trabajadoras con discapacidad, así como las personas trabajadoras con enfermedades de larga duración, pueden tener un volumen de faltas de asistencia al trabajo intermitentes de baja duración mayor que las personas trabajadoras sin discapacidad, lo que supondría una "*discriminación indirecta por razón de discapacidad*" si se les despidiera en base al artículo 52.d) del ET.

Motivo por el que la Exposición de Motivos concluye al respecto que "*la legitimación de cualquier despido que pueda recaer con mayor frecuencia en personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración requiere de garantías más intensas de las que actualmente configura el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores porque, tal y como advierte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entra en juego el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad establecido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000*".

En octavo lugar, que, asimismo, el artículo 52.d) del ET "*es susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples*", a lo que añade que "*puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de género*" al legitimar que se expulse del mercado laboral a las personas cuidadoras, así como al lanzar el mensaje erróneo de que "*la cuestión de la conciliación recae tan solo en la persona y no en la empresa y en la sociedad*".

En virtud de lo anterior, la inmediata supresión del artículo 52.d) del ET es un requisito indispensable "*para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible*".

Preámbulo que proporciona pistas de por dónde desea avanzar el actual Gobierno respecto a la ampliación de las medidas sobre conciliación y corresponsabilidad ya contenidas en el RD-l 6/2019[171].

En noveno lugar, en suma, el RD-l 4/2020 concluye que "*resulta injustificada, pues, la existencia de una fórmula extintiva que legitima el despido tanto por ausencias justificadas como injustificadas, cuando ello puede suponer, tal y como ha reconocido el TJUE, una mayor afectación para las personas con discapacidad*", razón por la cual, "*procede, por ello, la inmediata derogación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad*".

[167] [TJCE 2006\192].
[168] [TJCE 2013\122].
[169] [TJCE 2016\308].
[170] [TJCE 2018\3].
[171] Rojo Torrecilla, E.: "Derogación del art. 52 d) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero", en *Blog el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Web: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/02/derogacion-del-art-52-d-let-un-articulo.html

En décimo lugar y, descendiendo al terreno de la justificación de dicho instrumento constitucional cuyo régimen jurídico se contiene en el artículo 86 de la CE[172], el Preámbulo señala "*el contenido del real decreto-ley se fundamenta en motivos objetivos y de oportunidad política que requieren su aprobación inmediata*" y que, en concreto:

— Garantiza el cumplimiento de la Directiva 2000/78, cumpliendo de este modo con el principio de primacía del Derecho Comunitario.

Asegura la adecuada e inmediata traslación al ordenamiento jurídico-laboral español de la doctrina judicial contenida en la STJUE de fecha 18 de enero de 2018[173].

Evita que se introduzcan más resoluciones judiciales a nivel interno contradictorias entre sí, en aras de la defensa del principio de seguridad jurídica constitucionalmente reconocido en el artículo 9.3[174], así como contrarias al espíritu y finalidad de la norma europea y de la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo al artículo 2.2.b), inciso i) de dicha Directiva.

— Evita que se produzcan situaciones de discriminación directa o indirecta para colectivos de trabajadores especialmente vulnerables que se encuentran en alto riesgo de exclusión laboral y social, tales como las personas con discapacidad o las mujeres.

En definitiva, según la Exposición de Motivos del RD-l 4/2020, todo lo anterior justifica la conexión o relación entre la situación de urgencia expuesta y la concreta medida adoptada para subvenir a ella, siendo clara la necesidad de derogar el artículo 52.d) del ET con la finalidad de erradicar la situación susceptible de generar discriminaciones, inseguridad jurídica e incumplimiento de las obligaciones derivadas de nuestra pertenencia a la UE.

Ahora bien, dicha normativa constitucional de extrema y urgente necesidad adolece de varios e importantes problemas[175]: en primer lugar, un problema de derecho transitorio o intertemporal, de manera que, pese a que el RD-l 4/2020 se justifica, entre otras razones, con la finalidad de eliminar la seguridad jurídica existente al respecto, produce una incertidumbre acerca del ámbito temporal de aplicación al sembrar la duda de si los procesos judiciales abiertos en este momento deben resolverse conforme al nuevo derecho o conforme al derecho del tiempo de su maduración y, en segundo lugar, un problema de incoherencia e ineficacia finalista, en el sentido de que no prohíbe el despido por absentismo justificado, sino que sólo lo reconducirá a su improcedencia, así como tampoco evita un

[172] Que estipula que, "*1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia*".

[173] [TJCE 2018\3].

[174] A tenor del cual, "*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*".

[175] Molina Navarrete, C.: "Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal", en *CEF. Laboral Social*, 2020 (recurso electrónico).

uso mercantil del derecho constitucional a la salud, ya que permanecen otras causas de despido para ello como el despido objetivo fundamentado en la ineptitud de la persona trabajadora.

Por todo lo anterior, únicamente resta señalar que, a pesar de la voluntad del legislador gubernamental de proteger a los trabajadores frente a un despido sin justa causa basado en su salud, lo único que ha determinado es el abono de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio —cuantía económica del despido improcedente— en lugar de 20 días de salario por año de servicio —cuantía económica del despido objetivo procedente—, por lo que se seguirá mercadeando, esto es, negociando, con la salud de las personas trabajadoras[176].

Lo cual determinaría que se deben realizar las correspondientes reformas adicionales para evitar el efecto de desplazamiento del artículo 52.d) a los artículos 52.a) y 54 del ET, pues de lo contrario se "monetizaría" el despido y se frustraría la protección efectiva *in natura* del trabajador.

IV. EL DESPIDO OBJETIVO EN LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE TRABAJEN EN LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

El artículo 16 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo[177], titulado "extinción del contrato de trabajo", establece una serie de normas especiales o específicas para la extinción por causas objetivas de los contratos de este colectivo de trabajadores[178].

Según dicho precepto reglamentario, "*será de aplicación lo establecido en la sección cuarta del capítulo III, del título I del Estatuto de los Trabajadores, salvo en cuanto a lo dispuesto en el artículo cincuenta y dos, sobre extinción del contrato por causas objetivas, respecto de las que serán de aplicación las normas contenidas en el apartado siguiente*".

Apartado siguiente, en virtud del cual, el contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas con las siguientes especialidades[179]:

"*a) Por ineptitud del trabajador, conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, y que deberá ser constatada por el equipo multiprofesional. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de adaptación o de prueba, previsto en el artículo 10, apartado dos, no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento*".

De esta letra se deriva que la peculiaridad más relevante en relación con lo dispuesto en el artículo 52.a) del ET concerniente al despido objetivo por ineptitud del trabajador ordinario/común, estriba en el requisito de que la falta de aptitud, tanto conocida como sobrevenida, debe ser constatada por un equipo multiprofesional.

"*b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, constatadas por el equipo multiprofesional, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido, como mínimo, tres meses desde que se introdujo la modificación. El contrato*

[176] *Ibídem*.

[177] Publicado en el BOE en fecha de 8 de agosto de 1985.

[178] Morales Vállez, C.: *Extinción del contrato de trabajo: causas objetivas y disciplinarias. El FOGASA*, A Coruña, Colex, 2014, pág. 75.

[179] Guindo Morales, S.: "Configuración y régimen jurídico del despido objetivo de los trabajadores con discapacidad. Referencia a la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo" en *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5, 2020, *passim*.

quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del Organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo".

De esta letra se infiere que, a grandes rasgos, sus términos coinciden con los previstos en el artículo 52.b) del ET 1980 y del ET 1995 —no del vigente ET, que ha sufrido bastantes modificaciones con posterioridad— relativo al despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo.

Sin embargo, existen algunas particularidades al respecto, como son: en primer lugar, y al igual que ocurre con la letra anterior relativa a la ineptitud, que para extinguir el contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador se requiere que la misma sea constatada por un equipo multiprofesional y, en segundo lugar, la previsión de una mayor duración en el periodo de adaptación desde que se producen las modificaciones tecnológicas en el puesto de trabajo, que se fija en tres meses en lugar de los dos meses contemplados con carácter general en el artículo 52.b) del ET —y es que se parte de la presunción de que la persona con discapacidad va a tener mayores dificultades en su adaptación—[180].

"*c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en número inferior al establecido en el mismo, siendo necesario en todo caso el informe del equipo multiprofesional. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en este supuesto*".

En términos generales, podemos afirmar que esta letra coincide con lo previsto en el artículo 52.c) del ET 1980 y del ET 1995 —no del vigente ET, que ha sufrido bastantes modificaciones con posterioridad— relativo al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

No obstante, existen algunas peculiaridades, como son: en primer lugar, que, de nuevo, como en las circunstancias extintivas objetivas anteriores, se necesita la constatación de las causas empresariales por un equipo multiprofesional y, en segundo lugar, que los trabajadores con discapacidad no disfrutan del derecho/garantía de prioridad de permanencia en la empresa, porque todos ellos la tienen[181].

"*d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 25 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 30 por 100 en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo*".

A lo que añade esta causa de despido objetivo a continuación que, "*no se computará como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal, por el tiempo de duración de la misma, al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores,*

[180] Apilluelo Martín, M.: "Despido y relaciones laborales especiales", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Pamplona, Aranzadi, 2004, págs. 585 y 586.

[181] *Ibídem*, pág. 586.

accidentes de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos".

Los términos de esta letra coinciden con lo previsto en el artículo 52.d) del ET 1980 y del ET 1995 —no del vigente ET, que ha sufrido bastantes modificaciones con posterioridad hasta llegar a su completa derogación—, siendo únicamente los porcentajes de las faltas de asistencia al trabajo lo que varía respecto al régimen general, pues se computa el 25% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 30% en cuatro meses discontinuos, por lo que se amplían los porcentajes del 20% y 25%, respectivamente, previstos en el ET[182].

V. ¿ES EQUIPARABLE AUTOMÁTICAMENTE Y A TODOS LOS EFECTOS LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, ABSOLUTA O GRAN INVALIDEZ A LA DECLARACIÓN DE DISCAPACIDAD DEL 33%? (A PROPÓSITO DE LA RECIENTE STS NÚM. 156/2020, DE 19 DE FEBRERO DE 2020 Y LA INCURSIÓN EN ULTRA VIRES DEL ARTÍCULO 4.2 DEL RDL 1/2013)

1. Concepto de personas con discapacidad a efectos del Real Decreto 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

A tenor del artículo 4.1 del RDL 1/2013, titulado "titulares de los derechos", 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*".

Y, además de lo anterior, según el apartado segundo de dicho precepto legal, 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*".

A lo que se añade a continuación que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33%"*los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*".

Por tanto, en virtud de todo lo anterior, son personas con discapacidad las que reúnan los tres siguientes requisitos legales[183]:

1. Que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

2. Que dichas deficiencias sean previsiblemente permanentes.

3. Que tales deficiencias permanentes, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

[182] Apilluelo Martín, M.: "Despido y relaciones laborales especiales", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Pamplona, Aranzadi, 2004, pág. 587.

[183] Guindo Morales, S.: *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*, Tesis Doctoral dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2020, pág. 449.

Ahora bien, según acabamos de comprobar, conforme al RDL 1/2013, no sólo son consideradas personas con discapacidad las que reúnan dichos requisitos, sino también y, a todos los efectos, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, presentando dicho grado de discapacidad los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y, a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

No obstante lo anterior, como veremos a continuación a lo largo del presente trabajo de investigación, en este punto es importante señalar que la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018[184] declaró la ineficacia jurídica del artículo 4.2 del RDL 1/2013 por incurrir en *ultra vires* en cuanto dispone que es aplicable "*a todos los efectos*" la equiparación automática de los pensionistas beneficiarios de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez con el grado de discapacidad del 33%, produciéndose de esta forma un exceso en la delegación legislativa que le habilitaba para la refundición de los textos legales precedentes que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[185]—en adelante y para simplificar, Ley 26/2011—[186].

Ley 26/2011 en cuyo artículo 1.Dos, rubricado "modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad", establece que el apartado 2 del artículo 1 de la misma queda modificado del siguiente modo: "*a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*".

Existiendo, por ende, un problema de la expresión "a todos los efectos" contenido en el artículo 4.2 del RDL 1/2013 con la expresión "a los efectos de esta Ley" contenido en el artículo 1.Dos de La ley 26/2011, respecto del que la jurisprudencia se ha visto obligada a pronunciarse para solucionar esta problemática, puesto que, según la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018[187], la Ley 26/2011 mantenía en sus propios términos el derogado artículo 1.2.3º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[188]—en adelante y para simplificar, Ley 51/2003—, cuando, al referirse al objeto de la misma, estipulaba lo siguiente:

"*A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan*

[184] [RJ 2018\5942].
[185] Publicada en el BOE en fecha de 2 de agosto de 2011.
[186] Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 744.
[187] [RJ\2018\5942].
[188] Publicada en el BOE en fecha de 3 de diciembre de 2003.

reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

2. Concepto de incapacidad permanente en sus grados de total, absoluta y gran invalidez a efectos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social

El artículo 193 del RDL 8/2015 define a la incapacidad —también denominada invalidez— permanente contributiva como "*la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral*".

A lo que añade a renglón seguido que no impedirá dicha calificación de incapacidad permanente "*la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo*".

A continuación, en el siguiente precepto legal, apartado primero, el RDL 8/2015 efectúa una clasificación de los distintos grados de incapacidad permanente, con independencia de cuál sea su causa determinante, 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:

a) Incapacidad permanente parcial.

b) Incapacidad permanente total.

c) Incapacidad permanente absoluta.

d) Gran invalidez.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad permanente, se tomará en consideración la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el trabajador o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente[189].

Ahora bien, por otro lado, según la disposición transitoria vigésima sexta del RDL 8/2015, que lleva por título "calificación de la incapacidad permanente", lo dispuesto en el artículo 194 únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194, siendo de aplicación la siguiente redacción hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho precepto:

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

    a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.

    b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.

    c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

[189] Artículo 194.2.2º del RDL 8/2015.

d) Gran invalidez.

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Para el análisis de la STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020, así como de la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, únicamente nos centraremos en los grados de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, con el fin de aclarar si éstos se pueden equiparar automáticamente a la declaración de discapacidad del 33%[190].

1. La STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, que declaró ultra vires el artículo 4.2 del Real Decreto 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

La cuestión controvertida en la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, consiste en determinar si, a partir de la entrada en vigor del RDL 1/2013, los pensionistas beneficiarios de la Seguridad Social a los que se les haya reconocido una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, tienen un grado de discapacidad del 33% y ostentan automáticamente a todos los efectos dicha condición, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello implica o, *a sensu contrario*, si la equiparación se limita única y exclusivamente a los efectos previstos en dicho RDL 1/2013 y normas de desarrollo.

Finalmente, tal decisión judicial apreció que el artículo 4.2 del RDL 1/2013 contiene una regulación *ultra vires* y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en los grados de total,

[190] Al respecto, *vid*., Monereo Pérez, J. L. y Guindo Morales, S.: "La dialéctica entre incapacidad permanente y discapacidad: ¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez a la declaración de discapacidad del 33%? (A propósito de la reciente STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en ultra vires del artículo 4.2 del RDL 1/2013)", en *Revista de Derecho Social*, núm. X, 2020, *passim*.

absoluta o gran invalidez no equivale automáticamente a la condición de persona con discapacidad del 33%.

Sentencia a la que se formuló un voto particular discrepante del criterio adoptado por la mayoría de la Sala IV del TS, al que se adhirieron dos magistrados, al estimar que la norma cuestionada, esto es, el artículo 4.2 del RDL 1/2013, no contiene una regulación *ultra vires* y, además, que el reconocimiento de una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo —es decir del 33%—.

Razón por la cual, a tenor de dicho voto, a la parte recurrente/demandante se le debería haber estimado su pretensión por cuanto automáticamente y, a todos los efectos, tiene la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento contenido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía[191]—en adelante y para simplificar, RD 1971/1999—para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33% de discapacidad, con base en la asimilación que hace el RDL 1/2013.

Lo anterior, salvo que se requiera la acreditación de un porcentaje determinado de discapacidad cuando los derechos que se reclamen impongan como requisitos que el grado de discapacidad que se necesita sea superior al 33%, momento en el que los interesados deben acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999 para que les sea otorgado un determinado grado superior al 33% —porcentaje mínimo previsto para el reconocimiento de la situación de discapacidad—.

2. La STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020

2.1. Introducción

En esta sentencia se dilucida un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto ante la Sala IV del TS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de fecha 15 de febrero de 2017, recaída en su recurso de suplicación, que confirmó la sentencia del JS de Murcia de fecha 10 de noviembre de 2015, que estimó la demanda interpuesta por la actual parte recurrida contra el Instituto Murciano de Acción Social, en materia de Seguridad Social.

2.2. Sobre los antecedentes de hecho

El día 24 de junio del año 2014 —fecha en la que ya estaba en vigor el RDL 1/2013—, al demandante le reconocieron una pensión de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Posteriormente, el actor solicitó el reconocimiento del grado de discapacidad, a lo que el Instituto Murciano de Acción Social resolvió reconociéndole un grado de discapacidad del 12%.

El día 10 de noviembre del año 2015, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia dictó sentencia estimatoria de la demanda formulada contra el Instituto Murciano de Acción Social, así como declaró que el demandante presentaba una discapacidad en grado igual o superior al 33%.

El Instituto Murciano de Acción Social interpuso un recurso de suplicación frente a dicha sentencia ante la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, quien dictó sentencia en fecha de 15 de febrero de 2017 desestimándolo y, por ende, confirmando el pronunciamiento de instancia.

[191] Publicado en el BOE en fecha de 26 de enero de 2000.

Ambos pronunciamientos judiciales, esto es, tanto del JS de Murcia como del TSJ de Murcia se apoyaron en lo dispuesto en el artículo 4.2 del RDL 1/2013, en virtud del cual: "*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 considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*".

Por la representación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala IV del TS, aportándose como sentencia contradictoria con la recurrida la del TS de fecha 7 de julio de 2008[192], sentencia que rechazó declarar en situación de discapacidad del 33% a la demandante que tenía reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total —fecha en la que estaba en vigor la Ley 51/2003 derogada por el RDL 1/2013, en cuyo artículo 1.2 no se contempla la expresión "*a todos los efectos*" como sí hace el artículo 4.2 del RDL 1/2013, sino que se contempla la expresión "*a los efectos de esta Ley*".

Pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien consideró el recurso improcedente por no concurrir el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, si bien interesó, en caso de admitirse la concurrencia de contradicción, que se desestimara el recurso de casación para la unificación de doctrina.

2.3. La construcción del razonamiento jurídico. Fundamentos de Derecho

La cuestión controvertida en el recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si, a partir de la aprobación del RDL 1/2013, los perceptores de pensiones de la Seguridad Social, por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, ostentan automáticamente a todos los efectos tal condición de personas con discapacidad, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello implica, o, *a sensu contrario*, la equiparación se limita únicamente a los efectos previstos en tal Ley y normas de desarrollo.

Así pues, la parte recurrente, esto es, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sostiene que concurre entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste la identidad de supuestos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social[193]—en adelante y para simplificar, LRJS—, en virtud del cual:

"*El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos*".

Por lo que, el TS, en primer lugar, entra a resolver si concurre tal contradicción alegada entre las resoluciones comparadas, expresando que, en la sentencia recurrida y en la de contraste se trata de pensionistas de incapacidad permanente total, que reclamaron en vía administrativa el reconocimiento de un grado de discapacidad con resultado negativo y obtuvieron respuesta favorable en los Juzgados

[192] [RJ 2008\4344].

[193] Publicada en el BOE en fecha de 11 de octubre de 2011.

de lo Social, que les reconocieron un 33% de discapacidad a todos los efectos, confirmándose dichas sentencias en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia, aunque con efectos diferentes, puesto que en la sentencia recurrida se reconoció al demandante un grado de discapacidad del 33% a todos los efectos, mientras que, en la sentencia de contraste, se le reconoció únicamente a los efectos de la Ley 53/2003, descartándose, por ende, efectos generales al reconocimiento de discapacidad.

Ahora bien, advierte el TS que la sentencia recurrida aplicó el artículo 4.2 del RDL 1/2013, mientras que la sentencia de contraste aplicó el artículo 1.2 de la Ley 53/2003, al ser las normativas vigentes en el momento de solicitarse la declaración de discapacidad.

Con anterioridad a la resolución de si concurren los requisitos de contradicción requeridos en el artículo 219.1 de la LRJS, a continuación, recuerda que la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018 concluyó que el RDL 1/2013 incurrió en *ultra vires* por exceder la delegación normativa que le habilitaba para la refundición de los textos legales anteriores, al modificar su artículo 4.2 el contenido de la regulación legal a refundir y sobrepasar de este modo el mandato del legislador, introduciendo que el 33% de discapacidad lo era a todos los efectos, razón por la cual, se declaró la ineficacia jurídica del artículo 4.2 del RDL 1/2013 por equiparar a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez con el grado de discapacidad del 33% a todos los efectos y no a los solos efectos de dicha Ley y normas de desarrollo.

Y es que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[194], en la Disposición final segunda, titulada "autorización al Gobierno para la refundición de textos legales", dispuso que:

"*El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*".

Motivo por el que, según la sentencia que comentamos, en cumplimiento de este mandato y conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución Española[195]—en adelante y para simplificar, CE—[196], el Gobierno aprobó el RDL 1/2013 que derogó la Ley 53/2003.

[194] Publicada en el BOE en fecha de 2 de agosto de 2011.

[195] Publicada en el BOE en fecha de 29 de diciembre de 1978.

[196] A tenor de la cual, "*1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control*".

En definitiva, la Sala IV concluye que el artículo 4. 2 del RDL ha incurrido en *ultra vires* desde la entrada en vigor de dicha norma por exceso en la delegación legislativa, por no respetar el artículo 1 de la Ley 26/2011, la cual, además de atribuirle esa delegación, ratificó el contenido de aquel artículo 1.2 de la Ley 51/2003 en los términos mencionados, y que se han visto sustancialmente transformados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la expresión *"a los efectos de esta ley*" por la de "*a todos los efectos*", constituyendo una radical alteración del mandato legislativo que modifica esencialmente el texto que debía refundir.

De hecho, añade el TS que se ha llegado hasta el punto de que conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por él mismo conforme al contenido de la norma que el poder legislativo no ha querido variar.

Por todo lo anterior, la Sala IV determina que, efectivamente, tras constatar que el RDL 1/2013 constituye un *ultra vires* desde su entrada en vigor, concurren los requisitos de contradicción contenidos en el artículo 219.1 de la LRJS, al darles a los recurrentes en suplicación de ambas sentencias, pensionistas de invalidez que reclaman la declaración del 33% de discapacidad a todos los efectos, una distinta respuesta, a pesar de que tanto la sentencia recurrida como la de contraste aplicaron la distinta normativa vigente existente en el momento de la solicitud de la declaración de discapacidad.

Finalmente, el TS ha considerado que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, esto es, la STS de fecha 7 de julio de 2008, aunque allí se aplicara el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 en su versión inicial, por ser la norma vigente en aquel momento cuando el recurrente solicitó la declaración de discapacidad, en la que se estableció que tal declaración del 33% de discapacidad a los pensionistas de invalidez permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez producía únicamente efectos dentro de dicha ley y no con carácter general.

Pues, añade la sentencia, que el artículo 4.2 del RDL 1/2013carecía de eficacia jurídica, al conceder eficacia general a la declaración del 33% de discapacidad, desde la entrada en vigor de la norma, una vez constatado que dicha normativa excedió la delegación legislativa encomendada por la disposición final segunda de la Ley 26/2011, como estimó la STS núm. 993/2018 de fecha 29 de noviembre de 2018.

Lo que conlleva, como consecuencia de lo anterior, que, una vez probado que la sentencia recurrida estimó la pretensión de la parte demandante con fundamento en lo contenido en el artículo 4.2 del RDL 1/2013, reconociéndole el 33% de discapacidad a todos los efectos, aunque dicho precepto carecía de eficacia jurídica en este concreto extremo, procede mantener la misma doctrina jurisprudencial acuñada por el TS en la interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, reproducido esencialmente por el artículo 1 de la Ley 26/2011, los cuales limitaban la declaración de discapacidad a los efectos de la propia ley, debiendo seguirse, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999—para que se dicte resolución en la que se indique que el solicitante de la declaración tiene el 33% de discapacidad—, por lo que no cabe la equiparación automática y a todos los efectos de la declaración de incapacidad permanente total y el grado de discapacidad del 33%, sino sólo a los efectos del RDL 1/2013.

2.4. La decisión dirimente. El Fallo/parte dispositiva de la sentencia

La STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020 ha estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto ante la Sala IV del TS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de fecha 15 de febrero de 2017, recaída en su recurso de suplicación, que

confirmó la sentencia del JS de Murcia de fecha 10 de noviembre de 2015, que estimó la demanda interpuesta por la actual parte recurrida contra el Instituto Murciano de Acción Social, en materia de Seguridad Social, la cual revoca el TS con la consiguiente desestimación de la demanda. Y, como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, ha casado y anulado la sentencia recurrida.

En definitiva, la Sala IV del TS ha realizado lo que se dispone en el apartado segundo del artículo 228 de la LRJS, el cual contempla que, si la sentencia declara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, "*casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada*".

V. CONCLUSIONES JURÍDICO-CRÍTICAS MÁS RELEVANTES

1. A tenor del artículo 4.1 del RDL 1/2013 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.

Y, además de lo anterior, según el apartado segundo de dicho precepto legal, 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%. A lo que se añade a continuación que, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2. El artículo 193 del RDL 8/2015 define a la incapacidad permanente contributiva como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, clasificando el artículo 194 de dicha normativa los distintos grados de incapacidad permanente, con independencia de cuál sea su causa determinante, 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, en: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y, por último, gran invalidez.

Hasta que no entren en vigor las disposiciones que desarrollen reglamentariamente el artículo 194 del RDL 8/2015, será de aplicación en cuanto a la incapacidad permanente lo contenido en la disposición transitoria vigésima sexta de dicha normativa.

3. La STS núm. 993/2018 apreció que el artículo 4.2 del RDL 1/2013 contiene una regulación *ultra vires* desde su entrada en vigor y, que el reconocimiento de una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez no equivale automáticamente y a todos los efectos a la condición de persona con discapacidad del 33%, sino únicamente a efectos del propio RDL 1/2013.

Lo anterior, a diferencia de lo expresado en el voto particular discrepante del criterio adoptado por la mayoría de la Sala IV del TS, al estimar que el artículo 4.2 del RDL 1/2013 no contiene una regulación *ultra vires* y, además, que el reconocimiento de una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo —es decir, del 33%—.

4. Asimismo, reiterando dicha doctrina judicial, la STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020 ha estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto ante la Sala IV del TS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de fecha 15 de febrero de 2017, recaída en su recurso de suplicación, que confirmó la sentencia del JS de Murcia de fecha 10 de noviembre de 2015, que estimó la demanda interpuesta por la actual parte recurrida contra el Instituto Murciano de Acción Social, en materia de Seguridad Social, la cual revoca el TS con la consiguiente desestimación de la demanda. Y, como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, ha casado y anulado la sentencia recurrida.

Lo que significa que no cabe la equiparación automática de la incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez a la declaración de discapacidad del 33%. En definitiva, lo que viene a decir el TS es que los términos "incapacidad" y "discapacidad" no son equiparables.

Debiendo seguirse, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999—para que se dicte resolución en la que se indique que el solicitante de la declaración tiene el 33% de discapacidad—.

5. Dicha falta de equiparación de términos nos hace recordar la sentencia del TJCE de fecha 11 de julio de 2006[197], la cual, si bien recaída en un caso de despido por enfermedad, manifestó que, "*al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva* —esto es, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[198]—*el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos*" pero, que podría constituir discapacidad siempre y cuando la enfermedad fuera o se previera de larga duración—lo que, en posteriores sentencias del Tribunal de Luxemburgo, se extendió también a supuestos de duración incierta—.

La interpretación del TJCE relativa a que la enfermedad, para que pueda asimilarse a la discapacidad, debe ser el origen de una limitación de carácter duradero, es el punto más conflictivo que provoca una mayor fricción con nuestra concepción interna, ya que, tradicionalmente, en nuestro sistema jurídico, la discapacidad va aparejada a un *status* permanente[199].

Así se dispone en el artículo 2.a) del RDL 1/2013, en virtud del cual, se entiende por discapacidad la "*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*".

6. Si, como acabamos de comprobar en la STS núm. 156/2020, de fecha 19 de febrero de 2020 que reitera doctrina de la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018, se ha producido un *ultra vires* en el artículo 4.2 del RDL 1/2013, no se entiende cómo todavía no se ha producido una modificación legislativa al respecto de la expresión "*a todos los efectos*" por el de "*a los efectos de esta Ley*"

Ello, con la finalidad de evitar tener que acudir a la jurisprudencia para solucionar la problemática actual —o, a la doctrina, para clarificar ciertos aspectos— pues, aunque el orden jurisdiccional social resuelve conflictos, así como ayuda a descubrir los defectos, errores, insuficiencias, obsolescencias y

[197] [TJCE 2006\192].

[198] Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas —en adelante y para simplificar, DOCE— en fecha de 2 de diciembre de 2000.

[199] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

lagunas legales más relevantes al respecto, como en otras tantas materias, para atajar los problemas de raíz, su solución no se encuentra en el poder judicial como viene sucediendo hasta ahora, sino en los poderes legislativo y ejecutivo.

7. Ahora bien, no obstante lo anterior, nos sumamos al voto particular discrepante formulado a la STS núm. 993/2018, de fecha 29 de noviembre de 2018 al entender también que, de conformidad con el artículo 82.5 de la CE, a tenor del cual, "*la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*" y, en el caso que nos ocupa, la autorización no se limitaba a la mera formulación de un texto único, sino que incluía expresamente la autorización para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Y es que, de conformidad con dicho voto, la legislación delegada, en este caso, en textos refundidos, tiene como propósito reunir en un texto único las previsiones contenidas en varios textos legales mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el principio de que la ley posterior deroga a la ley anterior o de la relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad, finalidad principal que puede pretender, además, regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos, objetivo unificador que es nuclearen la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica y que debe iluminar la tarea del poder ejecutivo, así como orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo.

Por lo que, según el voto particular discrepante, la asimilación de la incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez a una discapacidad igual o superior al 33% no puede considerarse que haya ampliado el campo subjetivo más allá de las previsiones que tenían las normas refundidas—esto es, la Ley 53/2003 y la Ley 26/2011—, en cumplimiento del mandato autorizado pues, con ello, lo que tan sólo se hace es unificar armónicamente el ámbito subjetivo que cada ley tenía, respetando sus respectivos contenidos y, para aglutinar a todos los sujetos destinatarios de todos los derechos que en el Texto se recogen, pero ya desde una perspectiva general y pendiente de desarrollo siendo, por tanto, el marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido el mismo existente con anterioridad, aunque ahora se haya encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios contenidos en el RDL 1/2013.

8. En definitiva, al igual que se ha considerado que, en los casos de despido, la enfermedad debe asimilarse a la discapacidad en determinadas ocasiones, razón por la que se derogó por medio del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre[200] el despido objetivo por absentismo contemplado en la letra d) del artículo 52 del ET[201], a los pensionistas beneficiarios de la Seguridad Social a quienes se les haya reconocido una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez deberían ser calificados automáticamente de personas con discapacidad con un grado igual o superior al 33%, sin tenerse que seguir, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999, en base a lo dispuesto en los siguientes preceptos:

[200] Publicado en el BOE en fecha de 18 de febrero de 2020.

[201] Al respecto, *vid*., Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*. También, Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, *passim*.

— Artículo 2.1.a) del RDL 1/2013, en virtud del cual, a efectos de esta ley se entiende por discapacidad aquella "*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*".

— Disposición transitoria vigésima sexta del RDL 8/2015, que establece los distintos conceptos de la incapacidad permanente total para la profesión habitual, de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y de la gran invalidez en el siguiente sentido:

  • Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

  • Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

  • Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

— Artículo 82.5 de la CE, a tenor del cual, "*la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*".

9. En conclusión, discrepamos de la parte dispositiva de la sentencia comentada y, *a sensu contrario*, expresamos nuestra conformidad con el voto particular discrepante formulado a la STS de fecha 29 de noviembre de 2019 en la que dispuso que, "*a partir de la refundición normativa, la equiparación "a todos los efectos" de quienes se encuentran en situación de IPT o grado superior, se refiere al texto refundido, y ya no a las normas incorporadas en el mismo individualmente consideradas, y ello como consecuencia, ni más ni menos, que en cumplimiento del mandato refundidor del legislador*".

10. Se dice que un derecho vale lo que valen sus garantías[202]. En este sentido, existe un estándar multinivel de garantía del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad en el ámbito internacional, europeo, comunitario y nacional[203].

11. A título ejemplificativo, en la página web oficial de la Organización Internacional del Trabajo —en adelante y para simplificar, OIT— se dispone que "*las personas con discapacidad representan aproximadamente mil millones de personas, un 15% de la población mundial. Alrededor del 80 por ciento están en edad de trabajar. Sin embargo, su derecho a un trabajo decente, es con frecuencia denegado. Las personas con discapacidad, en particular las mujeres con discapacidad, se enfrentan a enormes barreras actitudinales, físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. En comparación con las personas sin discapacidad, las personas con discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo e inactividad*

[202] Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2019, pág. 478.

[203] Respecto al concreto ámbito nacional, *vid*., Alcaín Martínez, E. (Ed.): *Legislación sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2005, *passim*.

económica y están en mayor riesgo de una protección social insuficiente la cual es clave para reducir la pobreza extrema".

A lo que añade a continuación que la OIT "*tiene un compromiso de larga duración para promover la justicia social y lograr trabajo decente para las personas con discapacidad. Es necesario un doble enfoque para la inclusión de la discapacidad. Un eje se refiere a los programas o iniciativas específicas para personas con discapacidad destinadas a superar las desventajas o barreras particulares, mientras que el otro busca garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en los servicios y actividades de carácter general, tales como la formación profesional, la promoción del empleo, planes de protección social y estrategias para la reducción de la pobreza*".

12. En definitiva, si bien es un hecho real que las personas con discapacidad, al igual que sucede con otros colectivos de trabajadores tales como las mujeres, los inmigrantes, las personas mayores o los jóvenes, tienen una mayor dificultad para acceder al mercado laboral, también lo es que tienen un mayor riesgo de ser expulsados del mismo[204].

Más específicamente, por la causa contenida en la letra a) del artículo 52 del ET "*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*", así como por la causa establecida en la letra b) del mismo precepto estatutario "*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación*".

Ya no, desde la entrada en vigor del RD-l 4/2020, de la derogada causa referente al absentismo laboral, aun justificado, pero intermitente, que superase los porcentajes expresamente recogidos en la letra d) de dicho precepto estatutario.

Todo ello, sin dejar de obviar las particularidades dispuestas en el Reglamento que contiene el régimen jurídico de las personas con discapacidad que trabajan en los Centros Especiales de Empleo en cuanto a determinadas causas de despido objetivo contenidas en el artículo 16 del RD 1368/1985.

13. Se debe ser consciente de que las personas con discapacidad, al igual que dichas otras colectividades, tienen el derecho a un trabajo decente o con derechos.

[204] Aragón Gómez, C.: "La ineptitud sobrevenida por razón de edad", Mercader Uguina, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 236.

Término que es definido por la OIT como aquel trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad[205], debiendo existir un marco tuitivo[206] que permita que los derechos de las personas trabajadoras sean efectivamente protegidos[207].

Trabajo decente que se encuentra íntimamente unido, en caso de incumplimiento, al trabajo informal, que ha sido tradicionalmente identificado como aquella actividad marginal y, en muchos casos, carente de una regulación normativa específica, lo que supone no únicamente un ejercicio de ocultamiento voluntario por parte de sus protagonistas sino, además, una inacción de los poderes públicos en general a la hora de incorporar dichas actividades a la esfera del Derecho[208].

El problema estriba en que las condiciones laborales y sociales de muchas personas trabajadoras —incluidos los trabajadores autónomos o por cuenta propia[209]— se alejan tanto del trabajo decente como del trabajo informal[210].

Pues bien, en ese sentido, el trabajo digno o decente debe cubrir concretamente la protección frente al despido de las personas trabajadoras[211]—mediante las garantías causal, formal y judicial[212]—, siendo tres las esferas en las que se relacionan el trabajo decente y la extinción del contrato de trabajo: en primer lugar, la estrictamente laboral, en segundo lugar, la de protección social y, por último, la fiscal[213].

Motivo por el cual, la finalidad del RD-l 4/2020 ha sido la de evitar que se produzcan situaciones de discriminación directa o indirecta para colectivos de trabajadores especialmente vulnerables que se

[205] Constituyendo el derecho al salario mínimo de los trabajadores una condición digna de los mismos. Al respecto, *vid*., Moreno Vida, Mª. N.: "Trabajo decente y salario mínimo en el sistema multinivel de garantías", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, *passim*.

[206] Sobre el trabajo decente y la tutela judicial efectiva, *vid*., Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "Trabajo decente y tutela judicial efectiva", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, págs. 451 a 477.

[207] Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pág. 3.

[208] Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "El Derecho Social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del Derecho Social ante el fenómeno del trabajo informal", en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016, pág. 12.

[209] Según Vila Tierno, F.: "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 421, 2018, pág. 45: por ejemplo, en cuanto a la rebaja de las condiciones de las pensiones a las que, en el futuro, tendrán derecho los sujetos.

[210] Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pág. 3.

[211] Monereo Pérez, J. L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 248.

[212] Ortega Lozano, P. G.: "La carta de despido como garantía de un trabajo decente", en Monereo Pérez, J. L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H., (Dirs.), Maldonado Molina, J. A. y Moreno Vida, Mª. N. (Coords.): *El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de Reformas Estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, Murcia, Laborum, 2018, págs. 301 a 322.

[213] Vila Tierno, F.: "Trabajo decente y extinción de la relación contractual (I): Aspectos laborales", ", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pág. 266. También, Vila Tierno, F.: "Trabajo decente y extinción del contrato de trabajo", en Monereo Pérez, J. L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H., (Dirs.), Maldonado Molina, J. A. y Moreno Vida, Mª. N. (Coords.): *El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de Reformas Estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, Murcia, Laborum, 2018, págs. 255 a 270.

encuentran en alto riesgo de exclusión laboral y social, tales como las personas con discapacidad —así como las personas con enfermedades equiparables a la discapacidad por ser de larga duración, de previsible duración o de duración incierta, de conformidad con la última doctrina judicial del TJUE— que, con el artículo 52.d) del ET, se encontraban discriminados de manera indirecta con fundamento en la mayor propensión o probabilidad de sufrir faltas de asistencia al trabajo intermitentes en mayor proporción que las personas sin discapacidad.

14. Del artículo 35.1 de la CE se deriva el derecho de la persona trabajadora a la continuidad o estabilidad en el empleo[214]. Derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo que implica fundamentalmente: a) que el ordenamiento jurídico-laboral tenga preferencia por los contratos de duración indefinida sobre los contratos de duración determinada; b) que el trabajador esté protegido frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo, razón por la cual, se exige que el despido sea causal, esto es, que exista una justa causa extintiva[215], así como una serie de garantías formales y judiciales; c) que el ordenamiento jurídico instituya mecanismos de conservación de los contratos de trabajo como alternativas más beneficiosas para los trabajadores que la pura y simple extinción del vínculo laboral[216]—medidas de flexibilidad interna y ajustes razonables—.

Medidas de flexibilidad interna o ajustes razonables cuya finalidad es triple: facilitar el desarrollo del trabajo, proteger la salud y seguridad de las personas trabajadoras y, por último, evitar que la primera acción empresarial a adoptar ante un caso de incapacidad o ineptitud sobrevenida sea la extinción contractual y, de este modo, que ésta pase a ser una medida de última *ratio*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alcaín Martínez, E. (Ed.): *Legislación sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2005.

Alfonso Mellado, C. L.: "Extinción del contrato por causas objetivas", en Alfonso Mellado, C. L., Rodríguez Pastor, G. E. y Salcedo Beltrán, Mª. C. (Coords.): *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Altés Tárrega, J. A., Blasco Pellicer, Á. A. y Nores Torres, L. E.: *El despido objetivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Apilluelo Martín, M.: "Despido y relaciones laborales especiales", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Pamplona, Aranzadi, 2004.

Aragón Gómez, C.: "La ineptitud sobrevenida por razón de edad", Mercader Uguina, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009.

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.

[214] Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en Castiñeira Fernández, J. (Coord.): *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 161.

[215] Montoya Melgar, A.: "La protección constitucional de los derechos laborales", en VV.AA.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pág. 288.

[216] Montoya Melgar, A.: "Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad», En GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y Del Valle Villar, J. M. (Coord.): *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, págs. 87 y 88.

Baylos Grau, A.: "¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art 52 d) del Estatuto de los Trabajadores?", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*. Web: https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe—ser—declarado—improcedente—el.html

Baylos Grau, A.: "Sobre la derogación del despido por absentismo", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*. Web: https://baylos.blogspot.com/2020/02/sobre—la—derogacion—del—despido—por.html

Beltrán De Heredia Ruiz, I.: "Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plastiques", en *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una mirada crítica a las relaciones laborales*. Web: https://ignasibeltran.com/2019/09/16/enfermedad—despido—objetivo—y—discriminacion—por—discapacidad—el—caso—nobel—plastiques/

Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "El despido nulo por incapacidad temporal: la garantía del trabajador enfermo", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Carby—Hall, J. R.: "Access to, and retention of, employment of disabled persons — The British Legal Framework", en *RevistaDerecho Social y Empresa*, núm. 1, 2015.

Cuenca Gómez, P.: "Igualdad, no discriminación y derechos de las personas con discapacidad (Preceptos genéricos sobre igualdad)", en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.

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, Comares, 2017.

De Diego, F.CL.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016.

De Val Arnal, J. J.: "El Instituto Nacional de la Seguridad Social como testigo de cargo: a las puertas de la jubilación parcial, declaración de incapacidad permanente de oficio, revisión por mejoría y denegación de jubilación parcial por extinción de contrato derivada de la incapacidad permanente total", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Escribano Gutiérrez, J.: "Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007 (recurso electrónico).

González González, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2012.

Goñi Sein, J. L.: "La ineptitud del trabajador como causa de despido", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982.

Guindo Morales, S.: *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*, Tesis Doctoral dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2020.

Guindo Morales, S.: "Configuración y régimen jurídico del despido objetivo de los trabajadores con discapacidad. Referencia a la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo" en *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5, 2020.

Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Lahera Forteza, J.: "Objetivo: proteger al empleado enfermo y el interés empresarial", en *Cinco Días*, 2019 (recurso electrónico).

López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

López Insua, B. M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Tesis Doctoral dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2012.

López Insua, B. M.: "La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social: nacimiento y evolución de la prestación. Su ordenación desintegrada y sus incesantes reformas", en Valencia Sáiz, Á. (Coord.): *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: desafíos actuales del Derecho, Aportaciones al I Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga, 11 y 12 de Julio de 2013*, 2013.

López Insua, B. M.: "Derechos, garantías y deberes de los beneficiarios en situación de incapacidad temporal", en VV.AA.: L*as incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

López Insua, B. M., "Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018.

Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "El despido por ineptitud sustentado en el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (1)", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 46, 2018.

Mella Méndez, L.: "Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.

Molina Navarrete, C.: "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015.

Molina Navarrete, C.: "Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal", en *CEF. Laboral Social*, 2020 (recurso electrónico).

Molina Navarrete, C.: "Despido por enfermedad crónica y productividad. Sumando reveses comunitarios a la reforma laboral (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. núm. 3689/2015)", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 398, 2016.

Molina Serrano, P. y Ortega Lozano, P. G.: "La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de jurisprudencia: LexArtis y doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso", en *Economist&Jurist*, núm. 204, 2016.

Monereo Pérez, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Colección laboral dirigida por Albiol Montesinos, I., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019.

Monereo Pérez, J. L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019.

Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en Castiñeira Fernández, J. (Coord.): *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

Monereo Pérez, J. L. y Guindo Morales, S.: "La dialéctica entre incapacidad permanente y discapacidad: ¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez a la declaración de discapacidad del 33%? (A propósito de la reciente STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en *ultra vires* del artículo 4.2 del RDL 1/2013)", en *Revista de Derecho Social*, núm. X, 2020.

Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J.A: "Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), 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, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J. L.y Molina Navarrete, C.: "El derecho a la protección de las personas con 'minusvalías' ('discapacidad') (Artículo 49 de la Constitución Española", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad", en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "Trabajo decente y tutela judicial efectiva", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "El Derecho Social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del Derecho Social ante el fenómeno del trabajo informal", en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (Dirs.)*l*: *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. Moreno Vida, M.N., y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, c., MORENO VIDA, M.N., vila tierno, f.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020.

Montoya Medina, D: *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*, Albacete, Bomarzo, 2020.

Montoya Medina, D.: "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: la ineptitud del trabajador", en Ramírez Martínez, J. M., Romeo, C. y Viqueira Pérez, C. (Dirs.): *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Montoya Medina, D.: "Incapacidad permanente para el trabajo e ineptitud del trabajador", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Montoya Melgar, A.: "La protección constitucional de los derechos laborales", en VV.AA.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

Montoya Melgar, A.: "Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad», En Gil Y Gil, J. L. (Coord.) y Del Valle Villar, J. M. (Coord.): *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.

Morales Vállez, C.: *Extinción del contrato de trabajo: causas objetivas y disciplinarias. El FOGASA*, A Coruña, Colex, 2014.

Moreno Gené, J.: "La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador", en *Revista General de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.

Moreno Vida, Mª. N.: "Trabajo decente y salario mínimo en el sistema multinivel de garantías", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Olmos Parés, I.: "El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019 (recurso electrónico).

Ortega Lozano, P. G.: "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.

Ortega Lozano, P. G.: "El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica", en Ortiz Castillo, F. (Dir. y Coord.), Rodríguez Iniesta, G. y López Insua, B. M. (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Ortega Lozano, P. G.: "La carta de despido como garantía de un trabajo decente", en Monereo Pérez, J. L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H., (Dirs.), Maldonado Molina, J. A. y Moreno Vida, Mª. N. (Coords.): *El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de Reformas Estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, Murcia, Laborum, 2018.

Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S.: "La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019.

Rodríguez Cardo, I. A.: "La calificación del despido del trabajador enincapacidad temporal", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 31, 2017 (recurso electrónico).

Rodríguez Escanciano, S.: "Despido objetivo", en Fernández Domínguez, J. J. (Dir.) y Rodríguez Escanciano, S. (Coord.): *Tratado del despido*, Madrid, La Ley, 2018.

Rojo Torrecilla, E.: "Derogación del art. 52 d) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero", en *Blog el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Web: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/02/derogacion—del—art—52—d—let—un—articulo.html

Sala Franco, T. (Dir.), Alfonso Mellado, C., Blasco Pellicer, Á. A., García Gómez De La Flor, Mª. E., López Terrada, E., RosatAced, C., RosatAced, J. I., Sala Franco, T. y Velasco Paños, M.: *Relaciones Laborales. La Contratación Laboral, la Relación Laboral, la Extinción del Contrato, la Negociación Colectiva, la Representación de los Trabajadores, la Huelga, el Cierre Patronal y los Conflictos Colectivos*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

San Martín Mazzucconi, C.: "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en Sempere Navarro, A. V., (Dir.), Pérez Campos, I. (Coord.) y San Martín Mazzucconi, C. (Coord.): *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, Madrid, Cinca, 2011.

Sempere Navarro, A. V.: "Causas del despido objetivo", en Goerlich Peset, J. Mª. (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Terradillos Ormaetxea, M. E.: "Las definiciones de "discapacidad" y "ajustes razonables" en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido", en *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018.

Vila Tierno, F.: "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 421, 2018.

Vila Tierno, F.: "Trabajo decente y extinción de la relación contractual (I): Aspectos laborales", en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Gorelli Hernández, J. (Dir.), De Val Tena, Á. L. (Dir.) y López Insua, B.M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Vila Tierno, F.: "Trabajo decente y extinción del contrato de trabajo", en Monereo Pérez, J. L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H., (Dirs.), Maldonado Molina, J. A. y Moreno Vida, Mª. N. (Coords.): *El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de Reformas Estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, Murcia, Laborum, 2018.

VV.AA: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010.

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, Comares, 2012.

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, Comares, 2017.

VV.AA: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

VV.AA: *Despido: despido objetivo*, Aranzadi Experto Social, 2019 (recurso electrónico).

VV.AA: *Memento práctico. Social 2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.