

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo

Esther CARRIZOSA PRIETO*

RESUMEN: El estudio tiene por objeto analizar las diversas instituciones que en el ordenamiento jurídico español tutelan directa o indirectamente al trabajador enfermo para valorar la existencia o inexistencia de un verdadero sistema de protección y, en base a ello, realizar propuestas de solución que puedan enmendar los desajustes más importantes que existen en este concreto ordenamiento jurídico. Con objeto de resolver esos desajustes se realizará una atenta consideración de las distintas vías de tutela que se han ido planteando, tanto en el ordenamiento jurídico español como en otros ordenamientos, acogiendo aquellas que sean más respetuosas con la finalidad y función de las distintas instituciones implicadas.

Palabras clave: Enfermedad, discriminación, discapacidad, integridad, indemnidad.

SUMARIO: 1. El punto de partida: un somero recorrido por las instituciones que protegen al trabajador enfermo. 1.1. La dimensión reparadora. El sistema de protección social. 1.2. La dimensión preventiva. La política de prevención de riesgos laborales. 1.3. La indemnidad de la relación de trabajo. La regulación estatutaria. 2. Nuevos mecanismos de tutela (I). La protección a través de la prohibición de discriminación. 2.1. La enfermedad como una manifestación de la discapacidad. 2.2. La enfermedad como causa de discriminación autónoma e independiente. 3. Nuevos mecanismos de tutela (II). La protección a través del derecho a la salud y del derecho a la integridad física. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, ecarpri@upo.es

1. El punto de partida: un somero recorrido por las instituciones que protegen al trabajador enfermo

Cada cierto tiempo se plantean en el ámbito de las relaciones laborales cuestiones de cierta envergadura, cuestiones complejas que son capaces de conectar las distintas materias que conforman la disciplina del Derecho Social (Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales, etc.), y de poner de manifiesto incoherencias o regulaciones contradictorias que evitan el tratamiento integral de una determinada realidad, cuando no la insuficiencia de una regulación parcial que, precisamente por serlo, termina por carecer de efectividad.

Es lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español con el trabajador enfermo, contingencia que activa con carácter inmediato la aplicación de una serie de instituciones, tan efectivas como inconexas, que terminan dando al traste con la tutela del enfermo como trabajador. Realizaremos en los párrafos que siguen una somera consideración sobre las diversas instituciones que en el ordenamiento jurídico español protegen esta contingencia para valorar la existencia o inexistencia de un verdadero sistema de protección y, en base a ello, realizar propuestas de solución que puedan enmendar los desajustes más importantes que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. La dimensión reparadora. El sistema de protección social

El primer ámbito que debemos tener en cuenta para determinar el nivel de protección que se dispensa a los trabajadores frente a la enfermedad es el relativo a la protección social. En el ordenamiento jurídico español, el sistema de Seguridad Social articula dos conjuntos o tipos de medidas para hacer frente a la pérdida de la salud. La primera consiste en un conjunto de servicios y prestaciones que, través de la asistencia sanitaria, se dirigen a restablecerla; la segunda, en la regulación de una serie de prestaciones económicas enfocadas a paliar el defecto de ingresos que se produce en los supuestos en que la enfermedad, el riesgo de padecerla o la simple necesidad de descanso impiden que el trabajador realice la prestación de servicios y acceda al salario.

En el derecho español, la inclusión en el sistema de Seguridad Social constituye la principal vía de acceso a la prestación de asistencia sanitaria,

pues tal prestación forma parte de la acción protectora del sistema. De conformidad con ello, el art. 38 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)¹ establece, centrándose únicamente en el colectivo de trabajadores y en la incidencia que la enfermedad puede provocar en el trabajo, que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, y la recuperación profesional, cuando esta se aprecie en cualquiera de los casos mencionados.

En consecuencia, la regulación de la dimensión reparadora de la asistencia sanitaria deriva tanto de las normas de Seguridad Social como de las normas que regulan el Sistema Nacional de Salud, si bien estas últimas parecen atender a un concepto de salud más amplio. A estos efectos, se ha de tener en cuenta que el derecho a la protección a la salud tiene por objeto la atención integral de las personas en caso de necesidad de asistencia de tipo sanitario, y que, en cuanto derecho de configuración legal, su desarrollo se articula a través de diversas disposiciones normativas que se dirigen a tutelar la salud de la generalidad de los ciudadanos.

La norma fundamental es la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que se refiere a la salud laboral en sus arts. 32 y 33. El primero fija como objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo. El segundo alude a la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, respecto de la que se exige que se desarrolle de forma coordinada con los empresarios y los representantes de los trabajadores y que comprenda: a) la promoción de la salud; b) la vigilancia de la salud; c) el desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de los riesgos laborales; y d) la promoción de la información, formación, consulta y participación de los profesionales sanitarios, de los trabajadores y sus representantes legales y de los empresarios en los planes, programas y actuaciones sanitarias en el campo de la salud laboral. El contenido concreto del derecho a la salud de los ciudadanos y de los trabajadores vendrá determinado por el catálogo de servicios que legalmente se asignen al sistema nacional de salud. En la legislación vigente tal catálogo comprende servicios y prestaciones de muy diversa

¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29 junio 1994, n. 15).

índole: servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud de la población; prestaciones de salud pública y atención sociosanitaria, prestaciones médicas (atención primaria, atención especializada, atención de urgencias), prestaciones farmacéuticas, y prestaciones complementarias o especiales (recuperación, ortoprotésicas, productos dietéticos, transporte sanitario)².

Además de estas disposiciones de carácter general, se han de tener en cuenta aquellas que estructuran la protección de los trabajadores a través de distintas prestaciones de seguridad social que se otorgan como consecuencia del acaecimiento de determinadas contingencias relacionadas con la pérdida o el restablecimiento de la salud, supuesto en que la legislación de seguridad social garantiza rentas sustitutivas del salario en los casos en que los trabajadores no puedan continuar su prestación de servicios. A estos efectos, el art. 38, ap. c) de la LGSS regula prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

La consideración general de este tipo de prestaciones (y especialmente la finalidad que se persigue con cada una de ellas) evidencia que se trata de instituciones centradas en la dimensión reparadora, incidiendo en la salud en la medida en que esta se ha deteriorado como consecuencia de la

² Son muy numerosas las normas que se destinan a desarrollar estos aspectos. Sobre asistencia sanitaria, encontramos: RD 1030/2006, de 15 septiembre, sobre cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y procedimiento para su actualización; RD 1192/2012, de 3 agosto, regulador de la condición de asegurado y de beneficiario de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En cuanto a los servicios médicos: RD 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria; RD 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada; RD 605/2003, de 23 de mayo, sobre tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera; RD 1039/2011, de 15 de julio, sobre criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias. En cuanto a los medicamentos: RD 83/1993, de 22 de enero, sobre financiación de medicamentos; RD 9/1996, de 15 de enero, sobre selección de los efectos y accesorios con cargo a los fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad y régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados; RD 1663/1998, de 24 de julio, sobre ampliación de la financiación de medicamentos; RD 823/2008, de 16 de mayo, sobre distribución y dispensación de medicamentos de uso humano; RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. También de interés resulta el RD 81/2014, de 7 de febrero, de transposición de la Directiva 2011/24/UE, sobre derechos de los pacientes a asistencia sanitaria transfronteriza.

prestación de servicios, en el caso de la asistencia sanitaria, y considerando la conveniencia de no continuar realizando dicha prestación cuando las alteraciones en la salud de los trabajadores les impiden o dificultan la realización del trabajo, en la generalidad del resto de los supuestos. Efectivamente, a efectos de devengar las prestaciones económicas, la existencia de una enfermedad se considera única y exclusivamente si produce incapacidad laboral, supuesto que dará lugar a la incapacidad temporal (IT) y a la consiguiente suspensión del contrato si efectivamente dicha circunstancia es temporal (arts. 128 LGSS y 45, c) ET)³, y a distintos supuestos de incapacidad permanente (IP) y, con carácter general, a la extinción de la relación laboral, si la incapacidad laboral se prevé definitiva (especialmente si es una incapacidad total o absoluta, art. 49.1, g) ET)⁴. Obviamente, ello significa que, si bien la asistencia sanitaria se otorga al trabajador simplemente por estar enfermo, las distintas prestaciones económicas de incapacidad (y, con ellas, la suspensión o extinción de la relación laboral) solo corresponderán cuando las alteraciones de salud provoquen incapacidad laboral y esta haya sido declarada por los organismos competentes.

³ El art. 128. 1 de la LGSS considera incapacidad temporal la que se deba a “*enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación*”. Constituyen, asimismo, supuestos de incapacidad temporal “*los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad*”.

⁴ La propia definición de cada una de estas contingencias prevé la imposibilidad (en algunos casos, inconveniencia) de realizar la prestación de servicios con objeto de preservar la salud de los trabajadores. Así ocurre con el art. 128 LGSS cuando requiere de la situación de IT que el trabajador esté impedido para el trabajo; con los arts. 134 y 135 bis LGSS con respecto a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, al definir la situación protegida como el periodo de suspensión que procede en los casos en que no es posible el cambio en el puesto de trabajo, tal como exige la legislación sobre prevención de riesgos laborales; con el art. 136 LGSS cuando exige de la IP que las reducciones anatómicas o funcionales disminuyan o anulen su capacidad laboral. Razones distintas a la salud, aunque la tutela por este motivo no desaparece totalmente, encontramos en los casos de las prestaciones por maternidad (arts. 133 bis y 133 sexies LGSS), paternidad (art. 133 octies LGSS) y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quarter LGSS), etc.

1.2. La dimensión preventiva. La política de prevención de riesgos laborales

Conectado con el derecho a la salud, aunque centrando en el ámbito específicamente laboral, la Constitución Española (en adelante, CE) establece también como principio rector de la política económica y social un compromiso de los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)⁵ instaura, de acuerdo con la normativa internacional en la materia, un conjunto de garantías y mecanismos dirigidos a establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo. En consecuencia, su principal línea de actuación es el establecimiento de obligaciones dirigidas a preservar la salud y bienestar de los trabajadores cuando desempeñan sus servicios dentro de las organizaciones productivas, siendo el empresario el sujeto principalmente obligado en este ámbito. El conjunto de obligaciones que impone el marco legal se justifican en la preservación de una serie de derechos constitucionales de los trabajadores, destacadamente el derecho a la salud plasmado en el art. 43 CE, y, como manifestación de este último y en consonancia con las conexiones efectuadas por la doctrina constitucional (STC n. 62/2007, de 27 marzo, F. J. 4º y 5º), el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

En consonancia con estas previsiones constitucionales, la legislación sobre prevención de riesgos laborales reconoce el derecho de los trabajadores a la protección eficaz frente a los riesgos laborales y, en consecuencia, el deber del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos profesionales (art. 14 LPRL), deber que implica múltiples obligaciones, entre otras: ofrecer información a los trabajadores, establecer y respetar los cauces de consulta y participación en materia de prevención, facilitar formación en materia preventiva, paralizar la actividad en caso de riesgo grave e inminente y, en un plano más general, vigilar el estado de salud de los trabajadores. Se configura, por tanto en la regulación legal, un genérico deber de protección, que exige garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, objetivo que debe conseguirse mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de todas las medidas necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

La norma se centra, de un lado, en la necesidad de establecer una política preventiva de daños a la salud y a la integridad física; de otro, en regular

⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre, n. 269).

profusamente las limitaciones (y, sobre todo, las obligaciones) que dicha política impone a la libertad de empresa (art. 38 CE). Y aunque en el conjunto de obligaciones positivas para el empresario prevalecen ostensiblemente las medidas destinadas a la prevención, no se puede decir que la regulación descuide las medidas de adaptación del puesto de trabajo a las características anatómicas y funcionales del trabajador, circunstancia que deriva claramente del principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1.d LPRL) y de la consiguiente protección de los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 y ss. de la LPRL)⁶.

No obstante, antes de examinar dicha obligación, debemos advertir que existen otras medidas puntuales que, al menos en parte, responden a estos parámetros aunque, como se comprobará a continuación, se aplican a un ámbito restringido, el de las enfermedades profesionales. Efectivamente, de obligada mención es el conjunto de obligaciones empresariales que impone el concepto de enfermedad profesional en diversas materias con objeto de evitar su acaecimiento y el agravamiento de las ya diagnosticadas: a) obligatoriedad y vinculatoriedad de los reconocimientos médicos, supuesto en que, dependiendo del resultado, puede derivar la obligación de adaptar el puesto de trabajo (arts. 196 y 197 LGSS); b) obligación empresarial de cambiar de puesto de trabajo al trabajador que, en virtud de los reconocimientos efectuados, presente síntomas de enfermedad profesional que no den lugar a la incapacidad temporal, pero respecto de la que se prevea una progresión futura; obligación que, si es de ejecución imposible por no existir puestos alternativos, debe dar paso a la baja en la empresa o a la adopción de otras medidas análogas [art. 131.2 LGSS, art. 42 de la OM de 9 de mayo de 1962 por la que se regula el Reglamento de Enfermedades Profesionales y STS de 11 de junio (RJ 5915/2001)]⁷.

Sin embargo, el contexto más importante en el que surgen las obligaciones de adaptación del puesto de trabajo, ahora ya en un ámbito mucho más genérico en el que cabría la enfermedad del trabajador con independencia de su origen, es el de los trabajadores especialmente sensibles ante determinados riesgos profesionales⁸. En este sentido, el art.

⁶ Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010.

⁷ Un análisis detallado en De Soto Rioja, S. y Fuentes Fernández, F., “La enfermedad profesional desde la perspectiva laboral”, AA.VV., *La enfermedad profesional* (en prensa).

⁸ La enfermedad que padece el trabajador en estos supuestos no ha de estar relacionada con el trabajo [STS] de Castilla y León de 3 de enero de 2001 (AS 2001, 1213); [STS] de Canarias de 30 de abril de 2001 (AS 2001, 3594); [STS] de Galicia de 13 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 59574)].

25 LPRL establece la obligación empresarial de garantizar específicamente la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo⁹. Las obligaciones empresariales, así lo establece la regulación legal, consisten en: a) tener en cuenta las características personales o estado biológico de los trabajadores en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias; b) no asignar puestos de trabajo que puedan entrañar una situación de peligro para el trabajador, sus compañeros o terceros, por no adecuarse a las características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida.

Es claro, en consecuencia, que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, existe la obligación empresarial de tener en cuenta las características personales y el estado biológico de los trabajadores, esto es, su estado de salud, con objeto de asignarles un trabajo acorde, pues como reconoce directamente la legislación dichas características personales o estados biológicos determinarán medidas preventivas y de protección. A efectos de concretar el tipo de medidas, constituye un buen ejemplo el tratamiento dado a la mujer embarazada o en periodo de lactancia natural, supuestos en los que, si la evaluación concluye la existencia de riesgos o una posible repercusión sobre la salud, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, de la asignación de un puesto de trabajo distinto compatible con su estado y, cuando ello no sea posible, a través de la suspensión del contrato de trabajo por el tiempo que resulte necesario para preservar la salud (art. 26 LPRL).

1.3. La indemnidad de la relación de trabajo. La regulación Estatutaria

Un sentido distinto parecen tener las previsiones estatutarias que complementan las disposiciones relativas a la protección social y a la prevención de riesgos laborales, pues, como ya hemos avanzado, la

⁹ La referencia al “estado biológico” de los trabajadores se refiere a la existencia de cualquier enfermedad o síntoma que, sin ser invalidante, provoca la especial sensibilidad del trabajador frente a los riesgos (Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles...”, *óp. cit.*).

dimensión reparadora que otorga el sistema de Seguridad Social a través de la asistencia sanitaria y del reconocimiento de prestaciones económicas y la dimensión preventiva que aporta las políticas de prevención se ven complementadas con una serie de instituciones laborales propias del Derecho del Trabajo, como la suspensión del contrato de trabajo que el art. 45 ET regula para los supuestos de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia artificial, etc.; el establecimiento de una serie de causas para el despido que en una u otra forma se relacionan con la enfermedad del trabajador; la propia regulación de la calificación que conlleva el despido injustificado, etc.; en definitiva, múltiples aspectos que, por haber sido objeto de otros trabajos de investigación, no se analizarán en profundidad en este momento¹⁰, lo que no nos impide afirmar que muchos de ellos, especialmente la suspensión del contrato durante la situación de incapacidad temporal, tiene como objetivo fundamental evitar que la situación de enfermedad en la que se encuentra el trabajador produzca efectos negativos en la relación laboral. Efectivamente, la suspensión de la relación laboral consiste en la cesación temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo, interrupción que, aun respondiendo a circunstancias muy variadas, se origina, en todos los casos regulados, en la imposibilidad o inconveniencia de realizar la prestación de servicios¹¹. Frente a estos supuestos de imposibilidad, especialmente respecto a aquellos en que la salud de los trabajadores se encuentra en juego (incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia artificial), el ordenamiento jurídico reacciona protegiendo la estabilidad en el empleo al determinar que los hechos impeditivos mencionados no extinguen la relación laboral y reservar el puesto de trabajo durante todo el tiempo que dure la causa impeditiva¹². Esta finalidad, indiscutible en la

¹⁰ El análisis de las instituciones laborales puede verse en Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 157, 2013, pp. 135 y ss. El mismo trabajo puede consultarse en *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2/2015. Sobre el mismo asunto, De Soto Rioja, S. y Fuentes Fernández, F., “La enfermedad profesional...”, *óp. cit.*

¹¹ Vida Soria, J., “La configuración jurídica general de la suspensión del contrato”, *Revista de Política Social*, n. 70, 1966, p. 251; Botana López, J. M., “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 38, 2002, p. 276. En el ámbito jurisprudencial, especialmente, STS de 25 de octubre de 2000, RJ 2000/9676 (F. J. 3º); STS de 25 de octubre de 2000, RJ 2000/9676 (F. J. 3º).

¹² Vida Soria, J., “La configuración jurídica...”, *óp. cit.*, pp. 261 y ss.; STC 207/1989 de 14 diciembre, RTC 1989\207 (F. J. 2º); STS de 25 de junio de 2001, RJ 2001/7079 (F. J. 3º); STC 207/1989 de 14 diciembre, RTC 1989\207 (F. J. 2º); STS de 25 de junio de 2001, RJ

suspensión por incapacidad temporal, se torna evidente en el supuesto especial de reserva del puesto de trabajo en los casos en que la declaración de incapacidad permanente contemple una previsible revisión por mejoría que permita la incorporación al trabajo (art. 48.2 ET)¹³.

En lo que se refiere a la institución de la extinción por voluntad unilateral del empresario o despido, la pervivencia del vínculo contractual durante el periodo de suspensión provoca, con carácter general, que permanezcan vigentes y se puedan ejercitar las distintas facultades extintivas que la regulación estatutaria encomienda al empresario, aunque hay que realizar importantes matizaciones. El ejercicio de la potestad disciplinaria sólo procedería por incumplimientos previos y siempre que la falta cometida no hubiese prescrito, salvo que se trate de infracción del deber de buena fe contractual; circunstancia que tiene especial trascendencia en la suspensión por incapacidad temporal¹⁴.

Por lo que respecta al despido objetivo, no consideramos que la ineptitud del trabajador o la falta de adaptación de las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo puedan justificar un despido objetivo en

2001/7079 (F. J. 3º).

¹³ De acuerdo con esta última previsión, existirían dos tipos de declaración de incapacidad permanente (IP), la declaración previsiblemente definitiva [y, por ello, extintiva de la relación laboral (art. 143 LGSS)] y la declaración de incapacidad con probable revisión por mejoría y, por ello, suspensiva de la relación laboral (art. 48.2 ET), que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la declaración especial de IP, que es como se conoce este supuesto, únicamente es admisible cuando: a) a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo; b) así se haga constar esta circunstancia en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento; c) comporta la subsistencia de la relación de trabajo y la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la IP; y d) debe notificarse al empresario (STS de 28 de enero de 2013, RJ. 2013/4116).

¹⁴ STS 12 de julio de 1990, RJ 1990/6102 (F. J. 2º); STS de 23 de julio de 1990, RJ 1990/6455 (F. J. 3º). La jurisprudencia considera que la realización de trabajos durante la situación de IT implica, de un lado, un riesgo para la salud de los trabajadores afectados y, en consecuencia, la posible prolongación de la incapacidad temporal; de otro, la posible evidencia de que el trabajador realmente está capacitado para desempeñar la actividad profesional contratada. En ambos casos la conducta del trabajador supone una defraudación tanto para la empresa como para el sistema de Seguridad Social, puesto que, aun estando capacitado para trabajar, no realiza la prestación y se beneficia de las obligaciones empresariales de abonar las cotizaciones y las mejoras voluntarias del subsidio y de la obligación de la Seguridad Social de abonar la prestación, lo que en términos contractuales y jurídicos supone transgresión de la buena fe contractual [STS de 18 de diciembre de 1990, RJ 1990/9805 (F. J. 6º); STSJ Galicia n. 1758/2012 de 20 marzo, AS 2012\1405].

cuanto no pueden manifestarse durante el periodo de suspensión, aunque sí que se podrían alegar si traen causa en momentos anteriores a la suspensión de la relación laboral (art. 52 a y b del ET). Distinta debe ser la interpretación respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, al ser causas objetivas que no se relacionan (o lo hacen indirectamente) con la prestación que realiza el trabajador. En estos supuestos se puede producir la extinción de la relación laboral durante el periodo de suspensión afectando a los trabajadores que se encuentren en incapacidad temporal, pues, a pesar de no estar realizando la prestación de servicios, el puesto de trabajo sigue existiendo¹⁵.

Por último, entendemos que las faltas de asistencia al trabajo sólo podrían justificar un despido objetivo (no un despido disciplinario) siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el precepto legal¹⁶, puesto que la regulación computa este tipo de faltas, aun justificadas, en las cifras de absentismo que requiere el art. 52.1 d) ET (20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses)¹⁷.

Hasta el momento, la interpretación de las instituciones laborales consideradas constituyen un sistema, aunque imperfecto y parcial, de protección del trabajador enfermo. El problema va a estar en la calificación del despido injustificado que se produzca durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal¹⁸, supuesto en el que

¹⁵ García-Trevijano Garnica, E., “La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100/2000 (Edición Especial: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*), pp. 1010 y ss. El supuesto se plantea en la STS de 25 de octubre de 2000, RJ 2000/9676 (F. J. 3º).

¹⁶ La regulación exige que las faltas de asistencia sean de carácter intermitente, que se deban a enfermedad común o accidente no laboral (no se computan las debidas a accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, tampoco las debidas a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia), que se trate de periodos de baja de duración inferior a veinte días consecutivos (o tratarse de periodos de baja no acordados por los servicios sanitarios oficiales, independientemente de su periodo de duración) y no tratarse, en ningún caso, de ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, Jover Ramírez, C., “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, n. 106, 2010, p. 51.

¹⁷ Sobre la nueva redacción y su legitimidad, Moreno Gené, J., “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Aranzadi Social*, n. 59, 2014.

¹⁸ El art. 55. 5 ET establece la nulidad para el despido injustificado de trabajadoras durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo,

la jurisprudencia se ha inclinado, ante la falta de una previsión legal expresa, por considerar el despido como improcedente.

Efectivamente, la legislación laboral no contempla como supuesto de nulidad el despido injustificado que se produce durante el periodo de IT, lo que no significa que su calificación, cuando se producen estas circunstancias, deba ser la de improcedente. Ante la falta de regulación normativa expresa, se debiera analizar si el supuesto controvertido encuentra cabida en algunas de las causas de nulidad que, con carácter general, regulan los preceptos aplicables: discriminación por alguno de los motivos prohibidos en la CE y en ET, o lesión de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador (arts. 53.4 y 55.5 ET); máxime si consideramos que en un supuesto de despido por IT se pueden encontrar implicados varios derechos constitucionales: el derecho a la no discriminación, el derecho al trabajo, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud¹⁹.

Desafortunadamente no éste el camino que durante años ha seguido la jurisprudencia del TS, que en la mayoría de los pronunciamientos ha considerado la improcedencia de los despidos por motivo de enfermedad basándose en que el art. 108.2 LPL (actualmente, LJS) enumera con carácter exhaustivo los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin mencionar el despido durante la suspensión del contrato cuando el motivo real no coincide con la causa formal alegada en la comunicación del cese²⁰. Y es esta línea jurisprudencial, contundentemente asentada en el ordenamiento jurídico español, la que desdibuja la función y finalidad de la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, función que no era otra que descartar la extinción de la relación laboral por razón de enfermedad o accidente y que queda completamente anulada por una interpretación que permite extinguir la relación de trabajo alegando la falta de productividad del trabajador²¹.

parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere el art. 45.1 d), o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período, y el despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de, entre otros derechos, la suspensión de la relación laboral.

¹⁹ STS de 31 enero 2011. RJ\2011\922 (F. J. 3).

²⁰ SSTS de 29 de enero de 2001, RJ 2001/2069; STS de 23 de septiembre, RJ 2006/1923; 12 de julio de 2004, RJ 2004/7075. Más recientemente, STS de 18 de diciembre de 2007, RJ 2008\800 (F. J. 3º); STS, de 27 enero 2009, RJ 2009\1048 (F. J. 4º); STS de 12 julio 2012. RJ 2012\9598 (F. J. 4º).

²¹ Análisis sobre la calificación del despido en estas circunstancias en Gualda Alcalá, F.J., "La calificación del despido por razón de enfermedad del trabajador", *Revista de Derecho Social*, n. 42, 2008, pp. 125 y ss.; Carrizosa Prieto, E., "Despido por incapacidad temporal ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho

En consecuencia, el análisis efectuado evidencia que, aunque la suspensión cumple con su papel de tutelar al trabajador que padece alteraciones en su estado de salud, dicha tutela no es completa a no ser que se complemente con otro tipo de medidas adicionales, y ello porque, si bien es verdad que, por sí misma, limita considerablemente los efectos perjudiciales que puede producir la enfermedad del trabajador sobre la relación laboral (imposibilidad de extinguir el contrato, prohibición de ejercitar el poder sancionador por faltas de asistencia, por disminución del rendimiento pactado, etc.), la conjunción con la regulación de las causas y efectos del despido no garantiza suficientemente que la extinción de la relación laboral se produzca única y exclusivamente por las causas que menciona la regulación estatutaria. En definitiva, la consideración conjunta de la regulación de estas instituciones (suspensión y despido) no excluye que la extinción de la relación laboral se produzca precisamente por el deterioro del estado de salud que padece el trabajador o, en definitiva, por ser un trabajador enfermo.

Desde una perspectiva general se debe considerar que las medidas articuladas en el ámbito estrictamente laboral no garantizan una protección eficaz frente a las múltiples conductas o actuaciones empresariales que puede provocar la enfermedad del trabajador. Hemos constatado como la suspensión del contrato, conectada necesariamente con la incapacidad temporal, no agota todos los supuestos de enfermedad, circunstancia que trasciende de las situaciones de suspensión, pudiendo desencadenar conductas empresariales perjudiciales una vez culminada dicha situación. Frente a las distintas actuaciones empresariales que puede desencadenar la enfermedad del trabajador, tanto doctrina como jurisprudencia han intentado articular la tutela de los intereses profesionales a través de distintas vías de protección: bien acudiendo al derecho a la integridad física del trabajador (en conexión o no con el derecho a la salud laboral), bien al derecho a no sufrir discriminación por razón de enfermedad.

fundamental?”, *Temas Laborales*, n. 96, 2008; Moreno Márquez, A., “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Aranzadi Social*, n. 11, 2010, pp. 117 y ss.; Ginés i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Aranzadi Social*, n. 18, 2010; Arenas Viruez, M., “La incapacidad temporal como causa de despido. Nulidad e improcedencia”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2011, pp. 157 y ss. En el ordenamiento jurídico italiano, Novella, M., “Il licenziamento del lavoratore malato”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2012, pp. 514 y ss. Un estudio de la cuestión en el derecho comparado, 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, n. 1, 2015.

2. Nuevos mecanismos de tutela (I). La protección a través de la prohibición de discriminación

El análisis de la enfermedad como causa de discriminación que pudiera resultar prohibida por el ordenamiento jurídico español debe partir de una premisa fundamental: no existe disposición normativa que recoja específicamente dicha prohibición. A estos efectos, la Constitución Española reconoce en su art. 14, a modo de cláusula genérica, la prohibición de que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, por lo que, en principio, y salvando esta última alusión genérica, no existe base suficiente para considerar que dicha causa de diferenciación se encuentra expresamente prohibida. Más específicamente, el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 17, reconoce dicha prohibición en el ámbito laboral al considerar nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que ocasionen en el empleo o en las condiciones de trabajo situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad, o situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen (incluido el racial o étnico), estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a/o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

La consideración de ambas disposiciones nos obliga a descartar que la enfermedad sea un factor vedado expresamente en el ordenamiento jurídico español para realizar diferenciaciones. Siendo así, y de forma similar a como viene sucediendo en el derecho comunitario, habrá que plantearse, puesto que la discapacidad sí constituye un factor de discriminación prohibido, si la enfermedad o el estado de salud del trabajador podría incluirse o asimilarse a ella y, en caso contrario, si de forma independiente y autónoma pudiera considerarse una causa de discriminación prohibida con carácter implícito en la normativa antidiscriminatoria española. A analizar ambas cuestiones dedicaremos los siguientes apartados.

2.1. La enfermedad como una manifestación de la discapacidad

La posibilidad de asimilar la enfermedad a la discapacidad con objeto de considerarla una de las causas de discriminación prohibida se ha planteado y rechazado en el ámbito del derecho comunitario. Efectivamente, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico español, el derecho derivado de la Unión Europea tampoco hace alusión expresa a la enfermedad como causa prohibida para establecer diferencias de trato. Ninguna de las Directivas Comunitarias sobre las que se articula la lucha contra la discriminación acoge la enfermedad como factor de diferenciación y el concepto más próximo o más relacionado con ella sería el de discapacidad²². La cuestión se complica si tenemos en cuenta que la Directiva 2000/78/CE ni ofrece un concepto de discapacidad ni remite su determinación a la legislación de los Estados miembros²³, por lo que ha sido necesario, y así lo demuestra la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), determinar si la discapacidad puede acoger a la enfermedad como causa de discriminación prohibida.

Inicialmente el TJCE salió al paso de esta interpretación mediante la STJCE de 11 de julio de 2006, TJCE 2006/192 (Caso Chacón Navas), en la que entendió que el concepto de discapacidad manejado por la Directiva 2000/78/CE requería de la concatenación de circunstancias distintas: a) que exista una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas; b) que esta suponga un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional durante periodos amplios o duraderos. En consecuencia, para que la limitación pueda incluirse en el concepto de «discapacidad» se requiere, necesariamente, la probabilidad de

²² Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180 de 19/07/2000), Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación con independencia de la religión o de las convicciones, de la discapacidad, de la edad y de la orientación sexual (DO L 303 de 02/12/2000). *Un análisis de estas normas y su potencial en* Fernández López, M.F., y Calvo Gallego, F.J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Un ampliación del marco material comunitario”, *Temas Laborales*, n. 59, 2001, pp. 125 y ss. En el ámbito más específico de la discriminación por razón de género: Directiva 2006/54, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204/23 de 26/07/2006) y Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373 de 21/12/2004).

²³ Ruiz Castillo, M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010, pp. 100.

que sea de larga duración, por lo que el despido de un trabajador por una simple enfermedad no constituye *per se* una discriminación por razón de discapacidad.

No obstante, la posición del TJUE parece haber variado en los últimos pronunciamientos. Así, en la STJUE de 11 de abril de 2013, TJCE 2013/122 (Caso Ring) ha admitido que si una enfermedad (curable o incurable) acarrea una limitación de larga duración, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, e impide la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, esta puede estar incluida en el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE y, en consecuencia, quedar protegida por la prohibición de discriminación, sin que pueda ser obstáculo el hecho de que la enfermedad permita realizar el trabajo de forma limitada. Interpretación que no sólo se aplica a los supuestos de enfermedad en sentido estricto, también a otras circunstancias como la obesidad siempre que esta impida la participación plena y efectiva en la vida profesional a causa de una movilidad reducida, de la concurrencia de patologías que no permitan realizar el trabajo o que supongan ciertas dificultades en el ejercicio de la actividad profesional [STJUE de 18 diciembre 2014, TJCE 2014/367 (Caso FAO)]²⁴.

Reticencias similares a las expresadas por el TJCE en sus primeros pronunciamientos se advierten en el ordenamiento jurídico español, aunque el planteamiento de la cuestión ha sido bastante más tortuoso, entre otras razones porque hasta hace relativamente poco tiempo la atención a la discapacidad se ha realizado a través de un importante y variado cúmulo de disposiciones normativas que tenían por objeto hacer frente al fenómeno desde distintos ángulos y perspectivas²⁵. Desde diciembre de 2013, sin embargo, resulta aplicable la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, de 29 de noviembre (LPDIS, BOE n. 289, de 3 de diciembre de 2013) que, en cuanto texto refundido, acoge y deroga la regulación de las disposiciones anteriores.

Con respecto a la noción de discapacidad, la nueva regulación, en su art. 4, define a las personas con discapacidad como “*aquellas que presentan*

²⁴ Un comentario a este pronunciamiento en Pérez Anaya, R. M., “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1/2015.

²⁵ Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI) y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LPD), que es precisamente la norma de transposición de la Directiva 2000/78/CE.

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". Además, también tendrán esta consideración aquellas personas "a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento". Y al igual que sucedía con la regulación anterior, la norma establece que "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".

No existen, en consecuencia, diferencias sustanciales con la definición de discapacidad que acogía la LPD. Únicamente se podría señalar que la nueva concepción incide, más claramente si cabe, en que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que conlleva la situación de discapacidad deben ser «previsiblemente permanentes», expresión que se utiliza también en el art. 2 ap. a, al definir la situación de discapacidad como "situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Siendo así, hemos de concluir que la definición en el ordenamiento jurídico español no permite establecer una vinculación expresa entre enfermedad y discapacidad, al menos no la suficiente para incluir en la discriminación por razón de discapacidad las diferencias realizadas atendiendo al estado de salud, inclusión que quedaría absolutamente descartada al identificarse la discapacidad con una situación de incapacidad laboral permanente y no temporal.

De hecho, la identificación ha sido expresa y claramente rechazada por la jurisprudencia, al negar que la incapacidad funcional temporal que genera una enfermedad, al menos, una enfermedad no definitivamente inhabilitante, pueda asimilarse a la situación que padecen las personas discapacitadas, puesto que frente al carácter temporal y transitorio de la primera, la discapacidad se presenta como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que requiere de medidas para satisfacer las necesidades particulares que presenta el colectivo afectado²⁶; interpretación que sin lugar a dudas ha dejado de ser acorde con el derecho comunitario en la medida en que este sí que permite, de acuerdo con los últimos pronunciamientos del TJCE, vincular enfermedad y

²⁶ SST'S de 22 de noviembre de 2007, RJ 2008/1183; de 22 de enero de 2008, RJ 2008/1621 (F. J. 5º); de 27 de enero de 2009, RJ 2009/1048 (F. J. 5º).

discapacidad²⁷.

2.2. La enfermedad como causa de discriminación autónoma e independiente

Más prometedora que la anterior se presenta la otra línea de evolución que nos hemos planteado, esto es, considerar que la enfermedad constituye una causa de discriminación independiente y autónoma y que, en cuanto tal, puede resultar reconocida en el ordenamiento jurídico español. La base para mantener tal hipótesis no es otra que la consideración de que el listado de motivos o razones prohibidas por la regulación positiva no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo, por lo que, en último término, la enfermedad o el estado de salud del trabajador podría considerarse una de esas circunstancias personales mencionadas con carácter genérico por el propio art. 14 CE. Precisamente es esa posibilidad, la de poder considerar otros factores no mencionados expresamente en la legislación, lo que nos obliga a aplicar la concepción doctrinal y jurisprudencial de la discriminación con objeto de determinar si efectivamente estamos ante una causa prohibida o no.

En primer lugar, la discriminación, aunque conlleva una diferencia de trato que tiene repercusiones en el ámbito jurídico, toma como referencia un criterio o circunstancia personal que, por ser inherente a la propia naturaleza humana, o bien por constituir el resultado de las legítimas opciones que se despliegan ante los sujetos, se convierte en lesiva para la dignidad humana²⁸. En segundo lugar, la medida discriminatoria tiene como consecuencia la creación de una situación de desigualdad, por lo que, más que a la diferencia de trato propiamente dicha, hay que atender al resultado, lo que implica, que no se tienen en cuenta el elemento intencional y que se debe considerar lesiva la discriminación indirecta²⁹. En tercer y último lugar, toda discriminación tiene carácter unilateral, porque se produce contra determinados individuos o grupos que, por las circunstancias vedadas, son tratados de forma diferente respecto a los

²⁷ Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica...”, *óp. cit.*, p. 6. Esta circunstancia se reconoce en los últimos pronunciamientos del TS, aunque a día de hoy no ha tenido ocasión de rectificar su doctrina [STS de 25 noviembre 2014, RJ 2015/27 (F. J. 3º)].

²⁸ Fernández López, M.F., “La discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, n. 3-4, 1993, p. 154; SSTC 153/1994, de 23 de mayo (F. J. 6º); 173/1994, de 7 de junio (F. J. 3º).

²⁹ SSTC 145/1991, de 1 de julio (F. J. 2º); 203/2000, de 24 de julio (F. J. 6º).

demás³⁰, circunstancia que exige de la tutela antidiscriminatoria la adopción de medidas de acción positiva como acciones necesarias para proteger a los individuos o grupos de las discriminaciones jurídicas y sociales que les han ubicado en una situación de inferioridad³¹.

La consideración de estas características ha provocado ciertas reticencias a contemplar la enfermedad como una de las causas de diferenciación prohibidas. Así, el TS considera que la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE exige la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. De conformidad con estos planteamientos, para que se dé una situación de discriminación es necesario, en primer lugar, que los criterios de diferenciación se basen en circunstancias utilizadas históricamente para segregar grupos de personas y, en segundo lugar, que como miembros de estos grupos segregados (de constitución estable y no efímera), las personas discriminadas tengan necesidades particulares de integración laboral y social. Partiendo de estas consideraciones, el TS estima que la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no constituye uno de los supuestos de discriminación prohibidos, puesto que, a pesar de que se trata de una contingencia inherente a la condición humana, no es específica de un grupo o colectivo de personas (de composición permanente), como ocurre, por ejemplo, con la discapacidad³².

No obstante, la doctrina comentada realiza una matización importante, pues considera que aunque la enfermedad “*desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo [...], no es un factor discriminatorio en el sentido estricto [...], pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*”³³. Estas manifestaciones han permitido sostener (así lo ha hecho parte de la doctrina científica) que existe “*algún resquicio para considerar que el estado de salud del trabajador pueda constituir un factor de discriminación*”³⁴. Efectivamente, las consideraciones destacadas admiten, aunque con tintes de cierta excepcionalidad, que el estado de salud de los

³⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 111; Fernández López, M.F., “La discriminación en la jurisprudencia...”, *óp. cit.* p. 155.

³¹ SSTC 17/2003, de 30 de enero (F. J. 3º).

³² STS de 18 de diciembre de 2007, RJ 2008/800 (F. J. 3º); STSJ de Cataluña, de 19 de octubre de 2010 (F. J. 2º).

³³ STS de 29 de enero de 2001, RJ 2001/2069 (F. J. 2º); STS de 31 de enero de 2011, RJ 2011/922 (F. J. 3º).

³⁴ Baylos Grau A. y Pérez Rey, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 102 y ss.

trabajadores puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación prohibido al encontrarse implícitamente encuadrado en la cláusula genérica del art. 14 CE, circunstancia que ha aceptado expresamente el Tribunal Constitucional³⁵.

Esta posición se aleja considerablemente de las interpretaciones efectuadas en el ámbito comunitario, en el que la STJCE de 11 de julio de 2006, TJCE 2006/192 (Caso Chacón Navas), se planteaba si la enfermedad podía ser un factor de discriminación autónomo e independiente de la discapacidad aunque no se mencione expresamente en el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal se pronuncia en sentido negativo, pues considera que tanto el Tratado como la Directiva contienen una lista cerrada y exhaustiva de circunstancias o causas de discriminación que no puede ampliarse por analogía a otros motivos distintos, como la enfermedad. En consecuencia, para el derecho comunitario la enfermedad no constituye, por sí misma, esto es, con carácter aislado y autónomo, una causa de discriminación en el derecho comunitario, afirmación que queda refrendada al exigir que todos los Estados apliquen un concepto homogéneo y uniforme de discapacidad (que no permite ni asimilar ni incluir la enfermedad).

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la posición adoptada en el ordenamiento jurídico español es acorde a las interpretaciones efectuadas en el seno de otros organismos internacionales. Así, por ejemplo, y dada la importancia que tiene en el ámbito de las relaciones laborales, es fundamental tener en cuenta las normas de la OIT. A estos efectos, la Organización cuenta con varias disposiciones que pudieran resultar aplicables, destacando significativamente el Convenio n. 111 (1959) sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, que, pese a no reconocer la discapacidad ni la enfermedad como causa de discriminación expresa, en su art. 1.2 considera discriminación *«cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación»*. La OIT, en contraste con lo que ocurre con las instituciones comunitarias, no sólo considera lícito sino que aplaude el hecho de que los países que han ratificado el Convenio n.

³⁵ Gualda Alcalá F.J., “La calificación del despido...”, *óp. cit.* pp. 131 y ss. La STC 62/2008, de 26 de mayo (F. J. 6º), considerará que *“el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales [...]. Así ocurrirá cuando la enfermedad sea utilizada como un elemento de segregación o de estigmatización de la persona que la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”*.

111 (1959) hayan ampliado la lista de motivos de discriminación, añadiendo la discapacidad, la edad, el estado de salud y en particular la seropositividad VIH real o presunta, la afiliación sindical y la situación familiar³⁶. En otros documentos, la Organización ha considerado que la salud (o más bien la carencia de ella, la enfermedad), aun siendo un factor emergente, constituye un causa de discriminación que puede ser considerada como distinta y autónoma de la discapacidad, puesto que, no toda enfermedad ocasiona discapacidad y no por ello ha de considerarse que los personas segregadas por padecerla no sufren discriminación³⁷.

3. Nuevos mecanismos de tutela (II). La protección a través del derecho a la salud y del derecho a la integridad física

La última posibilidad de abordar la protección integral del trabajador enfermo es a través de algunos de los derechos fundamentales sustantivos que reconoce nuestro texto constitucional. Sin duda, el derecho más adecuado a estos efectos es el derecho a la salud (art. 42 CE) y, en su defecto, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). Es evidente, y así lo hemos puesto de manifiesto en el primer apartado de este análisis, que gran parte de las medidas o instituciones arbitradas tienen como finalidad última proteger la salud del trabajador, por lo que resulta más que sorprendente que cuando es necesario acudir a un derecho fundamental para articular la tutela al margen de la regulación legal, los jueces y tribunales obvien y se olviden del derecho a la salud y del derecho a la integridad física.

El problema fundamental que encuentra esta línea de protección es que el derecho a la salud es un derecho prestacional, catalogado por la CE como un principio rector de las políticas públicas, clasificación que, aun siendo eminentemente formal, ha impedido, al menos en el ordenamiento jurídico español, que jueces y tribunales le doten de un contenido constitucional más amplio que el expresamente plasmado en la regulación legal. Además, también hay que tener en cuenta que, de todos los derechos que plasma el texto constitucional, el TC sólo puede conocer a

³⁶ OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, 2003, pp. 16; OIT, *La igualdad en el trabajo. Afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, 2007, p. 9.

³⁷ OIT, *Equality et non discrimination at work in China. Discrimination, health and disability*, Ginebra, 2010, pp. 8 y ss.

través del recurso de amparo (lo que no excluye el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) de aquellos que se califican como “*derechos fundamentales*”, que son los ubicados en la Sección Primera del Título II y que vienen a coincidir, con algunas excepciones, con las libertades liberales; de esta forma, cuando se alega en amparo uno de los derechos constitucionales que no se ubican en la mencionada Sección, tanto el demandante, como el TC a la hora de efectuar su interpretación, se ven en la necesidad de vincular el derecho constitucional excluido de este mecanismo de tutela con algún otro que sí goce de su protección³⁸.

Aunque parezca sorprendente, ambas circunstancias, la clasificación de los derechos eminentemente prestacionales como principios rectores de la política económica y social y la imposibilidad de conocer directamente a través del recurso de amparo las lesiones que padecen, han provocado que durante años estos derechos se hayan considerado de segunda categoría, olvidando que todos ellos, independientemente de la sección constitucional en la que se ubiquen y de las garantías que se les apliquen, tienen la misma naturaleza: la de derechos constitucionales de los ciudadanos. Esta es la razón de que en el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia (aunque también la doctrina científica) se haya inclinado por estructurar la tutela del trabajador enfermo a través de la prohibición de discriminación, obviando o marginando el análisis desde la perspectiva del derecho a la salud, y ello a pesar de que esta ha sido siempre una de las alegaciones principales en las demandas de protección.

Efectivamente, la protección del trabajador enfermo a través del derecho a la salud se ha planteado tanto en sede constitucional como ante el TS, siendo este último el que, como veremos en seguida, ha optado por una postura más progresista en la materia. La posición del Tribunal Constitucional resulta cuanto menos sorprendente si consideramos que en muchas de las sentencias en las que ha debido pronunciarse sobre medidas de prevención de riesgos laborales ha considerado que la LPRL es “*la concreción legal que en el ámbito del derecho del trabajo tiene la protección constitucional que imponen diversos derechos constitucionales del trabajador, como el derecho a la integridad física y a la salud*”³⁹. En consonancia con ello, y por las razones mencionadas, considera que el derecho a la integridad física protege tanto la inviolabilidad de la persona (incolumidad corporal), no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su

³⁸ Sobre la conexión del derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, SSTC 62/2007, de 27 de marzo (F.J. 2).

³⁹ SSTC 62/2007, de 27 de marzo (F.J. 5º).

titular, como el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal. Sin embargo, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE. Se precisa la concurrencia de determinados factores: la gravedad del riesgo, la inmediatez del riesgo y la certeza del riesgo, no siendo necesario que la lesión se haya consumado, sino únicamente que se acredite un riesgo relevante de que esta pueda llegar a producirse (STC n. 62/2007, de 27 marzo, F. J. 4º y 5º).

Siendo esta la doctrina constitucional sobre la vigencia del derecho a la salud y a la integridad física en el ámbito laboral, sorprende que un problema tan importante como la protección del trabajador enfermo durante el desarrollo de la relación laboral no haya recibido una respuesta más contundente por parte de la jurisprudencia. Y ello porque, a pesar de la polémica que la cuestión ha alcanzado en el ordenamiento jurídico español, el TC no se ha pronunciado sobre el asunto, alegando problemas procesales en los pocos casos en que se le han planteado la cuestión⁴⁰.

No ha sucedido lo mismo con el TS que, como veremos en seguida, ha sufrido una considerable evolución en los últimos años. Así, de pronunciamientos en los que no consideraba lesionado el derecho a la salud en supuestos de despidos producidos durante la situación de IT, ha pasado a declarar la nulidad de estos cuando el empresario, antes de despedir al trabajador en situación de IT, lo amenaza con hacerlo provocando una compulsión para que el trabajador se reincorpore al trabajo.

Efectivamente, en la STS de 27 de enero de 2009, RJ/2009/1048 (F. J. 4º) el TS mantuvo literalmente el discurso que hemos señalado anteriormente y que desmerece la naturaleza constitucional del derecho a la salud: *“siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional”*, el derecho a la salud no está comprendido en la categoría de *“los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales sobre nulidad del despido”*, esto es, los arts. 53.4 y 55.5 del ET. La salud se regula en el art. 43 CE y *“como tal, se sitúa en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los “principios rectores del orden social y económico”, a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo, tal como exige el art. 53.3 CE”*. Se rechaza, en consecuencia, que el derecho a la salud, considerado de forma autónoma y desconectado de la integridad física pueda ocasionar la nulidad del despido.

⁴⁰ STC n. 62/2008, de 26 mayo (F. J. 2º *in fine*).

Las declaraciones cambian considerablemente cuando las alegaciones de nulidad se basan en el derecho a la integridad física y antecede al despido la amenaza de efectuarlo si el trabajador no abandona la situación de incapacidad temporal. En estos casos, considerará el TS la presión o amenaza de despido para que el trabajador se reincorpore al trabajo (y el hecho de que la amenaza se convierta en realidad cuando la reincorporación no se produce) *“pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 de la CE”* [STS de 31 enero 2011, RJ/2011/922 (F. J. 2º)]. El TS se basa precisamente en la doctrina constitucional que considera que el derecho a la salud forma parte del derecho a la integridad física, de forma que la *“presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud”*⁴¹.

Ante la sorpresa que puede ocasionar un cambio de tal magnitud, es el propio Tribunal el que se dedica a aclarar que en los pronunciamientos anteriores el debate no se había planteado en los términos correctos, pues no se podía considerar nulo el despido de un trabajador en situación de IT por discriminatorio al no existir discriminación en el supuesto; tampoco cabía declarar la nulidad por ser lesivo del principio o derecho a la salud en cuanto la lesión de este derecho (aunque se produzca) no ocasiona la nulidad de acuerdo con la redacción de los arts. 53 y 55 del ET. Por último, en lo que hace a los supuestos en los que se alegó el derecho a la integridad física y no se estimó lesión, explica el Tribunal que en todos los casos resueltos faltaba un elemento determinante y es que *“el despido no funcionó como coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante”*. Y lo es porque, de acuerdo con la doctrina constitucional, la amenaza de despido genera que el peligro para la salud y para la integridad se convierta en grave y cierto a través de *“una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral”*⁴². En consecuencia, lo determinante para la jurisprudencia del TS no es tanto que exista efectivamente un despido, sino que exista una amenaza de despido, de forma que el trabajador adquiera consciencia del peligro que conlleva su falta de incorporación al trabajo.

⁴¹ STS de 31 enero 2011, RJ/2011/922 (F. J. 3º)

⁴² STS de 31 enero 2011, RJ/2011/922 (F. J. 3); STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013, AS. 2013/1715.

Ciertamente, el pronunciamiento supone un avance importante al declarar la nulidad del despido por lesión del derecho a la integridad física del trabajador, derecho que efectivamente se ve comprometido si se abandona una situación de baja necesaria para restablecer la salud; el problema es que la declaración de nulidad se ocasiona, no tanto por el hecho de que se produzca el despido como por la existencia de una amenaza de despido previa que, a nuestro juicio, el único papel que puede jugar es el de exteriorizar la intencionalidad de empresario. Si esto es así, convendría recordar que “*la intencionalidad del empresario es irrelevante en los supuestos en los que, de facto, se discrimina*”⁴³, también lo es en los supuestos en que se lesionan derechos fundamentales del trabajador.

De hecho, la nulidad del despido no funcionaría de forma automática en estos supuestos, que es lo que parecen considerar los pronunciamientos jurisprudenciales que la rechazan, fundándose quizá en que la regulación estatutaria anterior a 1994 la establecía con este carácter. Producido un despido durante la IT alegando causa o sin ella, el trabajador, si sospecha que el despido lesiona alguno de sus derechos constitucionales, habrá de impugnar la decisión empresarial alegando todos aquellos indicios que considere necesarios para provocar la sospecha en el juzgador de que dicho acto es contrario o constituye una represalia por el ejercicio de su derecho a restablecer la salud, y hecho esto con solvencia, el juzgador dará traslado al empresario para que pruebe la existencia de una causa real para el despido y que dicha causa además de ser legal es suficiente (adecuada, necesaria y proporcionada) para justificar la decisión extintiva.

4. Conclusiones

El análisis efectuado pone de manifiesto que son múltiples las instituciones que inciden en la protección del trabajador enfermo, aunque la mayoría de ellas ofrecen una tutela tangencial. La parcialidad de la protección es evidente en el caso de la prestación económica por incapacidad temporal y la suspensión de la relación laboral que conlleva, mecanismos que sólo se activan cuando queda constado que la enfermedad incapacita para el trabajo y, con carácter general, no siempre durante todo el proceso en que esta se desarrolla. En aquellos casos en que la enfermedad no incapacita totalmente (ya sea con carácter temporal o definitivo) para realizar el trabajo entra en juego la normativa sobre prevención de riesgos laborales que, como manifestación de su función

⁴³ Ginés i Fabrellas, A., “La nulidad del despido...”, *óp. cit.* p. 14.

eminentemente preventiva, consagra la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo a las características y al estado biológico del trabajador.

Una consideración conjunta de estas instituciones nos podría llevar a afirmar que, en el ordenamiento jurídico español, el nivel de protección al trabajador enfermo es medianamente aceptable. No obstante, y a pesar de lo dicho, existen determinadas instituciones que desvirtúan ese sistema de tutela, al debilitar o anular por completo la dimensión de indemnidad que debe ofrecer el ámbito laboral frente al padecimiento de una enfermedad incapacitante. Es lo que ha ocurrido en el ordenamiento jurídico español con la calificación jurisprudencial del despido producido en estas circunstancias, calificación que, al permitir el despido indemnizado durante la situación de IT, declarando su improcedencia en vez de la nulidad, priva de efectos a la principal función que cumplen las normas laborales en la protección del trabajador enfermo: garantizar la indemnidad de la relación laboral durante la situación de enfermedad.

La controversia en torno a la calificación que ha de darse al despido acausal realizado durante la IT y la falta de criterios claros en la regulación estatutaria han provocado la necesidad de justificar constitucionalmente la protección de estos trabajadores y dar una solución al problema desde parámetros constitucionales, esto es, ponderando los derechos constitucionales del trabajador respecto de los intereses empresariales. Tanto doctrina científica como jurisprudencia llevan años ofreciendo posibilidades específicas para articular un sistema de protección efectivo, si bien, como hemos puesto de manifiesto en el estudio realizado, todas ellas han encontrado reticencias que, afortunadamente, se van desmoronando con cada nuevo caso que se presenta ante la jurisdicción social. Tan es así que en la actualidad (y después de muchos años de litigiosidad) podemos afirmar que son tres las vías que se están aplicando para resolver esta cuestión: la discapacidad, la discriminación y la salud del trabajador como manifestación del derecho a la integridad física y moral.

La protección a través de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad es una de las vías que más se ha desarrollado en los últimos tiempos, especialmente como consecuencia de los pronunciamientos del TJCE y de la nueva concepción de discapacidad que maneja. Esta concepción, más amplia que la anterior, permite considerar discapacitados, y como consecuencia de ello aplicar los mecanismos de la tutela antidiscriminatoria en caso de conductas lesivas, a aquellos trabajadores que padezcan enfermedades crónicas o de larga duración que limiten u obstaculicen su capacidad para realizar la prestación de servicios, aunque y sobre todo, cuando dicha limitación no les incapacite para realizar

totalmente la prestación de servicios. La nueva orientación va a ocasionar, sin ninguna duda, cambios importantes en el ordenamiento jurídico español en cuanto exige un giro considerable en la jurisprudencia sobre la materia y una reconsideración de ciertas instituciones laborales, como por ejemplo la improcedencia del despido injustificado del enfermo crónico (ahora debe ser nulo por discriminatorio)⁴⁴, el cómputo de determinadas faltas de asistencias, aún justificadas, como causa del despido objetivo (circunstancia que podría dar lugar a una discriminación indirecta por razón de discapacidad)⁴⁵ y la obligación de adaptar el puesto de trabajo a las características del trabajador (obligación que ya no nace de la LPRL sino de la propia tutela antidiscriminatoria y, en consecuencia, de la Constitución, del derecho de la UE y del derecho internacional)⁴⁶.

Consecuencias muy parecidas conllevaría la opción de considerar la enfermedad como una causa autónoma de discriminación, aunque esta opción se torna “*más amigable*” en el ordenamiento jurídico español por dos circunstancias distintas. Primero porque el TC no ha efectuado un rechazo tajante o rotundo a que la enfermedad sea una causa de discriminación autónoma y diferenciada de la discapacidad; segundo, porque esta opción, en la medida en que no es la acogida por el derecho comunitario, permitiría la construcción jurisprudencial de una nueva causa de discriminación que, salvando los supuestos de discapacidad y de enfermedad de larga duración, podría tener una configuración propia, distinta a la que caracteriza a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. Ciertamente su construcción no estaría exenta de complejidad, pues sería necesario aplicar a cada uno de los supuestos concretos que se vayan presentado las características típicas de la

⁴⁴ Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica...”, *óp. cit.*, p. 7.

⁴⁵ La hipótesis la plantea Moreno Gené, J., “Límites constitucionales e internacionales...”, con ocasión del análisis a la SJS n. 33 de Barcelona, de 17 de septiembre de 2013, en la que se declara nulo el despido por faltas de asistencia de una trabajadora con enfermedad crónica. Argumenta el autor, en consonancia con el juzgador que la regulación del art. 52. ap. d), especialmente después de la reforma efectuada en 2012 y al eliminar la vinculación de la facultades extintivas del empresario del absentismo colectivo, hace recaer toda la regulación en sancionar la faltas de asistencia por razón de enfermedad, circunstancia que puede lesionar el derecho a la salud de los trabajadores y constituir un supuesto de discriminación indirecta (por razón de discapacidad) para los trabajadores que padezcan enfermedades de larga duración que limiten su vida profesional.

⁴⁶ Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica...”, *óp. cit.*, p. 8. Sobre la configuración jurídica de la adaptación como obligación que deriva de la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad, véase el excelente trabajo de Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en E.E.U.U y España: Una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015.

discriminación, con objeto de constatar que la diferenciación utiliza criterios lesivos de la dignidad humana, que produce resultados adversos para un grupo de personas independientemente de la intencionalidad del sujeto que la provoca y, por último, que presenta carácter unilateral en cuanto el colectivo afectado requiere de medidas de acción positiva para salir de esa situación.

Por último, y por lo que respecta al derecho a la salud como parte integrante del derecho a la integridad física, tesis acogida en los últimos años por el TS, conllevaría (más temprano que tarde) una reconstrucción del derecho a la salud en la relación de trabajo, reconstrucción que no se podrá limitar a acoger el aspecto colectivo desarrollado a través de la prevención de riesgos laborales, sino que deberá centrarse en el derecho constitucional (individual) a la salud de los trabajadores en el ámbito laboral, determinando aspectos tan importantes como si incluye o no el derecho a suspender el contrato de trabajo para recuperar la salud, el derecho a la adaptación del puesto de trabajo o al cambio del puesto de trabajo cuando la enfermedad no sea totalmente incapacitante, el de acceder a una prestación económica del sistema de protección social en caso de que si lo sea y, como no, el derecho a que se declare nulo un despido adoptado como represalia por haber ejercitado el derecho a restablecer la salud, referencia que nos indica que muy bien podemos haber abandonado el ámbito de la integridad física para aventurarnos en terrenos inexplorados: la indemnidad por el ejercicio del derecho a la salud.

5. Bibliografía

- Arenas Viruez, M., “La incapacidad temporal como causa de despido. Nulidad e improcedencia”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2011.
- Baylos Grau A. y Pérez Rey, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2012.
- Botana López, J. M., “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 38, 2002.
- Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, n. 96, 2008.
- Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 157, 2013.

- Carrizosa Prieto, E., “La tutela del lavoratore malato nella normativa spagnola”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2015.
- Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010.
- De Soto Rioja, S., y Fuentes Fernández, F., “La enfermedad profesional desde la perspectiva laboral”, AA.VV., *La enfermedad profesional* (en prensa).
- Fernández López, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, n. 3-4, 1993.
- Fernández López, M.F., y Calvo Gallego, F. J. , “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Un ampliación del marco material comunitario”, *Temas Laborales*, n. 59, 2001.
- 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, n. 1, 2015.
- García-Trevijano Garnica, E., “La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2000 (Edición Especial: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*).
- Gualda Alcalá F.J., *La calificación del despido por razón de enfermedad del trabajador*, en *Revista de Derecho Social*, n. 42/2008.
- Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en E.E.U.U y España: Una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015.
- Jover Ramírez, C., “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, n. 106/2010.
- Moreno Gené, J., “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Aranzadi Social*, n. 59, 2014.
- Moreno Márquez, A., “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Aranzadi Social*, n. 11, 2010.
- Novella, M., “Il licenziamento del lavoratore malato”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2012.
- Pérez Anaya, R.M., “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1, 2015.
- Ruiz Castillo, M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010.

- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, 2003.
- OIT, *La igualdad en el trabajo. Afrontar los restos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, 2007.
- OIT, *Equality et non discrimination at work in China. Discrimination, health and disability*, Ginebra, 2010.
- Vida Soria, J., “La configuración jurídica general de la suspensión del contrato”, *Revista de Política Social*, n. 70, 1966.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo