

La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018

The qualification of the dismissal of employees in situations of 'long-term' temporary disability in the current doctrine of the Supreme Court: Supreme Court Sentence of March 15, 2018

JOSEP MORENO GENÉ¹

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LLEIDA

Resumen

Tras la STJUE de 11 de abril de 2013, desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que este pronunciamiento necesariamente debía impactar en el tratamiento que hasta el momento habían recibido las extinciones contractuales que tuvieran como principal motivación la enfermedad del trabajador, cuando la misma pudiera ser asimilada a una discapacidad, de modo que un despido basado en la alteración de la salud del trabajador ya no debería ser calificado como improcedente sino nulo. Pese al inicial desencanto que han podido provocar los primeros pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en esta materia a todos aquellos que defienden un tratamiento distinto del despido sin causa legal del trabajador en situación de incapacidad temporal, el Alto Tribunal sí parece haber recepcionado de algún modo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al haber incorporado el factor tiempo, es decir, la duración de la incapacidad temporal, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. En este contexto se incardina precisamente la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario, la cual, a pesar de no apreciar en el supuesto enjuiciado una enfermedad asimilable a discapacidad, abre la puerta a considerar que ello hubiera sido así si se hubiera acreditado “una situación duradera de futuro” de la incapacidad temporal en la cual se encontraba la trabajadora.

Abstract

After the European Court of Justice ruling of April 11, 2013, from different doctrinal and judicial forums it was immediately considered that this ruling must have an impact on the treatment that had been received until the contract terminations (mainly due to the employee's illness) when this could be equated to a disability. Thus a dismissal based on the employee's poor health should no longer be qualified as wrongful or unfair dismissal. Despite the initial disenchantment that the first rulings issued by the Supreme Court in this matter provoked in all who defend treatment different from that for unfair dismissal for employees on temporary disability, the High Court does seem to have in some way recognised the European Court of Justice doctrine. The time factor, that is, the duration of temporary disability, has been incorporated when equating this situation with that of disability. In this context, the Supreme Court ruling of March 15 2018 which is the subject of this comment is precisely incorporated. Despite not assessing an illness similar to a disability in the prosecuted case, the court still considered that this would have been the case had it deemed the worker's temporary disability “a lasting future situation”.

Palabras clave

Discapacidad; enfermedad de larga duración; despido; discriminación; Directiva 2000/78/CE

Keywords

Disability; long-term illness; dismissal; discrimination; Directive 2000/78/EC

¹ El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

1. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE EN TORNO A LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Aunque nunca ha dejado de mantenerse una cierta controversia sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal (en adelante, IT), ha sido en los últimos años, fundamentalmente a raíz de diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), cuando la misma está alcanzando su punto álgido.

Este debate encuentra su origen en la reforma laboral del año 1994 que vino a suprimir como causa de nulidad del despido el efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo cuando el mismo no resultaba procedente. Pese a ello, numerosas resoluciones judiciales de instancia y de suplicación siguieron calificando como nulos los despidos de los trabajadores en situación de IT que no estuvieran amparados en una causa legal, por considerarlos discriminatorios. A tal efecto, entre otros argumentos, se mantenía que la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral deberían ser considerados con carácter general un factor de discriminación inadmisible en el art. 14 CE.

Este planteamiento, sin embargo, no fue secundado por el Tribunal Supremo que vino a considerar que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”². En consecuencia, el Alto Tribunal ha sido muy reacio a calificar estos supuestos como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes cuando no quede acreditada la causa del despido, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, a saber, el sexo o la discapacidad, o con algún derecho fundamental. Este posicionamiento, a su vez, ha quedado convalidado constitucionalmente, por no considerarse que se oponga al art. 14 CE la opción legislativa de considerar improcedente y no nula la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo si su dolencia no se encuentra entre las estigmatizadas socialmente, aunque pueda tratarse de una enfermedad crónica (STC 62/2008, de 26 de mayo)³.

Esta doctrina se ha mantenido prácticamente inalterada hasta que en fechas relativamente recientes han irrumpido en este debate diferentes pronunciamientos del TJUE. A tal efecto, estas resoluciones judiciales parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no– generen

² Vid. STS de 29 de enero de 2001 (RJ\2001\2069), STS 23 de septiembre del 2002 (RJ\2002\1923), STS de 12 de julio de 2004 (RJ\2004\7075), STS de 23 de mayo de 2005 (RJ\2005\9656), STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ\2008\1183), STS de 11 de diciembre de 2007 (RJ\2008\2884), STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ\2008\1621), STS de 13 de febrero de 2008 (RJ\2008\2900), STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\5533), STS de 27 de enero de 2009 (RJ\2009\1048) y STS de 12 de julio de 2012.

³ RTC\2008\62.

limitación en el trabajo. A partir de estas consideraciones, el despido del trabajador enfermo podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el citado art. 2.2.b, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

A tal efecto, cabe recordar que la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por el de discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A tal efecto, el art. 2.1 de la Directiva prevé que a los efectos de la misma se entenderá por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos citados en la Directiva, entre los que se incluye la discapacidad.

A partir de estas premisas, se plantea la cuestión de si el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede constituir o no una discriminación directa o indirecta contra las personas discapacitadas en los términos expuestos en el art. 2.1 de la citada Directiva, no en vano, como se acaba de indicar, el trabajador discapacitado debe ser protegido contra cualquier forma de discriminación. En primer lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que el referido despido del trabajador pueda constituir una discriminación directa contra las personas discapacitadas, cabe recordar que el art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE establece que “existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1”, entre los cuales, como ya se ha indicado, se encuentra la discapacidad. Pues bien, a partir de esta descripción de lo que deba entenderse por discriminación directa, cabe concluir que el régimen jurídico del despido se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad y, por tanto, no cabe considerar que esta disposición normativa establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad.

En segundo lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal pueda constituir una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, cabe recordar que el art. 2.2 b) de la Directiva establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas”. En precisamente en este punto donde el TJUE mantiene que estos despidos podrían integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, puesto que aun tratándose de una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra, ocasionaría una desventaja particular a las personas con discapacidad, puesto que las mismas estarían más expuestas al riesgo de sufrir estos despidos.

En este contexto, la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) mantiene 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”⁴.

Esta interpretación de lo que deba entenderse por “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78/CE y que ahora pasa a comprender también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, constituye una evolución de la anterior doctrina del TJUE sobre esta materia, recogida en la Sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), que diferenciaba más nítidamente el concepto de “enfermedad” y el de “discapacidad”, lo cual permitía concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, no en vano, los motivos de discriminación recogidos en el art. 1 de la citada directiva constituyen una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación⁵.

Esta evolución del concepto de discapacidad encuentra su fundamento en la ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptado el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 1 dispone que son personas con discapacidad aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

Posteriormente, la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha intentado precisar en qué supuestos una enfermedad puede ser calificada como de larga duración y, en consecuencia, ser equiparada a la situación de discapacidad. Con esta finalidad, el TJUE ha fijado los siguientes criterios: “El hecho de que el interesado se halle en situación de IT, con arreglo al Derecho Nacional, de duración incierta, (...) 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 (...) Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter “duradero”, el juzgador remitente debe basarse en todos los elementos objetivos

⁴ Un comentario de esta resolución en CUBA VILA, B.: “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: medidas de ajuste razonable”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.

⁵ De esta opinión, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013. Muy contundente al respecto se pronuncia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 1, 2015, pág. 6, al concluir que dicha sentencia “a pesar de que no se afirme expresamente, lleva a cabo una verdadera rectificación de lo señalado en la sentencia Chacón-Navas, lo que supone un cambio de enorme relevancia conceptual, sobre todo en los Estados en los que se niega la equiparación entre enfermedad y discapacidad (España, Alemania e Italia), que da lugar a una multiplicidad de consecuencias prácticas en diversas materias”. Vid. también, GÁLVEZ DURÁN, S.: “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor*, núm. 3, 2015, pág. 14.

de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”⁶.

La saga de sentencias dictadas por el TJUE sobre esta materia no se agota en las anteriormente citadas, sino que cabe añadir otras que no hacen más que ahondar en los posicionamientos ya expuestos⁷, siendo la más reciente la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), que plantea ciertas dudas sobre la adecuación de la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE, al considerar que “el art. 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”⁸.

Como cabía esperar, la irrupción de esta novedosa pero al mismo tiempo imprecisa doctrina del TJUE, ha suscitado una gran litigiosidad, no en vano, la acreditación en cada caso concreto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada a efectos de su asimilación a la discapacidad resultan ciertamente complejas. En este debate se incardina, precisamente, la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario⁹.

⁶ Para un análisis de esta sentencia vid. DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daoudi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017; DUEÑAS HERRERO, L.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daoudi de 01-12-2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daoudi”, *Trabajo y Derecho*, núm. 28, 2017; GÓMEZ SALADO, M.A.: “Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, págs. 69 y ss. y SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm. 406, 2017.

⁷ Una sistematización de todas estas resoluciones puede consultarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2018.

⁸ Un comentario de dicha sentencia en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero (JUR 2018, 16903)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 207, 2018, págs. 341 y ss.; ITURRI GÁRATE, J.C.: “Volverá la obesidad al Tribunal de Luxemburgo? El asunto Ruiz Conejero”, *Ciudad del Trabajo*, núm. 5, 2018, págs. 77 y ss. y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “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”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, págs. 141 y ss.

⁹ RJ2018/1403.

2. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: STS DE 15 DE MARZO DE 2018

2.1. El supuesto litigioso y la solución de instancia

En el supuesto enjuiciado por la STS de 15 de marzo de 2018 nos encontramos ante una trabajadora contratada por tiempo indefinido y a jornada completa por una empresa dedicada a la actividad económica de prestación de multiservicios con fecha de 14 de febrero de 2011.

La trabajadora inicia un proceso de IT en fecha de 13 de octubre de 2014, con diagnóstico de trastorno depresivo grave, EPI. Recurrente, que se extiende hasta el 12 de octubre de 2015, en que la misma es dada de alta por agotamiento del plazo máximo de la incapacidad.

Con fecha de 31 de julio de 2015, encontrándose la referida trabajadora aún en situación de IT, es despedida por la empresa que alega para ello la causa prevista en el art. 54.1 e) ET, es decir, por “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, indicándose en la carta de despido, entre otros extremos que el despido se debe a que “desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy Ud. ha estado de alta en la empresa (...) un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios de forma efectiva durante un período de 164 días”. A lo cual se añade que “esta situación evidencia un notable rendimiento laboral inferior al pactado e implica una pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa (...) lo que motiva que nos resulte inviable mantener su contrato de trabajo de conformidad con el art. 54.2 c) ET”.

La trabajadora reacciona ante su despido interponiendo la correspondiente demanda, la cual es estimada en instancia por el Juzgado de lo Social de Lugo, el cual en su sentencia de 16 de diciembre de 2015 procede a declarar la nulidad del despido efectuado, en base a la consideración de que el despido por enfermedad asimilada a discapacidad es discriminatorio y por lo tanto nulo.

2.2. La sentencia de suplicación

La sentencia de instancia es recurrida en suplicación por la empresa alegando al respecto la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales que motive la nulidad de la decisión extintiva, considerando que en el supuesto enjuiciado únicamente concurre un rendimiento laboral inferior al pactado. El recurso de suplicación es resuelto mediante la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016¹⁰.

Ante esta reclamación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (en adelante, TSJ Galicia) fija el término del debate jurídico en los siguientes términos: debe determinarse si en nuestro ordenamiento jurídico incluyendo aquí sus distintos niveles, también el derivado del derecho comunitario, existe una prohibición de discriminación por enfermedad aplicable al concreto caso que nos ocupa. De existir la prohibición de discriminación y de concurrir indicios de ella en este caso, la calificación como nulo del despido disciplinario de la parte

¹⁰ JUR\2016\170456.

actora realizado por la sentencia de instancia será ajustada a derecho, pues consta pacíficamente que la falta de prestación de servicios imputada a la parte actora en la carta trae causa, en esencia, de la situación de IT y de la enfermedad de la que la misma deriva.

Para responder a la cuestión planteada, el Tribunal repasa el marco jurídico aplicable al supuesto enjuiciado, acudiendo, como no podía ser de otro modo, a la Directiva 2000/78/CE, al art. 14 CE, a los arts. 4.2 c), 17 y 55 ET, al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2003) y a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad.

Asimismo, el Tribunal también acude a diferentes pronunciamientos judiciales del TJUE dictados en interpretación de la Directiva 2000/79/CE, en especial, a la anteriormente citada STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), la cual considera que matiza el criterio sobre esta materia adoptado en su momento por la STJUE de 11 de julio de 2006; a diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional, en especial, la STC 62/2008, que a criterio del Tribunal deja abierta la puerta a vincular discriminación y enfermedad; a la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de 25 de noviembre de 2014 y de 20 de mayo de 2015, en las que, aunque de un modo muy tenue, parece darse acogida, aunque con escasos resultados, a la nueva doctrina dictada por el TJUE; y, finalmente, a resoluciones dictadas por diferentes TSJ que ya han incorporado los nuevos criterios sentados por el TJUE, como es el caso de la sentencia de la propia Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 o de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014, sin perjuicio de reconocer que otras Salas de lo Social mantienen al respecto otros criterios distintos, como es el caso de la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014.

A partir del análisis del marco normativo y de la doctrina de los diferentes Tribunales aplicables al caso, el TSJ de Galicia procede a confirmar el pronunciamiento de instancia y, por tanto, la nulidad del despido llevado a cabo en tanto que el mismo ha de considerarse discriminatorio por enfermedad asimilada a discapacidad en aplicación de los criterios sentados por el TJUE a partir de su sentencia de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring).

Para el TSJ de Galicia, a partir de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) ya no es posible mantener una rígida separación entre enfermedad y discapacidad, reservando la tutela discriminatoria solamente para la segunda de las categorías. A tal efecto, se indica que, si bien se mantiene la regla o principio general de que el despido por enfermedad o situación de IT vinculada con la misma no comporta discriminación, “tal regla general ha de admitir una nueva excepción o matización que se suma a otras ya formuladas por la jurisprudencia”, en particular, la enfermedad asimilada a discapacidad.

Para poder identificar una enfermedad asimilada a discapacidad a los efectos de que la misma llegue a constituir causa de discriminación y permita activar la correspondiente tutela judicial, el TSJ de Galicia exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Una enfermedad diagnosticada, siendo indiferente su calificación como curable o incurable.

b) Que dicha enfermedad acarree “una limitación, derivada en particular de dolencia físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impartir la participación plena y efectiva... en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

c) Que tal limitación sea de “larga duración”.

Pues bien, aplicando este test al supuesto enjuiciado, el TSJ de Galicia considera que los mismos concurren plenamente, no en vano, en cuanto al primero de ellos, al tiempo del despido la actora estaba diagnosticada de un “trastorno depresivo grave, EPI, recurrente”; respecto al segundo, la referida dolencia psíquica le ocasionaba limitaciones que impedían la participación plena y efectiva de la trabajadora en su actividad laboral como limpiadora, como lo prueba el hecho de que inició un proceso de IT, del que es uno de los requisitos encontrarse impedido para el trabajo; y, finalmente, respecto al tercer requerimiento indicado, es decir, la larga duración, se extrae de la propia duración de la IT que se extiende desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, en el que dicho proceso concluyó por agotamiento del plazo, de modo que en el momento del despido la trabajadora llevaba más de nueve meses de IT, situación que se prolongó después del despido, sin que conste, por lo demás, curación. A todo ello, cabe añadir que, según el Tribunal, el carácter de “recurrente” con que fue calificada la dolencia, abunda en el cumplimiento del requisito que nos ocupa. Pero es que, además, se constata que la duración de la IT en el supuesto enjuiciado resulta equiparable e incluso es mayor que las que dieron lugar al pronunciamiento del TJUE en su sentencia de referencia.

Todo ello permite concluir al TSJ de Galicia que en el supuesto enjuiciado nos encontramos ante un supuesto de enfermedad asimilada a discapacidad y, por ello, ha de entrar en juego la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 2000/78/CE. En aplicación de la misma, el Tribunal mantiene que, en el supuesto enjuiciado, además de concurrir en la trabajadora una enfermedad asimilada a discapacidad, existen indicios de que la decisión empresarial de despido pudiera ser discriminatoria por razón de enfermedad asimilada a discapacidad, puesto que en la propia carta de despido se refleja la falta de prestación de servicios de la actora que deriva de una situación de IT como hecho motivador de la decisión empresarial. En este punto, correspondería a la empresa acreditar la concurrencia de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la decisión extintiva y de su proporcionalidad; sin embargo, como constata el Tribunal, no consta justificación alguna de esta decisión, más allá de la causa de despido disciplinario invocada en la carta, que no concurre de forma manifiesta, no en vano, la causa invocada alude a la disminución del rendimiento calificable, entre otros requisitos, de voluntaria, lo que no es predicable del supuesto enjuiciado dada la situación de IT de la trabajadora.

Todo ello lleva al TSJ de Galicia a considerar que el despido acaecido debe ser calificado de nulo, al amparo del art. 55 ET y en el mismo sentido podrían ser invocados los arts. 108.2 LRJS y 35.5 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en relación con el art. 17 ET.

2.3. La sentencia de contraste

La STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016 es recurrida en casación por parte de la empresa, la cual invoca como sentencia de contraste la del TSJ de Cataluña de 1 de julio de

2014¹¹. Se da la curiosidad de que dicha resolución judicial ya había sido citada por la sentencia ahora recurrida como un ejemplo de doctrina judicial que contenía un criterio divergente con el adoptado por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con lo cual, en cierto modo, estaba indicando a la parte empresarial la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación en unificación de doctrina, tal vez, con la voluntad de que el Tribunal Supremo tuviera una nueva posibilidad de repensar su doctrina a la luz de la nueva doctrina del TJUE.

En la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 también nos encontramos ante el despido de una trabajadora en base a lo previsto en el art. 54.2 e) ET, es decir, por disminución de su rendimiento, que según la empresa “viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd. en períodos anteriores”, así como también, en base a lo previsto en el art. 54.2 d) ET, es decir, por transgresión de la buena fe contractual.

Dicho despido de la trabajadora se produjo el 11 de marzo de 2013, después de que la trabajadora hubiera sufrido un accidente de tráfico camino del trabajo, que le provocó un “latigazo cervical”, dando lugar a su baja por IT, que se extendió hasta que la trabajadora fue posteriormente dada de alta médica el día 28 de marzo de 2013. Llama la atención al efecto que, en fecha de 11 de marzo de 2013, cuatro de las trabajadoras adscritas al servicio “campana Planeta” (de un total de nueve) estaban en situación de IT, lo que comportó que la dirección de la empresa decidiera a propuesta de la supervisora, el despido de las cuatro, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

La trabajadora reacciona ante el referido despido interponiendo la correspondiente demanda, que es estimada íntegramente en instancia y, en consecuencia, se declara la nulidad del despido efectuado por concurrir vulneración de los arts. 24.1 CE, 14 y 15 CE (por indefensión y discriminación en el despido y lesión al derecho a la integridad física).

Frente a la sentencia dictada en instancia, la empresa interpone recurso de suplicación con la única intención de que se revoque la declaración de nulidad del despido de la trabajadora acordado por la empresa en situación de baja por IT derivada del accidente laboral *in itinere* sufrido por la misma y que dicho despido sea declarado únicamente como improcedente por ser ficticia la causa formalmente alegada por la empresa en la carta. Esta petición es finalmente estimada por la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 que procede a revocar la nulidad del despido acaecido y declarar la improcedencia del mismo.

Para llegar a esta conclusión, el TSJ de Cataluña se centra en el análisis de los efectos que cabe atribuir al despido de la trabajadora motivado en su situación de IT derivada del accidente *in itinere*. Para ello, el Tribunal recuerda la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, recogida entre otras en su sentencia de 29 de enero de 2001 que, como ya se ha indicado a lo largo de este comentario, en supuestos como el ahora planteado aboga de forma general por declarar la improcedencia del despido y no su nulidad.

Por lo que respecta al impacto que sobre dicha doctrina haya podido tener la tantas veces referida STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el TSJ de Cataluña

¹¹ AS\2014\2723.

mantiene el criterio ya fijado en resoluciones anteriores de que a partir de dicha resolución “no se había producido tal alteración hermenéutica, ni la nueva sentencia producía una mutación en la aplicación normativa realizada en la precedente”. A tal efecto, se mantiene que en todos los supuestos analizados por el TJUE, tanto en cuanto a supuestos de protección frente a la discriminación, como respecto de la discriminación directa e indirecta, se parte siempre de una precisión previa, cual es que “la enfermedad que debe examinarse no es la enfermedad pura y simple, o en palabras del Tribunal Europeo “en cuanto tal”, que no está comprendida en la protección contra la discriminación de la Directiva 2000/78, sino que la única que comprende tal protección es la enfermedad que produce una discapacidad”.

A partir de estas premisas, para el supuesto enjuiciado en la STSJ de Cataluña 1 de julio de 2014 se mantiene que “dado que el propio juzgador “a quo” ha señalado (...) que no había quedado acreditado que el despido se realizó por temor o prevención de que la demandante pudiera quedar parcialmente discapacitada para su trabajo, el análisis del carácter discriminatorio de aquél deberá centrarse únicamente en que lo fue por causa de su situación de IT derivada de accidente *in itinere* y por lo tanto ninguna infracción de tal sentencia se ha realizado”.

Por todo ello, la resolución concluye que la calificación del despido efectuado no puede ser otra que la de improcedencia, en tanto que la decisión de despedir a la trabajadora en situación de IT no comporta una actuación dirigida a atacar su salud o recuperación sino el derecho al trabajo, es decir, a gozar de la suspensión del contrato durante la situación de baja por enfermedad o accidente, regulada en el art. 45.1 c) ET.

La STSJ de Cataluña 1 de julio de 2014, sin embargo, contiene un interesante voto particular, formulado por la Magistrada Matilde Aragón Gassiot, al que se adhieren otros cuatro magistrados, que tras realizar un exhaustivo recorrido por la normativa nacional e internacional y la doctrina del TJUE concluye que “la valoración en el sentido de que “discapacidad” es aplicable a la persona catalogada con un grado de más del 33% y “enfermedad” otro concepto diferente –no susceptible de ser incluido en la tutela antidiscriminatoria del artículo 14 CE y 17 ET–, es un criterio que ya no es sostenible, ya que ciertas enfermedades graves o de larga duración, son o pueden ser efectivamente equiparables a discapacidad, de acuerdo con la definición de la Convención de NNUU de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, referente con el que se tiene que interpretar la Directiva 2000/78/CE”. En otros términos se mantiene que “con el nuevo concepto de discapacidad, efectivamente hay enfermedades que tienen que gozar de la protección de la tutela antidiscriminatoria del artículo 17 ET y 14 CE, con las consecuencias del artículo 55.5 ET”.

A partir de estas consideraciones, el voto particular se plantea si las mismas resultan aplicables al supuesto enjuiciado, teniendo en cuenta, además, que la situación de la trabajadora despedida es similar al previsto en la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring). A tal efecto, se recuerda que la empresa despide a la trabajadora a los diez días de haber sufrido un latigazo cervical por accidente de tráfico, diagnóstico que es incierto respecto a la evolución de la patología pero en todo caso no es leve, puesto que al cabo de los 6 meses la trabajadora aún ha precisado rehabilitación. Por todo ello, el voto particular considera adecuada la valoración de que se trata de una enfermedad de larga duración, causante de una dolencia física que no permite incorporarse al trabajo, equivalente a una

genérica definición de discapacidad. En consecuencia, la decisión de despedir a la trabajadora, por el único motivo de haber causado baja médica por esta causa, vulnera a criterio del voto particular el derecho fundamental de la trabajadora, debiendo ser declarado nulo el despido, por así establecerlo el art. 55.4 ET.

2.4. La doctrina del Tribunal Supremo

El recurso de casación planteado contra la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016 es resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de marzo de 2018, objeto de este comentario.

Como no podía ser de otro modo, la primera cuestión que se plantea el Alto Tribunal es si se ha producido la necesaria contradicción entre las resoluciones expuestas, respondiéndose al respecto de forma afirmativa en base a que en ambos supuestos las trabajadoras se encontraban en situación de IT cuando fueron despedidas con la única diferencia de que en la sentencia de contraste el despido se produjo a los diez días de iniciada aquella situación mientras que en la sentencia recurrida se comunica la extinción del contrato cuando ha transcurrido un período superior sin agotar el máximo de IT.

Una vez admitido el recurso, el Tribunal constata que con la interposición del mismo la empresa pretende la revocación de la declaración de nulidad del despido que tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ de Galicia han justificado en su condición de discriminatorio, en base a la noción de discapacidad que en ambos casos se extrae de la doctrina emanada del TJUE en su interpretación de la Directiva 2000/78/CE.

El análisis de la cuestión planteada, como no podía ser de otro modo, se apoya en los hechos probados y, en particular, en que se ha producido el despido de una trabajadora en situación de IT que se ha prolongado con posterioridad al despido en base a un “notable rendimiento laboral inferior al pactado” debido a que desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy (31-7-2015) ha estado en alta en la empresa un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios en forma efectiva durante 164 días”, así como también, en la constatación de que en tanto que no consta en el relato histórico ningún otro período de ausencia por enfermedad o por otras causas “se entiende que la inasistencia al trabajo es la debida a la baja por IT iniciada el 13-10-2014 y no concluida en la fecha de la extinción del contrato”.

A partir de estas premisas, el Alto Tribunal pone de manifiesto que “lo injustificado del despido disciplinario es del todo evidente ya que ninguna responsabilidad por incumplimiento cabe imputar a la trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal”. Ahora bien, para estos supuestos, constata que el art. 55.4 ET otorga la calificación de improcedencia al despido en el que no se acredita el incumplimiento, reservándose únicamente la declaración de nulidad de manera específica en sus apartados a y b del punto 5 a supuestos específicamente protegidos y de manera general en el encabezamiento del punto 5 en supuestos de discriminación prohibidos en la Constitución, en ninguno de los cuales se encuentra comprendida la situación de la demandante.

Pese a ello, el Tribunal Supremo aún se plantea si es posible que el supuesto enjuiciado se halle incluido en la noción de discriminación resultante de la vulneración de la

Directiva 2000/78/CE. En este punto, el Tribunal Supremo es concedor del impacto que ha tenido la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, como lo prueba el hecho de que la misma haya sido invocada por la sentencia recurrida y por la de contraste con resultados totalmente opuestos. Por ello, el Alto Tribunal analiza dicha jurisprudencia y hasta que punto la misma puede incidir de algún modo en la resolución del supuesto enjuiciado. A tal efecto, el Tribunal acude a sus pronunciamientos más recientes en los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que las últimas resoluciones del TJUE han podido tener en esta materia, entre las que cabe citar las sentencias de 3 de mayo de 2016 y de 21 de septiembre de 2017. A tal efecto, el Alto Tribunal constata que dichas resoluciones ya se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de junio de 2006 y el 13 de abril de 2013, a las que cabe añadir además la posterior sentencia de 18 de enero de 2018.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo se remite especialmente a su sentencia de 21 de septiembre de 2017. En la misma, tras recordar el contenido del art. 1 de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina contenida en la STJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), que sobre el concepto de discapacidad a los efectos de la citada directiva establece lo siguiente: a) que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39); b) que el concepto de discapacidad es el siguiente: “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe de la vida profesional (40); c) que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto de discapacidad y enfermedad (44); d) que para que la limitación al trabajo puede incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la posibilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45); e) que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47); y f) que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51).

Específicamente, sobre la cuestión sobre si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el Tribunal Supremo recuerda que la STJUE de 11 de julio de 2006 considera: a) que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad “en cuanto tal”; b) que la enfermedad “en cuanto tal” no puede considerarse un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos.

A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo considera que la dicción de “la enfermedad en cuanto tal”, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y, por tanto, protegida por la Directiva.

En este punto, el Alto Tribunal incorpora las previsiones contenidas en la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), que lleva a cabo una interpretación de la

Directiva 2000/78/CE acorde con la Convención de la ONU sobre discapacidad ratificada por la Unión Europea. A tal efecto, se recuerda que la referida Convención reconoce en su considerando e) que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. En base a lo cual, el art. 1, párrafo segundo, de la citada Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En este contexto, el Tribunal Supremo constata que la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), siguiendo la pauta establecida por la citada Convención de la ONU señala que “el concepto de “discapacidad” debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o 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”. A partir de esta premisa, el TJUE considera que “si una enfermedad, curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”.

Por el contrario, como recuerda el Tribunal Supremo, a criterio del TJUE “una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”. No en vano, la enfermedad “en cuanto tal” no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación.

Para concluir la exposición de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo cita la posterior STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), dictada también en un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de IT, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78/CE, asignándole a tal efecto un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias.

A partir de este recordatorio de la reciente doctrina del TJUE, la STS de 15 de marzo de 2018 procede a sintetizar la evolución sufrida por la misma en los siguientes términos: “resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre “la enfermedad en cuanto tal” y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esta situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad”.

A partir de esas premisas, el Tribunal Supremo ya está en disposición de dar respuesta al supuesto enjuiciado estableciéndose al respecto que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C-270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debida a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de este trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones”.

En base a este razonamiento, el Alto Tribunal concluye que “no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”.

3. LAS REITERADAS RETICENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO A DECLARAR LA NULIDAD DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILABLE A DISCAPACIDAD

Tras la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que este pronunciamiento necesariamente debía impactar en el tratamiento que hasta el momento habían recibido las extinciones contractuales que tuvieran como principal motivación la enfermedad del trabajador, cuando la misma pudiera ser asimilada a una discapacidad, de modo que un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no debería ser calificado como improcedente sino nulo y la extinción del contrato por causas objetivas que tomara en consideración las ausencias intermitentes del trabajador que tuvieran su causa en la enfermedad asimilada deberían merecer esta misma calificación. En esta línea parecía manifestarse, aunque sin entrar en el fondo del asunto, la STS de 25 de noviembre de 2014 al afirmar que a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) hay que matizar o precisar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación¹².

Pese a ello, en la primera oportunidad en que el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de enfrentarse a esta materia tras la referida sentencia del TJUE, no satisfizo en absoluto las expectativas creadas al respecto¹³. A tal efecto, la STS de 3 de mayo de 2016, al conocer del

¹² RJ2015/27. De la misma opinión, MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reverses comunitarios a la reforma laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016, pág. 150, se refiere a la “aceptación del Tribunal Supremo, si bien aplazada de momento, por razones procesales”. Vid. también, GÁLVEZ DURÁN, S.: “El despido basado en la enfermedad...” cit. pág. 23.

¹³ De forma muy expresiva, TERRADILLOS ORMAETXEA, 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”, *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 129, señala que “todavía resulta más desalentador que el propio TS se sitúe en la interpretación obsoleta del concepto de discapacidad en una bastante reciente sentencia dictada en unificación de doctrina de 3 de mayo de 2016”.

despido de una trabajadora de baja por un accidente *in itinere*, confirma el criterio de suplicación y mantiene que se trata de un despido improcedente y no nulo. En concreto, en esta resolución, tras exponerse la doctrina que emana de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el Tribunal Supremo mantiene que “a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica del 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. En consecuencia, para el Alto Tribunal, el despido enjuiciado, “no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo” de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring).

Posteriormente, la STS de 21 de septiembre de 2017¹⁴, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015¹⁵, también frustró las expectativas creadas al respecto, al concluir de forma lacónica que en el supuesto enjuiciado, ni por referencia a las previsiones del art. 52 d) ET, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que sustentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante, revocando de este modo la referida sentencia dictada en suplicación.

Pese al inicial desencanto que han podido provocar estos pronunciamientos del Tribunal Supremo a todos aquellos que defienden un tratamiento distinto del despido sin causa legal del trabajador en situación de IT, el Alto Tribunal sí parece haber recepcionado de algún modo la doctrina del TJUE al haber incorporado el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Ello se deduce, por ejemplo, del hecho de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de mayo de 2016, al resolver el supuesto enjuiciado, se refiera de un modo expreso a la corta duración de la incapacidad, de únicamente diez días, de lo que parece desprenderse que, si la duración de la incapacidad hubiera sido más larga, hubiera podido equipararse a la discapacidad y, en consecuencia, hubiera recibido un tratamiento distinto¹⁶. Esta percepción sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia se recoge de forma expresa en la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018¹⁷ cuando indica que “como empieza a apuntar el TS, en la STS de 3 de mayo de 2016, el hecho de que haga referencia a la corta duración de la IT

¹⁴ RJ/2017/4307. Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: “El difícil recurso a la “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, págs. 163 a 186. Vid. también, un comentario muy crítico de la misma en MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “Caso Ring””, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 135 a 159.

¹⁵ AS/2016/381. Vid. un comentario de esta resolución judicial en MORENO GENÉ, J.: “La “enfermedad asimilada a discapacidad” como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, *Iuslabor*, núm. 2, 2016.

¹⁶ De la misma opinión, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir...” cit. A tal efecto, el autor considera que “la desestimación de la petición concreta efectuada no cierra la opción de la aplicación del concepto de “enfermedad equiparable” a discapacidad para declarar la eventual nulidad de un despido. Antes al contrario, matiza los condicionantes para su consideración efectiva permitiendo a través de los criterios descritos la doctrina reproducida”.

¹⁷ JUR/2018/98667.

padecida por un trabajador despedido, invita a pensar que se estarían sentando las bases para la concreción de un cambio doctrinal en el momento en que el TS hace referencia explícita a la duración de la incapacidad, pues está admitiendo que no puede descartarse categóricamente que la enfermedad no pueda equipararse a la discapacidad y que la duración de la baja, la limitación, es el elemento determinante para posibilitar esta equiparación”.

En este contexto de lenta recepción de la doctrina del TJUE consistente en incorporar en estos supuestos el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad, se incardinan numerosas resoluciones judiciales procedentes de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. A título de ejemplo, la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017¹⁸, atendiendo a lo preceptuado por la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), en el momento de comprobar el carácter duradero o no de la IT de la trabajadora despedida, con buen criterio se apoya en los elementos objetivos de que dispone y, en concreto, en el parte de baja emitido con anterioridad a la fecha del despido, que fijaba una duración estimada de la IT de 100 días. A tal efecto, parece acertado considerar que esta duración estimada de la IT de 100 días puede constituir por si misma un argumento razonable para considerar que la empresa era conocedora del carácter duradero de la IT y, por tanto, de su carácter asimilable a la discapacidad, en el momento del despido y que, por tanto, su decisión extintiva fue discriminatoria¹⁹.

No es esta la única resolución del TSJ del País Vasco que ha declarado la nulidad del despido de un trabajador que se encontraba en situación de IT, en este supuesto, desde el 19 de febrero hasta el 19 de mayo de 2016, aunque en este caso la misma derivara de una enfermedad profesional consistente en alergias y asma ocupacional. En este supuesto, la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017²⁰ declara que “la correcta calificación del despido (...) es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante (...) Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una situación de “discapacidad” (...) que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no haber la empresa siquiera intentado acreditar la realidad de las causas económicas invocadas para el despido”. En definitiva, el Tribunal considera que la empresa en el momento del despido era conocedora de que mientras el trabajador estuviera expuesto a los factores laborales que le provocan el asma, su enfermedad se prolongaría en el tiempo, confirmándose de este modo el carácter duradero de la IT.

Otras resoluciones judiciales, sin embargo, se han mostrado menos proclives a considerar como duraderas las incapacidades laborales sufridas por los trabajadores y, en consecuencia, a equipararlas a la situación de discapacidad. Un ejemplo de ello lo constituye la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 que al conocer de un despido por ausencias del trabajador en base al art. 52 d) ET motivadas por diferentes patologías, entre las que se encontraban “dolor de escápula, epicondilitis, problemas gástricos, fascitis plantar y prevención de la diabetes” concluye que “no encontramos conexión causal entre el caso presente y la STJUE 11-4-13 que se refiere a la “discapacidad” en el sentido de una

¹⁸ JUR\2018\33834.

¹⁹ Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración”: una de cal y otra de arena”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 420, 2018, págs. 132 a 139.

²⁰ JUR\2017\295881.

limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Las dolencias y limitaciones de la actora no han supuesto bajas ni limitaciones para trabajar de larga duración, no superando los 20 días, y desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor de escápulas, fascitis plantar y prevención de diabetes, epicondilitis y problemas gástricos”.

En la misma dirección, resulta paradigmática la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017²¹, dictada en el asunto Daoudi, que tras considerar que el trabajador 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, el trabajador había sido dado de alta médica sin secuelas”, concluye que la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone la doctrina del TJUE ni tiene cabida a efectos de tutela en la Directiva 2000/78²².

En cualquier caso, incluso en estos supuestos en los que se desestima la petición de declarar nulo el despido de los trabajadores que se encuentran en situación de IT, se toma en consideración el factor tiempo. Así, por ejemplo, la referida STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 toma en consideración la duración de la IT, no en vano, como consecuencia de la recepción de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en especial, de la sentencia de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), y a pesar de que no lo aprecie en el supuesto enjuiciado, parece admitir que el despido de un trabajador que padece una IT “duradera” puede desencadenar la nulidad del despido. Ello se deduce de una lectura a *sensu contrario* de la referida sentencia en la que se afirma que en el supuesto enjuiciado el trabajador despedido “se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015”.

Por tanto, puede pensarse que el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hubiera podido ser distinto si hubiera constatado que la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT del trabajador despedido hubiera sido más incierta o, en todo caso, suficientemente prolongada en el tiempo, circunstancias que, a su vez, hubieran tenido que ser apreciadas en el momento en que el trabajador fue despedido y no en un momento posterior. En este supuesto, tal vez la IT del trabajador hubiera podido equipararse a la discapacidad y, por consiguiente, ser declarado nulo el despido.

En la misma dirección de la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017, numerosas resoluciones judiciales tampoco están reconociendo el carácter duradero de la IT del

²¹ AS\2017\1417.

²² Un comentario de esta resolución judicial en CARRILLO LÓPEZ, A.: “La calificación del despido durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal: STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, págs. 159 a 168 y MORENO GENÉ, J.: “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: un nuevo episodio en el “estira y afloja”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 415, 2017, págs. 188 a 195.

trabajador despedido, en base a diferentes consideraciones, a saber: “la identificación pretendida entre discapacidad y enfermedad se produce cuando ésta pueda considerarse como una situación “duradera” y en el caso, se desconoce si lo es, porque ignoramos si (...) el CSIC conocía algún dato médico a través del que pudiera vaticinar el pronóstico, más o menos largo de la enfermedad” (STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2017²³); “ningún dato consta acerca del carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible” (STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2017²⁴); “no existe el más mínimo elemento objetivo (documentos médicos), a la fecha en la que se adopta el acto presuntamente discriminatorio, que permita sustentar que el empresario despidió al trabajador por la previsión de que la situación de IT pudiera prolongarse significativamente en el tiempo (STSJ de Extremadura de 19 de septiembre de 2017²⁵); “ningún dato consta acerca del carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible” (STSJ del País Vasco de 13 de junio de 2017²⁶); el despido injustificado de una trabajadora “que ha causado baja por IT por extirpación de masa mamaria desde el 5 de julio de 2016 al 22 de agosto de 2016, no puede ser calificado como nulo porque la incapacidad no es duradera porque cuando se extingue el contrato ya estaba dada de alta” (STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2017²⁷); “el despido injustificado de un trabajador que ha sufrido diversos procesos de baja (de corta duración) causados por esguinces de tobillo (incluyendo una intervención quirúrgica) no revisten el carácter duradero a efectos de declarar la nulidad” (STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2017²⁸), “los datos que anteceden permiten afirmar que difícilmente puede atribuirse a la situación del recurrente y a la limitación provisional derivada de su último diagnóstico el valor de durabilidad (larga duración) que permita proyectar al caso la noción de discapacidad” (STSJ de Asturias de 23 de enero de 2018²⁹), etcétera.

Es precisamente en este contexto de gran inseguridad jurídica donde cabe incardinar la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario, puesto que a pesar de que la misma no aprecia en el supuesto enjuiciado la concurrencia de una enfermedad asimilable a discapacidad, ello se debe a que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE”, de lo que cabe interpretar que si se hubiera podido acreditar “una situación duradera de futuro” de la IT en la cual se encontraba la trabajadora, la misma se hubiera podido equiparar a la discapacidad en la noción dada por el TJUE.

Mucho más contundente en esta dirección se muestra el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2018³⁰, que aborda el despido de una trabajadora que como consecuencia de haber sufrido un atraco con arma de fuego sufre estrés postraumático, que le

²³ JUR\2017\45956.

²⁴ JUR\2017\199955.

²⁵ JUR\2017\249000.

²⁶ JUR\2017\229115.

²⁷ JUR\2017\287621.

²⁸ JUR\2017\312610.

²⁹ AS\2018\388.

³⁰ RJ\2018\913.

ha supuesto una baja de IT y recibir tratamiento psiquiátrico³¹. Como consecuencia de este trauma laboral y las secuelas psíquicas que del mismo se derivan, especialmente, el miedo a sufrir una nueva situación violenta, se prescribe médicamente a la trabajadora que trabaje en grandes espacios y con numerosos compañeros. En este contexto y tras diversas vicisitudes, la trabajadora, que se encontraba de baja por IT por los motivos descritos, es despedida por ineptitud en base a lo previsto en el art. 52 a) ET. Frente a este despido, la trabajadora reacciona solicitando la nulidad del mismo, por considerar que la decisión empresarial conculcaba la doctrina del TJUE sobre discriminación por causa de enfermedad asimilable a la discapacidad.

Pues bien, en este contexto, el Tribunal Supremo recuerda que la doctrina del TJUE señala que “la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE”. A tal efecto, como ya se ha anticipado, el art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En consecuencia, señala el Tribunal Supremo que “la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Ello supone que la enfermedad –sea curable o incurable– puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esa limitación es de larga duración”.

En este punto, el Alto Tribunal reconoce que nos encontramos ante una precisión respecto a la delimitación conceptual de la discapacidad que había llevado a cabo el TJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE, no en vano, a partir de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el TJUE ha venido a utilizar ya siempre este concepto de discapacidad que surge de la Convención, como así sucede en la STJUE de 18 de marzo de 2014, de 18 de diciembre de 2014, de 1 de diciembre de 2016 y de 18 de enero de 2017. Todo ello ha llevado a que el Tribunal Supremo desde el 3 de mayo de 2016 haya introducido una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad³². A partir de esta

³¹ Un comentario de esta resolución judicial en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018 y MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable?. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 422, 2018.

³² MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad...” cit. pág. 169, llama la atención al respecto sobre el hecho de que el Tribunal Supremo “trata de crear un puente con sus precedentes para aparentar continuidad –inexistente- con los del TJUE”.

nueva pauta, la situación de discapacidad del trabajador puede existir, pese a que no concurra en el caso una declaración formal en tal sentido³³, apelando a la evolución de la jurisprudencia del TJUE³⁴.

Como puede apreciarse, este planteamiento del Tribunal Supremo se ajusta, aunque sin mencionarlo, a lo previsto por el art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, que ya viene a distinguir entre un concepto más social de discapacidad, en virtud del cual, “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 un concepto más médico de discapacidad, 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”.

Aplicando esta nueva “pauta de definición del concepto de discapacidad” al supuesto enjuiciado y, en consecuencia, a la situación en la que se encuentra la trabajadora despedida, la STS de 22 de febrero de 2018 considera que “el cuadro de afectaciones que presenta a la vista de lo que se declara probado podría justificar esta calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar”. En definitiva, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo, podría concluirse que la trabajadora despedida se encuentra en una situación asimilable a la discapacidad en los términos previstos por la doctrina del TJUE.

Pese al indudable avance que esta sentencia supone en la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, el mismo todavía no resulta suficiente para que el Alto Tribunal considere que ha tenido lugar un comportamiento empresarial discriminatorio y, en consecuencia, que el despido deba ser declarado nulo. Por el contrario, a criterio del Tribunal Supremo, nos encontramos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva

³³ En esta dirección, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad...” cit. pág. 529, llama la atención sobre “la voluntad judicial de reivindicar la expansión del concepto de discapacidad, y la necesidad de que los operadores jurídicos omitan la asociación de la existencia de una discapacidad a su reconocimiento administrativo”. Igualmente, el autor considera que “el recordatorio por la Sala Social de esta manera de entender la discapacidad, ajena al reconocimiento médico de la misma y muy cercana al paradigma social de tratamiento de la discapacidad, es un paso adelante en la efectiva interpretación del concepto de persona con discapacidad (...) que hasta el momento no había llegado a calar de forma homogénea a nivel judicial”.

³⁴ Resulta muy significativa al respecto la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero) que indica de forma expresa que resulta irrelevante que con anterioridad al despido se hubiera reconocido al trabajador su condición de discapacitado de conformidad con el derecho nacional, así como que, en su caso, esta circunstancia no implica necesariamente que el trabajador tenga una discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE. En la misma dirección, MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M.A.: “Obesidad/discapacidad, absentismo...” cit. pág. 146, señala que ello “significa, desde luego, un cambio importante para la doctrina judicial española”.

2000/78 –así como el art. 2.4 de la Convención de UN–, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad.

En este punto, el Alto Tribunal recuerda que la propia STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) declara que “procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo”.

A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo concluye que la nulidad del despido de la trabajadora despedida por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos ya expuestos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables. A tal efecto, se indica que la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), para el supuesto enjuiciado por la misma, ponía de relieve la falta de ofrecimiento de medida alguna por parte de la empresa.

Además, por lo que respecta a la determinación del alcance que deban tener estas medidas de ajuste, el Tribunal Supremo acude a la doctrina del TJUE que opta por una definición amplia del concepto, señalando al respecto que incluso la enumeración de la propia Directiva 2000/78 que hace en su considerando 20º no es exhaustiva y que las mismas pueden ser “de orden físico, organizativo o educativo”.

Aplicando estos criterios al supuesto enjuiciado por la STS de 22 de febrero de 2018, el Alto Tribunal constata que en este caso consta en hechos probados que la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios; así como también consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

A todo ello, el Tribunal Supremo añade que según el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.

Una vez más, con la exigencia de que se acredite la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables, el Tribunal Supremo está introduciendo un criterio muy amplio y genérico, cuya precisión, sin lugar a dudas, dará lugar a nuevas controversias, en cuanto que priva de criterios suficientemente precisos para “poder llevar a cabo la debida ponderación entre la obligación de acomodación (enfoque de gestión de garantías) y el límite o contrapeso de la razonabilidad de la misma (enfoque del coste de la carga)”³⁵.

³⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad...” cit. pág. 173. Vid. también, sobre la obligación de introducir ajustes razonables, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad...” cit. pág. 526 y ss.

Todos estos razonamientos llevan al Alto Tribunal a concluir que “se hace difícil aceptar que el fallo de instancia es contrario a la doctrina que se plasma en la sentencia de contraste, pues, aunque partamos de un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la STJUE que se aporta de contraste, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión impugnada mantiene su adecuación a derecho”.

En cualquier caso, pese a no considerarse en el supuesto enjuiciado que se haya acreditado la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad de la trabajadora despedida, no cabe duda del avance que supone esta resolución en la delimitación de la “enfermedad asimilable a discapacidad”, no en vano, en la misma el Alto Tribunal reconoce de forma expresa que las últimas resoluciones del TJUE dictadas en la materia han efectuado una “precisión respecto a la delimitación conceptual de la discapacidad” o, en otros términos, que han introducido un “concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado”, lo que le ha llevado a concluir para el supuesto enjuiciado que la trabajadora despedida se encuentra en una situación asimilable a la discapacidad.

Todo ello permite concluir que a partir del momento en que diferentes resoluciones del TJUE parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78, integrando en el mismo las enfermedades de larga duración que generen limitación en el trabajo, los tribunales españoles, incluido el Tribunal Supremo, se han visto obligados a recepcionar, en mayor o menor medida, esta doctrina, incorporando el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Este proceso de recepción, sin embargo, no está resultando nada sencillo, no en vano, la acreditación en cada supuesto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada está resultando de una gran complejidad, lo cual se está traduciendo en una inevitable sensación de inseguridad jurídica.

Las dificultades que se plantean en la práctica a la hora de determinar cuándo una IT es duradera y cuando no, a efectos de poder asimilarla a la situación de discapacidad, y por tanto, poder acreditar el carácter discriminatorio del despido sin causa legal del trabajador, ponen claramente de manifiesto la insuficiencia de los criterios fijados para ello por la doctrina del TJUE y, especialmente, por la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi)³⁶. Esta circunstancia hace del todo necesario que se fijen, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, criterios objetivos mucho más concretos que faciliten en la medida de lo posible esta compleja labor. En este punto, resultan del todo imprescindibles los criterios orientativos que poco a poco están facilitando el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia para poder abordar esta controversia.

En este punto, la argumentación empleada por la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario plantea algunas dudas, no en vano, para justificar que no nos encontramos ante una enfermedad asimilable a discapacidad señala que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había

³⁶ DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo...” cit. pág. 129, ya indicaba al respecto que “este concepto no está bien precisado, porque no es fácil determinar qué debe entenderse por limitación a “largo plazo” o de “larga duración”.

agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal”. A tal efecto, de la lectura de esta sentencia parece desprenderse que para admitir dicha asimilación entre la enfermedad y la discapacidad se exigiría el agotamiento del período máximo de la IT o la existencia de una resolución que acreditara el carácter duradero de dicha situación.

La extrema rigidez de este criterio ha comportado, precisamente, que en el supuesto enjuiciado no se haya considerado que la trabajadora se encontraba en una situación asimilable a la discapacidad, pese a que en el momento del despido llevaba más de nueve meses de IT, sin que constaran en ese momento indicios que apuntaran hacia su pronta recuperación, como se constata, además, por el hecho de que la situación de IT se prolongara después del despido de la trabajadora, hasta que dicha situación concluyó por agotamiento de plazo máximo.

En este confuso escenario y a la espera de cambios normativos que permitan dispensar una tutela verdaderamente efectiva a los trabajadores enfermos³⁷, puede resultar especialmente útil la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018, la cual, al conocer del despido objetivo de un trabajador que se encontraba en situación de IT por haber sufrido un infarto cerebral, intenta llevar a cabo una sistematización de los diferentes criterios que deben seguirse para que el despido de un trabajador de baja por IT pueda ser calificado de nulo por discriminatorio. A tal efecto, en la citada resolución, al tiempo que de un modo contundente se indica que “no hay separación entre enfermedad y discapacidad, lo que implica que a efectos del enjuiciamiento de estos casos, lo esencial es la determinación de si la duración de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales son lo suficientemente prolongadas como para entender que pueden quedar subsumidas en el concepto de discapacidad descrito (...) especialmente porque ni la Convención define el concepto del carácter “a largo plazo” ni la Directiva precisa el de limitación duradera de la capacidad”, procede a identificar los siguientes criterios que deben permitir asimilar la enfermedad a la discapacidad:

a) El momento del acto presuntamente discriminatorio, es decir, el momento del despido es el único que puede tenerse en cuenta y no el estado que presenta el trabajador en el momento de celebración del juicio.

A tal efecto, se considera que ello es así en la medida en que la determinación del carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador es esencialmente fáctica y, por tanto, la evaluación de la discapacidad debe efectuarse con los datos que se dispongan en el momento en que se enjuicie el acto presuntamente discriminatorio, por el ser el más cierto. A pesar de desprenderse este criterio con una cierta claridad de la doctrina elaborada por el TJUE en el asunto Daouidi, no siempre es seguida por los diferentes tribunales. A título de ejemplo, la ya citada STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017 para reconocer la nulidad del despido de un trabajador en situación de IT, tomó en consideración, junto a la duración de la IT prevista en el momento del despido de 100 días, la estimada en un momento posterior al mismo de 200 días. Asimismo, la propia STS de 15 de marzo de 2018

³⁷ Una síntesis de estas propuestas en DUEÑAS HERRERO, L.: “¿La situación de incapacidad temporal...”, cit. pág. 428 y 429.

objeto de este comentario también parece tomar en consideración elementos posteriores al despido a la hora de revocar la nulidad del mismo, no en vano, se refiere a la situación de IT en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro.

b) A los efectos de determinar el carácter duradero de la limitación, debe acreditarse que, como consecuencia de posibles secuelas, la limitación puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una dolencia como la que sufre el trabajador.

Según opinión del Tribunal, con este criterio se consigue fijar un parámetro cuantificable/objetivable (el tiempo medio para curar una dolencia como la que padece el trabajador en cuestión) que facilita su determinación y, además, circunscrita a una concreta patología. A tal efecto, de conformidad con lo preceptuado por el art. 2.2 del Real Decreto 625/2015, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que contiene el mandato de elaborar “tablas de duración óptima” previstas para los diversos procesos patológicos, con la finalidad de mejorar el control preventivo del fraude en la percepción de la prestación por IT, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha publicado el Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal, a fin de servir de criterio orientativo para los médicos³⁸.

c) El conocimiento por el empresario del carácter duradero de la limitación carece de relevancia.

A tal efecto, el TSJ de Andalucía mantiene que esta circunstancia no deja de ser una apreciación subjetiva del empresario y, por tanto, es posible/probable que el empresario tome la decisión sin saber, o eventualmente, teniendo una percepción errónea, sobre el verdadero carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador en la fecha del acto presuntamente discriminatorio, lo cual llevaría a tener que determinar si en el momento que se produjo el despido, que se pretende sea declarado discriminatorio, era razonable o no el que el empresario estimara que la incapacidad no sería duradera³⁹. En consecuencia, la asimilación de la enfermedad a la discapacidad se configura como un concepto objetivo y que, por lo tanto, existe o no con independencia de la apreciación del empresario al respecto.

La aplicación de estos criterios al supuesto enjuiciado por la STS de 15 de marzo de 2018, es decir, al supuesto de una trabajadora que inicia un proceso de IT en fecha de 13 de octubre de 2014, con diagnóstico de trastorno depresivo grave, EPI. Recurrente, que se extiende hasta el 12 de octubre de 2015, en que la misma es dada de alta por agotamiento

³⁸ Aplicando este parámetro al supuesto enjuiciado, la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018 considera que si al momento del despido el tiempo medio de curación era de 120 días, habiéndose producido la baja apenas 60 días antes de la extinción del contrato, no puede concluirse que la limitación era de larga duración ni que iba a persistir más allá del tiempo medio necesario para curar.

³⁹ En esta misma dirección, las Conclusiones del Abogado General en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi, ya apuntaban que “la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación”.

del plazo máximo de la incapacidad, tal vez hubiera podido llevar a una solución distinta a la dispensada por el Tribunal Supremo, no en vano, como se acaba de indicar, nos encontramos ante el despido de una trabajadora que en la fecha del despido llevaba más de nueve meses de IT, sin que constaran en ese momento indicios que apuntaran hacia su pronta recuperación, como se corrobora, además, por el hecho de que la situación de IT se prolongara después del despido de la trabajadora, hasta que dicha situación concluyó por agotamiento de plazo máximo, habiendo sido además diagnosticada la enfermedad como un trastorno depresivo grave, EPI, “recurrente”. No ha sido esta, sin embargo, la solución dispensada por la STS de 15 de marzo de 2018 objeto de este comentario, lo que lleva a presagiar que la declaración de nulidad seguirá siendo una “rara avis” en la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁰, especialmente, si se tiene en cuenta que en el único supuesto en el que hasta el momento el Tribunal Supremo ha venido a admitir la equiparación entre la discapacidad y la enfermedad de larga duración en los términos expuestos, nos encontramos ante una situación que se alarga durante más de 10 años (STS de 22 de febrero de 2018).

Pero es que, además, en este único supuesto en el que el Tribunal Supremo ha venido a admitir la equiparación entre la discapacidad y la enfermedad de larga duración, ha considerado que la declaración de nulidad del despido injustificado de la trabajadora por vulneración del derecho a la no discriminación requiere de la concurrencia de un segundo requisito, a saber, la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables, si bien, sin que se haya procedido a desarrollar esta exigencia. Ello lleva a analizar en cada caso el cumplimiento por parte del empresario de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 –así como el art. 2.4 de la Convención de UN–, que son exigibles en todos los supuestos en que estemos ante una persona con discapacidad. A tal efecto, cabe recordar que, en esta misma línea, el art. 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, tras establecer que “para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad”, indica 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 estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa”. A tal efecto, “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”.

Este planteamiento del Tribunal Supremo supone que, en estos supuestos, a pesar de que se haya producido un despido injustificado de un trabajador que se encuentra en situación de discapacidad en los términos expuestos, el empresario aún pueda eludir la declaración de nulidad del despido si consigue acreditar que ha adoptado las medidas de ajuste razonables, teniendo además en cuenta que no se le puede exigir al mismo que asuma al respecto una carga excesiva. Nos parece este, sin embargo, un planteamiento muy restrictivo, no en vano, el

⁴⁰ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad...” cit. pág. 170.

despido injustificado del trabajador discapacitado supone un trato claramente desfavorable, que no debería verse neutralizado por la posible adopción de medidas de ajuste por parte del empresario y que, por tanto, debería ser calificado como nulo.