

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

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

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), 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), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), 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 y enfermedad en el despido. Aplicación práctica

M^a Begoña BARREIRA IGUAL*

RESUMEN: Análisis de la evolución en la calificación del despido en situación de incapacidad temporal y la posibilidad de que sea calificado como nulo, por considerar que es discriminatorio, teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia comunitaria a partir de la Directiva 2000/78 del Consejo y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que se prevé la posibilidad de que la enfermedad sea equiparada a la discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Señalaremos las principales sentencias del TJUE y la incidencia práctica de las mismas a nivel nacional.

Palabras clave: Enfermedad, discapacidad, discriminación, despido en situación de incapacidad temporal.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Encaje constitucional de la enfermedad como factor de discriminación. 2. Evolución normativa de la calificación del despido en caso de incapacidad temporal. 3. Evolución jurisprudencial. Jurisprudencia del TJUE en aplicación de la Directiva 2000/78. 4. Influencia y aplicación de la jurisprudencia comunitaria en los tribunales españoles. 5. Conclusiones.

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Universidad Europea de Madrid. Abogada.

Disability and illness in dismissal. Practical application

ABSTRACT: Analysis of the evolution of the dismissal qualification in situation of temporary disability and the possibility that this process is qualified as null, considering it as discriminatory, taking into account the Community law and jurisprudence from the Directive 2000/78 of the European Council and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in which is foreseen the possibility of a disease being equated to disability, within the meaning of that Directive. We point out the main sentences of the CJEU and their practical implications at national level.

Key Words: Illness, disability, discrimination, dismissal in a temporary disability situation.

1. Introducción

En la actualidad, la sociedad es consciente de la gran relevancia social que presenta la discapacidad, lo que se materializa en una amplia regulación sobre la materia tanto a nivel internacional y comunitario como a nivel nacional.

Se trata de un amplio colectivo que además tiende a crecer (debido a factores como el envejecimiento de la población, el aumento de enfermedades crónicas, etc.) y tal y como se recoge en informes de diversos organismos y en numerosas estadísticas realizadas, siguen existiendo importantes barreras para este colectivo en muchos ámbitos, destacando, por lo que aquí nos interesa, en el ámbito del empleo, donde existe una tasa de desempleo más alta, una remuneración inferior, una dificultad de reincorporación al mercado de trabajo, unas necesidades específicas para la protección de su estado, etc.

Dentro de este colectivo, la mujer ha sido y sigue siendo mucho más vulnerable, de modo que género y discapacidad provocan lo que en muchos foros se viene denominando una “doble discriminación” o una “discriminación múltiple”, por razón de sexo (mujer) y por razón de discapacidad, lo que hace necesario abordar su protección teniendo en cuenta ambos factores conjuntamente, el género y la condición de discapacidad.

Así pues, la discapacidad es un término que en la práctica lamentablemente sigue siendo asociado a la discriminación, a pesar de existir numerosa normativa, informes, manifiestos en favor de la no discriminación por esta condición, discriminación que si bien se produce en diversos ámbitos, aquí nos vamos a centrar en el ámbito laboral y más en concreto, en la extinción del contrato de trabajo por despido del empresario fundado en la discapacidad del trabajador, en el caso de que el mismo se encuentre de baja médica y la enfermedad se puede equiparar a discapacidad y por ello provocar la nulidad de la decisión extintiva adoptada por el empleador.

1.1. Encaje constitucional de la enfermedad como factor de discriminación

El tema que vamos a abordar, cómo debe ser calificado el despido cuando el mismo se produce estando el trabajador en situación de incapacidad temporal, no es ni mucho menos una cuestión novedosa en nuestro ordenamiento, sino que la misma ha sido continuamente abordada por la

doctrina judicial, quien, tras la modificación operada en el año 1995 a través de la Ley 11/1994¹ lo ha venido calificando de improcedente, y no nulo (a pesar de existir ciertas excepciones) por entender que no es un factor discriminatorio en el sentido que recoge el artículo 14 de la Constitución, cuyo tenor literal es el siguiente: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En dicho precepto constitucional podemos distinguir claramente dos incisos:

- a) el primero, que recoge una cláusula de igualdad de todos los españoles ante la ley,
- b) el segundo, que contiene la prohibición de una serie de motivos de discriminación, prohibiendo así unas diferencias que han situado a sectores de la población en posiciones, además de desventajosas, contrarias a la dignidad de la persona².

Dentro de dicho precepto, en el segundo inciso, en la parte final del mismo, se incluye la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” que es en la que vamos a centrar nuestra atención.

Esta expresión denota que, además de la expresa mención a factores de discriminación históricamente recogidos como tales tanto en la realidad social como en la jurídica (como la orientación sexual, la religión....) se deja abierta la posibilidad de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, dentro de la que se encuentra la posibilidad de discriminación por un factor que no está expresamente mencionado en el

¹ Ley 14/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social.

² Sentencia del TC de 26 de mayo de 2008 (EDJ 2008/81707), afirma en relación con el artículo 14 CE “dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE”.

precepto constitucional y es el estado de salud del trabajador, la enfermedad que vamos a abordar.

Una primera cuestión que se plantea es que para que un criterio de diferenciación que no está expresamente mencionado en el listado del artículo 14 CE se pueda incluir en la cláusula genérica de prohibición de discriminación (“por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), y ello no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia porque de hacerlo así, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluto.

Es la jurisprudencia constitucional³, la que ha establecido en relación con este criterio de diferenciación que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad es “la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en el elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”, debiendo hacerse el análisis en cada caso particular, y concluyendo con que “la salud del trabajador o la enfermedad, pueden en determinadas circunstancias constituir un factor de discriminación encuadrable en dicha cláusula genérica”, así como que el despido será nulo por discriminación “cuando la enfermedad sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”.

Así pues, la prohibición de discriminación del artículo 14 CE contempla la exigencia de eliminar conductas de carácter discriminatorio a tenor del carácter especialmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/269009) recurso 4194/2006, contempla la exigencia de que “sitúe a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE”.

Según esta sentencia se precisa que se hayan constatado en la realidad circunstancias utilizadas históricamente para segregar a determinados grupos de personas, quienes simultáneamente han de tener necesidades particulares de integración social y laboral. A tenor de tal concepto se

³ Sentencia del TC de 26 de mayo de 2008 (EDJ 2008/81707).

entiende que la incapacidad para el trabajo, no integra uno de tales supuestos de discriminación, dado que pese a que implica una contingencia características de la condición humana, no resulta específica de un grupo o colectivo de personas con una proyecciones de permanencia, como sí ocurre, a nivel de ejemplo con la incapacidad temporal derivada de situaciones vinculadas con el embarazo, el parto o la lactancia naturales que vienen a integrar una expresión de la prohibición de discriminación por razón de género. Sin embargo, tal y como veremos, esta incapacidad para el trabajo, en la actualidad sí que puede constituir un supuesto de discriminación.

2. Evolución normativa de la calificación del despido en caso de incapacidad temporal

Con anterioridad a la reforma de la Ley 11/1994 la situación de incapacidad temporal del trabajador era determinante de la nulidad de un despido. Ello se debía a que tal calificación se contenía expresamente en la Ley, en concreto en los artículos 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴. En ambos preceptos se establecía expresa y tajantemente la nulidad del despido de un contrato de trabajo suspendido, lo que, como es lógico y no podía ser de otra forma, era continuamente aplicado por los tribunales.

A través de la citada Ley 11/1994 se acotan las causas que permitían la calificación del despido como nulo, lo que se traduce en la modificación de los anteriormente mencionados artículos 55 del ET y 108 de la LPL⁵, excluyendo que en los casos de incapacidad temporal el despido sea calificado como nulo, de modo que la nulidad se va a limitar a los supuestos en los que el despido esté provocado por alguna causa de discriminación expresamente prohibida por la Constitución o por la Ley o cuando se hubiera producido una violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

⁴ El artículo 55.6 ET establecía que “el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considera nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”. En el mismo sentido el artículo 108.1 apartado e) de la LPL establecía la nulidad del despido “de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso que no se declare su procedencia”.

⁵ La redacción tanto del artículo 55.5 del ET como del artículo 108.2 de la LPL pasa a ser el siguiente: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

A partir de este momento dicha modificación legislativa es aplicada por los tribunales, los cuales, cambiando la anterior doctrina, comienzan a declarar la improcedencia de los despidos basados en incapacidad temporal del trabajador (aunque existen algunas excepciones cuando concurren determinadas circunstancias que permitan apreciar la existencia de elementos de segregación).

Un ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal supremo de 29 de enero de 2001 (EDJ 2001/1034) recurso n^o 1566/2000, que afirma que la enfermedad limitativa de la capacidad para el trabajo no se considera en sí misma un factor discriminatorio en una interpretación que permita la aplicación del artículo 14 CE, admitiendo que la razón de fondo de la extinción del contrato sea, desde una perspectiva economicista, que el mantenimiento de la relación laboral no resulte rentable para la empresa, a pesar de admitir la posibilidad de que se produzcan otro tipo de circunstancias respecto de las cuales se pueda apreciar la existencia de elementos de segregación.

Esta doctrina jurisprudencial resuelve, en definitiva, que el despido que se lleva a cabo mientras se suspende la relación laboral ha de ser calificado como improcedente, dejando a salvo la excepción de que el mismo se hubiera producido por alguna causa que mostrara una motivación discriminatoria o lesiva de algún derecho de carácter fundamental que afectara al trabajador, modificación operada por la LPL ya que en su artículo 108 se deja de incluir entre las causas justificativas del despido nulo aquella que se producía durante la suspensión del contrato de trabajo por causa de incapacidad temporal.

En este contexto normativo, la declaración de nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal pasaba por la previa acreditación de un supuesto discriminación por razón de enfermedad o bien por la acreditación de vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE.

Sin embargo, en relación con el mencionado artículo 15 CE consideran los tribunales que no cabe una objetivación de la protección constitucional a la integridad física y moral extensible a la situación de incapacidad temporal provocada por enfermedad⁶.

⁶ Sentencia del TC 220/2005 de 12 de septiembre en la que se afirma que el derecho a preservar la salud queda comprendido en el derecho a la integridad personal, sin que se considere equiparado el derecho a la salud a un derecho fundamental, toda vez que el mismo, al aparecer regulado en el artículo 43 CE carece de tal condición. La consecuencia de la falta de vulneración de un derecho de carácter fundamental conduce a la calificación del despido que se pueda producir por el motivo aducido como improcedente y no nulo. En esa misma línea interpretativa las sentencias del TSJ Madrid

Este panorama normativo y jurisprudencial cambia con la Directiva 2000/78 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.

En dicha Directiva se contempla que la enfermedad puede equipararse a la discapacidad (entendida ésta como una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁷), a partir de la cual se empieza a producir también un cambio en relación con la doctrina jurisprudencial anterior.

Antes de entrar a analizar dichos cambios en la doctrina jurisprudencial como consecuencia de la aparición de la mencionada Directiva, considero oportuno la definición y delimitación de tres conceptos fundamentales, discapacidad, enfermedad e incapacidad.

Discapacidad: habida cuenta de la limitada extensión de este artículo y con el fin de no sobrepasar la extensión del mismo, únicamente recogemos (a sabiendas de la visión incompleta que ello implica) de las múltiples existentes, tres definiciones:

La Real Academia Española la considera como la cualidad de discapacitado, entendido como “una persona que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”⁸.

De acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF)⁹ de la Organización Mundial de la Salud⁹ “discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las

de 5 de noviembre de 2007 (recurso n. 3100 /2007) y de 4 de diciembre de 2007 (recurso 2956/2007) que estiman que el despido producido frente al trabajador en situación de incapacidad temporal alcanza una correcta calificación de improcedencia si con la decisión extintiva no se afecta ni se pone en peligro grave la salud del trabajador implicado ni se impide que el mismo pueda acceder a las prestaciones sanitarias y económicas.

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2018 (EDJ 2018/569299).

⁸ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigesimotercera edición, octubre de 2014.

⁹ Dicha Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, conocida como CIF, fue aprobada el 22 de mayo de 2001 por la OMS para poder ser empleada internacionalmente (constituye una revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías -CIDDDM- que fue publicada inicialmente con carácter experimental en 1980) y pretende brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud.

limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación”. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Según el artículo 2 del RDL 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define discapacidad como: “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanente y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁰.

Enfermedad: para este concepto nos limitamos a la definición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia, como “alteración más o menos grave de la salud”¹¹ y a la definición de la OMS como “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”.

Incapacidad (laboral) que, siguiendo a la Real Academia, es la situación de enfermedad o padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la Seguridad Social.

Su regulación la podemos encontrar en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RDL 8/2015 de 30 de octubre, en cuyo artículo 193 se identifica la incapacidad permanente con “reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan la capacidad laboral”¹².

Los dos primeros (discapacidad y enfermedad) son los dos términos en los que vamos a centrar el estudio y más en concreto determinar cuándo nuestros tribunales consideran que la enfermedad como tal (entendida como alteración más o menos grave de la salud) puede constituir y se debe equiparar a la discapacidad y por lo tanto, debe ser objeto de un mayor

¹⁰ Dicho Texto Refundido integra la normativa existente en la materia e implica un cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad en base a la normativa comunitaria existente.

¹¹ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigesimotercera edición, octubre de 2014.

¹² El artículo 193.1 TRLGSS establece que “la incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

nivel de protección, en particular a la hora de determinar en base a esa equiparación, que un despido de una persona en situación de incapacidad temporal por enfermedad sea calificado como nulo y no como improcedente.

Sin embargo hemos considerado oportuno también proceder a la definición de “incapacidad” ya que tanto en la vida cotidiana como incluso en algunas sentencias, dicho término es utilizado de forma indistinta a discapacidad, considerando fundamental partir de una diferenciación conceptual de ambos términos a pesar de que no vamos a profundizar en las diferencias entre los mismos, ni en el error que constituye el uso indistinto, como sinónimos, de ambos.

La diferenciación entre ambos términos (enfermedad y discapacidad) resulta fundamental, ya que, a diferencia de la discapacidad, la enfermedad que aparece vinculada a la incapacidad laboral, no aparece protegida por la prohibición de discriminación desde la perspectiva legal o constitucional.

3. Evolución jurisprudencial. Jurisprudencia del TJUE en aplicación de la Directiva 2000/78

El cambio que ha supuesto la Directiva 2000/78 en la materia que nos ocupa tiene reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien a la luz de la misma, ha dictado diversas sentencias en las que se abre de nuevo la posibilidad de que ante un despido en el que el trabajador se encuentra de baja médica, el mismo pueda ser considerado como nulo por ser discriminatorio y no como improcedente.

Se trata en concreto de las siguientes sentencias en las que vamos a centrar nuestro análisis:

- Sentencia TJUE de 11 de junio de 2006, Asunto Chacón Navas C-13/05.
- Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, Asunto Ring y acumulados C-335/11 y 337/11.
- Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto Daouidi C-395/15.
- Sentencia TJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero C-270/16.

Dichas sentencias son la base de la interpretación que en la actualidad vienen haciendo los tribunales españoles a la hora de analizar la calificación de un despido (como nulo o improcedente) cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, es decir, cuando la enfermedad se puede considerar como discapacidad en el

sentido de la Directiva 2000/78 y por lo tanto, constituir un factor discriminatorio.

Veamos en primer lugar la evolución de la jurisprudencia comunitaria a través de las referidas sentencias:

1) Sentencia TJUE de fecha 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/2005 Chacón Navas)¹³:

Dicha sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid sobre la interpretación (en cuanto a discriminación por motivos de incapacidad) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo y con carácter subsidiario sobre la eventual prohibición de una discriminación por motivos de enfermedad.

Se trata de un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad y se plantea si el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su ámbito protector a una persona despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad.

Se contienen en la sentencia las siguientes afirmaciones:

- que la discapacidad no viene definida en la Directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).
- 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 en la vida profesional (40).
- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto de discapacidad y enfermedad (44).
- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).
- 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 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).
- 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

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de julio de 2006. Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.

de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51).

En cuanto a si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añade a los recogidos en la Directiva 2000/78 considera:

- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal (54).
- que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

Así pues, para el Tribunal Europeo se interpreta en esta sentencia que la incapacidad funcional que se asocia a una enfermedad, contemplada desde la perspectiva genérica de enfermedad no definitivamente inhabilitante, no puede quedar asimilada a la situación que padecen las personas discapacitadas, dado que, frente al carácter temporal y transitorio de la incapacidad temporal, la discapacidad muestra una situación permanente de minusvalía de carácter físico, psíquico o sensorial que precisa medidas para satisfacer las necesidades particulares asociadas al colectivo afectado y que puede suponer un obstáculo para que la persona afectada participe en la vida profesional.

2) Sentencia de fecha 11 de abril de 2013, Asuntos acumulados C- 335/11 y C- 337/11(Asunto Ring)¹⁴:

En esta sentencia se realiza una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la Decisión de 26 de noviembre de 2009¹⁵ y concreta, manteniendo el concepto de discapacidad, que deberá mantenerse a largo plazo, ratificando que la enfermedad en cuanto tal no es un motivo que venga a añadirse a aquellos en cuanto a los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013 en los asuntos acumulados C-335/11 Y C-337/11.

¹⁵ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fue aprobada por la Unión Europea mediante Decisión 2010/48, de modo que sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión. Adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidades deben poder gozar de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

En concreto, su considerando e) declara: “reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. También fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 (en vigor el 3 de mayo de 2008).

En ambos asuntos, los empleadores cuestionan que el estado de salud de las demandantes esté comprendido en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva puesto que la única incapacidad que las afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo.

El TJUE considera que el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 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. Afirma que la naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

Es decir 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.

Por el contrario, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva comunitaria.

Así pues, la enfermedad no se incluye como un nuevo factor de discriminación, pero sí adquiere la condición de discapacidad cuando limita a la persona para interactuar en condiciones de igualdad con los demás y la limitación es de larga duración. Frente al concepto de discapacidad estricto que se utiliza en la sentencia Chacón Navas, en esta sentencia posterior el concepto de discapacidad se acomoda a lo contenido en la Convención de las Naciones Unidas, incluyendo a las enfermedades de larga duración, curables o incurables, pero que generen limitación al trabajo dentro de los supuestos de discriminación prohibida por el artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/78¹⁶.

¹⁶ Artículo 2. Concepto de discriminación.

1.- A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1º.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada

3) Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el asunto C-395/15 (Asunto Daouidi)¹⁷:

Tiene por objeto de nuevo una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona.

Se trata de un despido que se reclama como nulo por considerar que la causa del mismo es la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y es discriminatorio.

En este caso se considera que el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física, en concreto se trata de un ayudante de cocina con un contrato temporal renovado que durante la prórroga de su contrato tiene un accidente de trabajo al resbalar en la cocina, lo que le provocó una dislocación del codo que debió ser tratado con enyesado. 54 días más tarde, el trabajador, estando de baja, fue despedido (la causa alegada fue no alcanzar las expectativas fijadas por la empresa al considerar que su rendimiento no fue adecuado o idóneo). En el acto del juicio oral, 6 meses más tarde, el trabajador seguía en situación de incapacidad temporal.

Para determinar si cabe considerarlo como una persona con discapacidad con arreglo a la Directiva 2000/78 e incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es duradera.

El carácter de duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él acto presuntamente discriminatorio (es decir, que en esa fecha o la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en

de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1º.

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5º para eliminar las desventajas que supone sea disposición, ese criterio o esa práctica.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 1 de diciembre de 2016, Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y otros.

cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona).

La comprobación del carácter duradero será realizada por el juzgado, ya que se trata de una apreciación de carácter fáctico, basándose en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

4) Sentencia de fecha 18 de enero de 2018 dictada en el asunto C-270/2016 (Asunto Ruiz Conejero)¹⁸:

Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca.

El supuesto planteado aquí es un despido basado en el artículo 52. d) del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto la duración de las ausencias justificadas del trabajador habían superado los límites tasados en dicho precepto, ausencias que fueron debidas a una enfermedad del sistema endocrino metabólico y una limitación de la columna vertebral que le lleva a la concesión de discapacitado con un grado de 37%.

Se reconoce que la Directiva (artículo 2.2 apartados b), i) 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 este 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.

Las sentencias del TJUE citadas han supuesto un cambio interpretativo en cuanto a la interpretación de la enfermedad y su asimilación con la discapacidad según el concepto dado de la misma en la Directiva 2000/78 y la Convención de Naciones Unidas, y la posibilidad de que esta asimilación pueda conducir a la calificación del despido de un trabajador en incapacidad temporal en despido nulo, destacando especialmente la sentencia dictada en el asunto Daoudi que es quizá la que más relevante se ha considerado llegando incluso a afirmarse que tras la misma, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal debe ser calificado como nulo, lo que, no puede ser tomado ni mucho menos como un criterio absoluto y de hecho así se viene confirmando en la práctica.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018, Asunto C-270/2016, Carlos Enrique Ruiz Conejero y Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A.

4. Influencia y aplicación de la jurisprudencia comunitaria en los tribunales españoles

Los tribunales españoles, como no podía ser de otra forma, se han hecho eco de esta jurisprudencia comunitaria. A continuación vamos a citar diversas sentencias con el fin de dar una visión sobre la casuística existente en la materia.

1) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/268651) dictada en el recurso nº 3907/2006: en esta sentencia el TS ofrece su interpretación para deslindar y no confundir los derechos asociados a la protección de la salud frente a la función protectora de máximo nivel que viene asociada a los derechos fundamentales. Para ello desvincula el derecho a la salud (integrado por los derechos prestacionales y de asistencia sanitaria asociados a la incapacidad temporal) del derecho a la integridad física y moral (protegido en el artículo 15) únicamente integrado por la “incolumidad corporal”, por el que se fija el derecho de la persona a no sufrir, en contra de su voluntad, lesiones o menoscabo corporales. De esta forma, si las facultades que se describen no sufren lesión relevante como consecuencia del acto extintivo tan solo cabría apelar a la vulneración del derecho al trabajo, fuera del marco protector de los derechos fundamentales.

2) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2014 dictada en el recurso 2344/2013: dicha sentencia toma como referencia el asunto Ring, sin embargo no ofrece criterios muy claros y son los Tribunales Superiores de Justicia los que proceden a su aplicación, ampliando por lo tanto el concepto de discapacidad contenido en la anterior sentencia en el asunto Chacón Navas y acomodándolo a la Convención de Naciones Unidas. Destacamos las siguientes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

3) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (recurso 3689/2015): admite la concurrencia de discriminación indirecta por razón de discapacidad aplicando el concepto de enfermedad equiparable a discapacidad. Se trata de una trabajadora diagnosticada de dolencia lumbar generadora de sucesivas y reiteradas bajas de escasa duración. La trabajadora está sometida a una mayor exposición al riesgo de despido pues la enfermedad que tiene

diagnosticada determina un mayor riesgo de acumular días de baja lo cual facilita alcanzar el límite legal fijado para considerar la existencia de absentismo.

4) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 17 de febrero de 2015 (EDJ 2015/49370) recurso nº 7053/2014: una trabajadora diagnosticada de una enfermedad coronaria moderada que debía evitar cargas superiores a 10 kilos. La actitud pasiva de la empresa provoca que utilice el concepto de discapacidad como elemento discriminatorio prohibido por la Directiva (art. 2.2 b) el cual resulta de aplicación en supuestos en el que entran patologías de larga duración.

5) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014: considera nulo el despido producido a los pocos días de recibir el trabajador el alta médica del proceso de incapacidad temporal por lumbalgia de tres meses de duración cuando la empresa tenía la solicitud de cambio de puesto de trabajo con informe del servicio de prevención que le calificaba como apto para el trabajo pero con limitaciones para levantar pesos superiores a los 10 kilos. Considera que se trata de una dolencia física (lumbalgia) que produce una limitación de larga duración (baja médica de 90 días y previsión que no podía seguir desempeñando las mismas tareas) y que al actuar con diversas barreras (un puesto de trabajo en el que debía levantar pesos de hasta 10 kilos) impedían la participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores de la empresa, considerando que estamos ante el concepto de discapacidad que contempla la Directiva.

6) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (EDJ2016/75321) recurso 3348/2014: por no superar la incapacidad un mes, considera que la enfermedad no acarrea una limitación que le impida el mantenimiento de su actividad laboral. Considera que entran dentro del concepto de enfermedad equiparable a la discapacidad las bajas con proyección temporal de limitación apreciable de la salud, identificables de algún modo como crónicas y que limiten la capacidad física o psíquica del trabajador para reintegrarse con normalidad en su entorno laboral, y no se incluyen las bajas de corta duración o que no conlleven efectos incapacitantes (en este caso la baja era de 10 días).

7) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2017 (EDJ 2017/208947) dictada en el recurso nº 782/2016: aplicando la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho referencia

llega a la conclusión de que el despido es procedente, no existiendo en el mismo finalidad discriminatoria alguna, en tanto en cuanto “los padecimientos pueden ser crónicos, pero no graves” y tampoco “existe una discapacidad derivada de la interacción de las dolencias de la demandante con diversas barreras”.

8) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (EDJ 2018/18546) dictada en el recurso nº 160/2016: tras afirmar expresamente que la enfermedad (sea curable o incurable) puede equipararse a la discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración, manifiesta que en este supuesto la nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación viene derivado de la concurrencia de dos requisitos:

- la situación de discapacidad del trabajador.
- la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.

Es decir, que aquí se pone énfasis en las medidas de ajuste que debe adoptar la empresa en caso de las personas con discapacidad, medidas que, deben ser razonables para no constituir una carga excesiva para los empleadores.

9) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (EDJ 2018/37534) dictada en el recurso nº 2766/2016: la actora había iniciado un proceso de incapacidad temporal con diagnóstico de trastorno depresivo grave (agotando el plazo máximo de duración). Tanto el Juzgado de lo Social de Lugo como el Tribunal Superior de Justicia declararon la nulidad del despido, al considerar que el despido por enfermedad asimilada a la discapacidad es discriminatorio y por lo tanto, nulo.

La diferencia entre la enfermedad en cuanto tal y la discapacidad 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 esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

El TS considera que la baja temporal de la demandante no se encuadra en su supuesto discriminatorio calificado como despido nulo, sino únicamente improcedente, lo que fundamenta de la siguiente forma: “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el período 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 TSJUE”.

10) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 febrero de 2018 (EDJ 2018/33608) recurso n^o 1036/2017: menciona que los supuestos que sí podrían encajar dentro de este concepto de enfermedad equiparable a discapacidad serían aquellas “bajas con proyección temporal de limitación apreciable para la salud, identificables de algún modo como crónicas y que limiten la capacidad-física o psíquica del trabajador para reintegrarse con normalidad en su entorno laboral”. También señala que la sentencia Daouidi “ha supuesto un avance relevante frente a la situación precedente en que la protección de la declaración de nulidad quedaba ceñida a los casos en que la patología implicara un factor de estigmatización directo y claro. Ahora la protección queda ampliada a los supuestos en que la incapacidad del trabajador no se muestre bien delimitada en cuanto a los plazos de su finalización o, en otro caso, cuando pueda prolongarse de forma significativa afectando a la posibilidad del trabajador de reincorporarse a su actividad laboral”.

11) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 29 de junio de 2018 (EDJ 2018/566702) recurso n^o 148/2018: no puede convertir una incapacidad temporal que duró cuatro meses en una discapacidad con la pretensión de entenderla como duradera a los efectos jurisprudenciales. Tampoco que el demandante tenga la edad de 50 años (factor edad).

12) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de abril de 2018 (EDJ 2018/509957) recurso n^o 594/2018: no considera como duradera un supuesto de una neoplasia pulmonar que provoca una incapacidad permanente total un año después y está pendiente de revisión por mejoría o agravación en el plazo de 2 años, considerando que “no existen suficientes datos médicos de los que inferir la durabilidad de la enfermedad (larga evolución) ni la afectación en el futuro, como para incluir la situación del actor en el concepto de discapacidad de la Directiva. Por ello no cabe hablar de limitación “duradera”.

13) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 4 de julio de 2018 (EDJ 2018/566192) recurso n^o 882/2018: la enfermedad del trabajador, por ser puntual y de escasa duración (duró menos de un mes) no puede constituir factor de discriminación por discapacidad de acuerdo con la Directiva.

14) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de junio 2018 (EDJ 2018/551295) recurso nº 233/2018: el actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni en el momento anterior a dictarse sentencia, llevaba tres meses y cinco días en una situación de incapacidad temporal que tenía una previsión de duración media, y en todo caso en la fecha del juicio llevaba 10 meses en IT con lo cual no había agotado el período máximo, ni existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro, por lo que no cabe identificar con la noción de discapacidad distinta de la enfermedad en cuanto tal en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE.

15) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de mayo de 2018 (EDJ 2018/511014): llega a la conclusión de nulidad del despido porque se trata de una limitación de la capacidad duradera. La trabajadora presentaba unas dolencias en ambos hombros en el momento de su despido que en absoluto presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, pudiendo prolongarse significativamente antes del eventual restablecimiento de la actora, por lo que considera que está en situación de discapacidad a efectos de la Directiva. Utiliza como fundamentación la técnica indiciaria que menciona el TJUE: “que en la fecha del despido la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

16) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 18 de enero de 2018 (EDJ 2018/27988): pone de manifiesto la doble exigencia probatoria en orden a la posibilidad de apreciar la concurrencia de la situación discriminatoria determinante de la nulidad pretendida, como es por una parte alcanzar la convicción de que concurre la situación de duradera respecto a la incapacidad del interesado, elemento de naturaleza objetiva y en segundo lugar, alcanzar la convicción de que existe una relación causal entre la situación equiparable a la discapacidad y la decisión adoptada por la empresa, elemento subjetivo que sin duda requiere la prueba de presunciones como cauce normal a la hora de establecer ese presupuesto. Aquí se tiene en cuenta para no declarar la nulidad otros datos: que la trabajadora estando de baja laboral realizase actividades que implicaban un importante esfuerzo físico (...) de naturaleza similar a los exigidos en su puesto de trabajo, como se acreditó con la prueba desplegada, actividades incompatibles con su situación de

incapacidad temporal.

17) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 mayo de 2018 (EDJ 2018/536579) recurso n^o 731/2018: afirma que el despido es nulo “toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter duradero de la limitación de la capacidad de la demandante, ya que ha padecido una enfermedad consistente en un síndrome ansioso depresivo, además secundario a motivos laborales, esto es, una dolencia en relación directa de causa-efecto con su trabajo, enfermedad que se ha prolongado 3 meses sin que a fecha del despido hubiera previsión de finalización y habiéndose ido prolongando las diversas previsiones”. La demandante continuaba en situación de IT a la fecha del juicio oral.

5. Conclusiones

Como podemos apreciar de las sentencias analizadas, si bien los tribunales españoles tienen en cuenta la normativa comunitaria y la interpretación que de la misma ha realizado el TJUE en las resoluciones mencionadas, que han supuesto un giro en la anterior interpretación, han llegado a reconocer expresamente la dificultad de la aplicación práctica de tal doctrina que, si bien en la teoría resulta sumamente clara, sin embargo, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como “duradera” y “largo plazo” provocan que la aplicación práctica resulte sumamente complicada, existiendo divergencias en los tribunales españoles y pudiendo verse afectada incluso la seguridad jurídica¹⁹.

Por ello, no se puede concluir sin más, como se ha llegado a afirmar en algunos foros, que tras la sentencia dictada en el asunto Daouidi la calificación del despido estando en situación de incapacidad temporal será calificado como nulo, puesto que en la práctica vemos que en muchos supuestos no va a provocar dicha calificación, sino únicamente la improcedencia.

Y es que dicha sentencia no fija unas bases, sino que deja a la interpretación de los tribunales nacionales el concepto de larga duración, lo que en la práctica, tal y como hemos comprobado, se viene realizando

¹⁹ La sentencia del TSJ Aragón de 9-5-2018 (EDJ 1018/511014) así lo manifiesta expresamente al afirmar: “la aplicación de la citada doctrina del TJUE resulta dificultosa porque ese Tribunal utiliza conceptos jurídicos dotados de un importante grado de indeterminación. Debido a ello, existe una importante divergencia entre los tribunales españoles a la hora de determinar cuándo una baja médica es de larga duración, causando una importante inseguridad jurídica”.

de forma dispar, de modo que una baja de tres meses puede provocar la nulidad del despido, mientras que una baja de un año no, que en algunas sentencias se tiene en cuenta la declaración de incapacidad permanente y en otras no, o el hecho de que se haya agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, que el carácter de duradero debe tenerse en cuenta en el momento en que se adoptó el supuesto acto discriminatorio, sin embargo vemos que en diversas sentencias se tiene en cuenta el estado en el momento del acto del juicio.

En definitiva, si bien nos encontramos con conceptos establecidos y aparentemente claros, en la práctica una vez más la aplicación resulta difícil, por encontrarnos ante conceptos jurídicos indeterminados que puede dar lugar a que se vulnere la seguridad jurídica.

Además de esta seguridad jurídica, desde el punto de vista práctico ello puede provocar una mayor litigiosidad en tanto en cuanto se puede considerar que en todos o prácticamente todos los supuestos de despido producidos en situación de incapacidad temporal el mismo debe ser calificado como nulo, dejando en manos del tribunal la interpretación del carácter duradero de la baja.

Sin embargo, también es posible que esta mayor litigiosidad no finalice en una sentencia judicial, sino que en fase de conciliación (extrajudicial o judicial) la empresa, ante la posibilidad de que el despido sea declarado nulo, se avenga a conciliar.

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