



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

CENTRO INTERNACIONAL DE POSTGRADO

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

“El despido por enfermedad”

Realizado por: Lucas Martínez Requena

2018

Tutor: Ignacio González del Rey Rodríguez

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
I.- INTRODUCCIÓN	5
II.- DESPIDO POR ENFERMEDAD Y SITUACIONES AFINES	7
1.-DESPIDO DISCIPLINARIO POR EMBRIAGUEZ HABITUAL Y TOXICOMANÍA.....	8
2.- DESPIDO NULO EN SITUACIONES DE EMBARAZO O MATERNIDAD	10
3.- DESPIDO OBJETIVO POR INEPTITUD O ABSENTISMO	11
4.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCAPACIDAD PERMANENTE	13
III.- EL DESPIDO POR ENFERMEDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	15
IV.- EL DESPIDO POR ENFERMEDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA	21
V.- CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE ARMONIZAR EL CRITERIO ESPAÑOL Y EUROPEO	31
VI.- BIBLIOGRAFÍA	36

ABREVIATURAS

CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 1978.

ET: ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

IT: INCAPACIDAD TEMPORAL

LGDPD: REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013 DE 29 DE NOVIEMBRE POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL

OIT: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OMS: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

TC: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TCE: TRATADO COMUNIDAD EUROPEA

TJUE: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TS: TRIBUNAL SUPREMO

TSJ: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

UE: UNIÓN EUROPEA

RESUMEN

El despido de un trabajador enfermo es una cuestión socialmente conflictiva. Pero además de contraposiciones de intereses privados, este trabajo pretende analizar la creciente conflictividad jurídica que ha acompañado a este tema en los últimos años.

Tras la oportuna aproximación conceptual que nos permita distinguir los elementos principales a los que debemos prestar mayor atención, se trata de analizar la vasta jurisprudencia que ha surgido en torno a aquellos supuestos donde el despido tiene lugar como consecuencia de la condición de enfermo del trabajador y no de una posible bajada de rendimiento en su desempeño profesional a consecuencia de ésta.

Todo ello, con objeto de mostrar la situación actual del despido por enfermedad de una forma práctica. Sin renunciar a la posibilidad de señalar algunas reflexiones de carácter anexo pero que también tienen especial incidencia en esta materia, como es el caso de la transposición defectuosa de la normativa comunitaria europea en nuestro estado y la controvertida respuesta que nuestro Tribunal Supremo ha dado a este tipo de situaciones.

ABSTRACT

The dismissal of an ill employee is a socially controversial fact. Beyond private interests, this assesment tries to show the legal conflict that has accompanied this topic in the last years.

After a conceptual approach that allows to distinguish the main elements in which we should pay more attention, it is about analyzing the huge jurisprudence about those assumptions where the dismissal takes places as a result of the worker's sick condition and not because a possible loss of capabilities in his professional performance as a consequence of the illness.

All of it, to expose the nowadays situation of the dismissal due to illness in a practical way. And in addiction, pointing some annexed reflections that have special incidence in this topic like the defective transposition of european law in our state and the controversial answer that our Supreme Court has given to this type of situations.

I.- INTRODUCCIÓN

Cuando me planteé el tema que escogería para la realización de este trabajo, fueron dos los puntos de apoyo desde los que partí.

Por un lado, quería concentrarme en una materia que se acotase al ámbito del Derecho Laboral, pues es éste por el que siento una mayor predilección en la actualidad.

Y por otro, consideraba que un trabajo que pusiese fin a unos estudios enfocados al ejercicio de la abogacía, debía guardar esas notas de novedad y presencia en la actividad jurisdiccional inherentes a esta profesión.

De esta manera, encontré en el despido por enfermedad una temática idónea para este proyecto. Se trata de una materia ampliamente discutida en los últimos años, y si bien este debate ha dado lugar a modificaciones legislativas, el aspecto protagonista en él ha sido la evolución interpretativa que los distintos tribunales de nuestra jurisdicción han desarrollado en torno o a raíz de esta actividad legislativa.

Por ofrecer brevemente una contextualización histórica, cabe decir que en la redacción del Estatuto de los Trabajadores de 1980 en su artículo 55.6, el despido en el supuesto de que el trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal, se resolvía siempre en términos de nulidad cuando no cumplía los requisitos para ser procedente. Por lo tanto, si bien esto no tachaba de nulo todos los despidos en los que el trabajador estuviese enfermo, sí que lo hacía sobre un gran número de casos de cierta gravedad. Como consecuencia de ello, la doctrina del TS era clara y poco discutida.

Respecto a lo anterior, surge un punto de inflexión con la entrada en vigor de la Ley 11/1994, 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, a raíz de la cual se producen una serie de cambios por las que se elimina la referencia expresa a la nulidad de los despidos en los supuestos de suspensión del contrato. Desde entonces, tal y como iremos observando en este trabajo, los distintos tribunales de nuestra jurisdicción se han contradicho con enorme frecuencia, generando así una enorme inseguridad jurídica. El Tribunal Supremo (TS) adoptó una postura estricta basada en negar la calificación de nulidad para este tipo de despidos, lo que fue objeto de crítica por parte de juzgados y tribunales, que en un primer momento trataron de sortear este criterio

mediante algunas argumentaciones que veremos. Y con posterioridad, se ha incorporado a esta realidad otro factor de gran trascendencia e interés, y es que desde la entrada en vigor de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se ha producido un progresivo desarrollo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el concepto de discapacidad que ha aportado novedosos e importantes argumentos a la cuestión del despido por enfermedad en España.

Partiendo de lo anterior, el objeto de este trabajo consiste en el análisis evolutivo del despido por enfermedad. En un primer momento trato de aproximarme a esta materia a través de su estudio comparado con situaciones afines, presentando sus notas comunes y características. Para observar posteriormente a través de los distintos pronunciamientos judiciales principales su evolución. Todo ello, sin desaprovechar la ocasión de observar la interacción entre los distintos tribunales nacionales y supranacionales.

Para la realización de esta labor me he apoyado fundamentalmente en dos tipos de fuentes.

Por un lado, he acudido a parte de la vasta doctrina relacionada a esta temática, lo cual me ha sido de especial interés en un comienzo para poder comprender los aspectos principales que debía tener en cuenta a la hora de desarrollar este proyecto.

Una vez superada esta fase inicial, el grueso de las fuentes ha estado constituido por la propia jurisprudencia que es objeto de estudio, así como otras sentencias y pronunciamientos judiciales complementarios. Además de algunos ensayos doctrinales de carácter más especial, que me han permitido ahondar en determinadas cuestiones más concretas. Por supuesto, todo ello acompañado de la oportuna consulta y remisión a la normativa que un trabajo de ésta naturaleza precisa.

II.- DESPIDO POR ENFERMEDAD Y SITUACIONES AFINES

La Sentencia del TS de 25 de marzo de 2013, con cita de la de 27 de mayo de 1992, habla de la inserción del trabajador asalariado en un “círculo organizativo, director y rector de otra persona que actúa como empleador o empresario”¹. En esta relación especial de donde se desprende la inherente nota de subordinación, el trabajador asalariado ocupa una posición más débil que el empresario. Sin embargo, observando la nota de ajenidad, percibimos otros intereses legítimos que esta rama del derecho ha de proteger, y es que el empleado es ajeno a los frutos pero también lo es a los riesgos económicos que de forma directa son soportados por el empresario. De tal manera, la legislación laboral protege y blinda los derechos del trabajador como parte más débil o con menos capacidad negociadora dentro de la relación laboral. Pero a su vez, también reconoce un poder y libertad de dirección al empleador, de los cuales precisa para desarrollar la actividad empresarial y afrontar los riesgos y dificultades intrínsecos a ésta.

Esta contraposición de intereses da lugar a que la regulación de determinadas situaciones dentro del ámbito laboral se convierta en un tema controvertido. Así sucede en el caso del despido por enfermedad, pero existen otros supuestos que guardan cierta semejanza y afinidad con este, y cuyo breve análisis nos son de interés, pues tratándose de situaciones que guardan similitudes entre sí, conllevan distintas consecuencias legales en lo relativo a:

La potestad de despedir, es decir, la capacidad que tiene el empresario de decidir sobre la continuidad del vínculo contractual laboral que le une al trabajador que padece una determinada limitación, podrá ser inexistente, limitada o absoluta.

Otro aspecto que servirá como referencia a la hora de comparar el despido por enfermedad con otras situaciones afines, es el relativo al “motivo” que origina tal limitación, pudiéndose catalogar causas de naturaleza semejante de manera muy diversa.

Y por otro lado, se debe tener en cuenta la calificación que legalmente merece el despido en cada uno de los supuestos que podemos observar, pudiendo hablar de despido procedente, improcedente y nulo.

1 RJ 2013/4757.

1.- DESPIDO DISCIPLINARIO POR EMBRIAGUEZ HABITUAL O TOXICOMANÍA:

Al igual que sucede en la enfermedad, el consumo excesivo y habitual de alcohol y otras sustancias nocivas, es una circunstancia que afecta directamente al rendimiento del trabajador a la hora de desempeñar su profesión. Y por lo tanto, también afecta al empresario, que ve como esa limitación de la persona empleada disminuye la productividad y buen funcionamiento de la actividad empresarial.

Realmente se trata de un supuesto muy semejante al despido por enfermedad, y más allá de las especialidades de los padecimientos originados por este tipo de conductas respecto a la idea general de enfermedad, no sería descabellado plantearse el porqué este tipo de circunstancias no es absorbido por el concepto general, hablando de trabajador enfermo en vez de trabajador alcohólico o toxicómano. Y más teniendo en cuenta, que en la actualidad no existe debate relativo a que el “alcoholismo es una enfermedad primaria y crónica, de etiología multifactorial en la que influyen factores biológicos, genéticos, educacionales, psicológicos y ambientales”².

A lo anterior, hay que sumarle el hecho consistente en que el trabajo pudiera ser considerado como un fenómeno potenciador de hábitos abusivos de consumo de sustancias nocivas, pues de acuerdo a la Encuesta sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España 2013-2014 promovida por el Ministerio de Sanidad, la población activa en el mercado laboral de aquel año se hallaba sobre el nivel de consumo de alcohol respecto al resto de población. Una diferencia que si bien es así tradicionalmente, se incrementó en 3.5 puntos respecto al año 2007³. Un dato tan revelador pudiera dar a pensar, que siendo el entorno laboral un ámbito donde se acrecienta la habitualidad de estos consumos, el tratamiento legislativo debería mostrar cierta sensibilidad con esta problemática. Tanto con el empresario como con el trabajador.

A pesar de lo anterior, el consumo excesivo de alcohol y otras drogas, recibe en materia de despido un tratamiento que dista notablemente de la enfermedad. Pues la calificación del despido

2 Díaz Moreno, H., Olmos Espinosa, R., Martínez de Hoyos, C., “Alcoholismo”, *Medicine: Programa de Formación médica continuada acreditado*, Serie 9 n.º 86, 2007, Editorial Doyma, pg. 5521.

3 Citado por Miñarro Yanini, M., en “El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: Contradicciones y propuestas de cambio”, *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 134, 2016, Editor Consejo andaluz de relaciones laborales, pg. 108.

con motivo de esta segunda causa es controvertida, y es impensable a día de hoy hablar de un despido disciplinario por enfermedad, lo que sí sucede con el alcoholismo o la toxicomanía.

La razón de esto posiblemente tenga su origen en el componente moral y en la visión reprobadora de tales adicciones, como situaciones originadas culposamente por el trabajador, ofreciendo exclusivamente un contenido disciplinario y sancionador en favor del empresario.

En la actualidad, es el artículo 54.2 f. del Estatuto de los Trabajadores (ET) el que regula el despido en caso de “embriaguez o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”. Esto se entiende como un incumplimiento por parte del trabajador del contrato laboral, permitiendo al empresario el despido del empleado. Y está muy lejos de ser una regulación normativa que sí aprecie el componente de enfermedad que este tipo de padecimientos entrañan. En palabras de Margarita Miñarro Yanini: “el precepto parte de una premisa que, además, rompe su coherencia interna: que la embriaguez y toxicomanía son “enfermedades voluntarias”⁴.

Esta visión sancionadora y garantista para los intereses del empresario se aprecia también en la jurisprudencia. Un ejemplo evidente de esto, lo podemos hallar en la Sentencia del TSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2013⁵, que señala la “repercusión negativa en el trabajo” generada a raíz de la embriaguez continuada del cocinero debido a la reducción en el rendimiento del trabajador y las “ quejas de sus compañeros, por la situación de peligro que la embriaguez venía generando” en el lugar de trabajo. En éste, al igual que en otros pronunciamientos, la realidad tutelada es la pérdida de intereses del empleador, sin profundizar en la posibilidad de que tal embriaguez tenga como origen el alcoholismo como enfermedad.

Por lo tanto, en lo que respecta a este supuesto de hecho, nos encontramos con una situación que, al igual que sucede con la enfermedad, limita el rendimiento o capacidad de trabajo del empleado por causa de padecimientos físicos o mentales, pero que, debido a la estigmatización del alcoholismo y la toxicomanía, reciben un tratamiento muy dispar en lo que respecta a la calificación del despido; en parte como consecuencia del factor de la voluntariedad que tradicionalmente se imputa a las adicciones de este tipo, y no, en principio, al resto de enfermedades.

4 Miñarro Yanini, M., “El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: Contradicciones y propuestas de cambio”, *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 134, 2016, Editor Consejo andaluz de relaciones laborales, pg. 113.

5 AS 2014\100.

2.- EL DESPIDO NULO EN SITUACIONES DE EMBARAZO O MATERNIDAD:

El despido producido “durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos” deberá ser calificado como nulo en los supuestos donde no quepa la procedencia de acuerdo al vigente artículo 55.5 a. del Estatuto de los Trabajadores. Dicha calificación de nulidad no corresponde exclusivamente en el periodo de gravidez, sino que en el propio artículo 55 se recogen otras causas de suspensión del contrato laboral vinculadas al embarazo y la maternidad en cuyo caso el despido sería declarado nulo, como pueden ser: paternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, así como, enfermedades causadas por la maternidad, parto o lactancia. Incluso, esta regulación prevé que esta protección se extienda sobre los trabajadores afectados por los anteriores supuestos cuando éstos ya se han reincorporado y el despido se produce dentro de los nueve meses posteriores al nacimiento, guarda o acogimiento del hijo menor. Cabe matizar que la regulación anterior opera en aquellos casos donde el despido no se debe a otra causa distinta a la maternidad, para la cual este prevista la procedencia.

Centrándonos en el supuesto concreto de la maternidad, se trata de un mecanismo de protección para aquellas mujeres embarazadas en lo que respecta a sus derechos profesionales.

Este blindaje legal fue desarrollado a través de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC). En la Sentencia de 4 de julio de 2005⁶ dice que “La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”. De aquí se desprende el primer factor diferenciador entre el despido por embarazo y el despido por enfermedad. A pesar de tratarse de situaciones donde una limitación física impide el normal desarrollo de la actividad profesional del trabajador como sucede en las situaciones de enfermedad, en el caso de la mujer embarazada también existe la necesidad de reforzar la protección en virtud de evitar un trato discriminatorio por razón de sexo (artículo 14 C.E.).

Analizando los diversos pronunciamientos del TC en esta materia se observa un criterio que ensalza la necesidad de proteger a la trabajadora frente a los intereses productivos de la empresa. Y fundamentalmente, la cuestión más litigiosa en este ámbito ha sido determinar si era necesario que el empresario conociese el embarazo de la trabajadora a la hora de efectuar el despido. En palabras del profesor Fernando Elorza Guerrero el alto tribunal declaró despido nulo

6 STC nº 182/2005 de 4 julio. BOE nº 186, de 5 de agosto de 2005, páginas 44 a 54.

“no sólo cuando se probaba el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de dichas trabajadoras, sino también cuando se podía considerar que el mismo era probable”⁷. Un ejemplo de ésto es la Sentencia de 30 de enero de 2003⁸ en la que a pesar de no demostrarse que la empresa tuviese conocimiento del embarazo, el hecho de que muchos compañeros lo supiesen y que el despido tuvo lugar en un momento cercano a esta publicidad, dio lugar a declararlo nulo.

Sin embargo, la Sentencia TC de 21 de julio de 2008⁹ ha sido el pronunciamiento que ha sido más remodelador, y no sólo ha acrecentado la diferencia entre el trato jurídico dado al despido por enfermedad y aquel dado al despido por embarazo, pues como ya sabemos el primero no goza de la calificación de nulidad como sí sucede con el segundo; sino que dentro de las causas que dan lugar a la declaración de despido nulo, ha blindado especialmente el supuesto de la maternidad al otorgarle la condición de “despido nulo objetivo”. En palabras del propio tribunal corresponde una “interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”. Y se justifica tal blindaje jurídico en base no sólo al artículo 14 CE, sino también en virtud del derecho a la “intimidad personal y familiar”, y otros fines constitucionales como la “salud y seguridad”.

3.- DESPIDO OBJETIVO POR INEPTITUD O ABSENTISMO:

Otros supuestos de despidos que guardan estrecha relación con el despido por enfermedad son aquellos que constituyen las denominadas causas objetivas y, en particular, las causas atinentes al trabajador, y que, de acuerdo al artículo 52 ET, permiten al empresario extinguir el contrato laboral en los caso de absentismo e ineptitud.

Se trata de una categoría dentro de las causas de despido que tradicionalmente ha sido alegada por parte del empresariado ante los tribunales como justificación de despidos donde concurrían situaciones de Incapacidad Temporal en el trabajador. Cabe destacar especialmente el

7 Elorza Guerrero, f., “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 98, 2009, Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pg. 242.

8 STC nº 17/2003 de 30 enero. BOE nº 55, de 5 de marzo de 2003, páginas 33 a 42.

9 STC nº 92/2008 de 21 julio. BOE nº 200, de 19 de agosto de 2008, páginas 63 a 71.

absentismo y la ineptitud. Ésto se debe a la necesidad de justificar el despido de acuerdo con el principio de causalidad establecido en el Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador o en el artículo 49 y ss. de nuestro actual ET, es decir, el despido debe responder a un motivo válido. Siguiendo esta línea, Silvia Fernández Martínez explica que en el caso de un trabajador limitado en su desempeño profesional por el padecimiento que sufre “al no concurrir culpa en el mismo, el despido sólo podrá realizarse a través de la modalidad basada en las circunstancias personales apreciables de manera objetiva¹⁰, es decir, la categoría de causas objetivas.

En lo que respecta al absentismo, la situación se encuentra bastante tasada con objeto de evitar situaciones injustas para el trabajador enfermo. Pues se excluye del cómputo de faltas aquellos días cuya ausencia sea provocada por accidente laboral, enfermedades relativas a la maternidad o lactancia, e incluso enfermedad no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

Verdaderamente, las situaciones en las que el trabajador enfermo es más vulnerable respecto a este tipo de despido, son aquellas enfermedades comunes e intermitentes, pues de acuerdo con el artículo 52.d) del ET, estos días computaran aunque se trate de faltas “aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles”, criterio que por otra parte el TS ha plasmado en su Sentencia de 7 de mayo de 2015¹¹. La dificultad de dirimir aquellas situaciones en las que el uso de las faltas por enfermedad común intermitente son fraudulentas da lugar a este criterio que puede ser explicado como una regulación que pretende, sin más, penalizar a aquellos trabajadores que sean menos productivos.

Por otro lado, también existe el supuesto en el que el empresario alegue la ineptitud del trabajador como causa de despido. En lo que a los intereses de este trabajo respecta, basta con aclarar que el TS¹² ha venido exigiendo como requisito para entender que este tipo de despido es procedente que la enfermedad crónica repercuta en el rendimiento normal del trabajador, dando lugar a una aptitud inferior a la media a la hora de desarrollar gran parte o todas las tareas que le corresponden de acuerdo a su puesto de trabajo, pues “al haberse perdido la habilidad para

10 Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 3 n.º 1, 2015, Editorial ADAPT UNIVERSITY PRESS, pg. 11.

11 RJ 2015\2238.

12 STS de 7 mayo de 2015 (RJ 2015\2238).

desempeñar la prestación pactada, desaparece también la obligación para el empresario de mantener la relación laboral”¹³.

Esta evolución alcanza su fase más reciente con la sentencia del TS de 22 de febrero de 2018,¹⁴ que fija las condiciones para entender que cabe la procedencia de la extinción de la relación laboral, haciendo especial hincapié en evitar conductas discriminatorias y salvaguardar el otro interés latente en estas situaciones, aquel referido a la productividad empresarial. Sin embargo, esta cuestión adelanta asuntos que son más convenientes posponer para posteriores apartados.

4.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCAPACIDAD PERMANENTE:

Por último, existe otra situación limítrofe con el despido del trabajador por enfermedad, la Incapacidad Permanente. Se trata de un supuesto que debido a la mayor protección que se le ha reconocido al incapaz permanente, y a la forma más clara con la que éste ha sido hecho, no ha generado tanta controversia ni disparidad de criterios entre los distintos juzgados y tribunales. Esto se debe fundamentalmente a la forma tan distinta en la que la transposición de la Directiva comunitaria 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ha afectado a ambas situaciones.

Esta Directiva establece en su artículo primero como objeto de la norma “un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. A raíz de esto, la interpretación literal de esta norma comunitaria realizada por las últimas instancias de justicia españolas ha dado lugar a que mientras en el caso de la Incapacidad Permanente no se dudase en incluirla como un supuesto contenido en el ámbito de la Directiva, pues como sabemos este tipo de situaciones está asemejada a un grado de discapacidad igual o mayor al 33%¹⁵; en el caso de la enfermedad, la inclusión de ésta como supuesto alcanzado por la directiva ha sido puesto casi siempre en duda

13 Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 3 n.º 1, 2015, Editorial ADAPT UNIVERSITY PRESS, pg. 15.

14 RJ 2018\913.

15 Con base en el artículo 4 del RD Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

por los tribunales. En su momento, tal exclusión fue reafirmada por el TS a partir de su sentencia de 22 de enero de 2008¹⁶ que razonaba: “ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables”.

Este trato dispar obedece a la forma tan distinta en la que estas dos materias han sido reguladas en la legislación. Lo cual procede achacar a unas diferencias claras entre la enfermedad y la Incapacidad permanente. Por un lado, cabe decir que mientras la primera es la causa, la segunda es la consecuencia; y por lo tanto, la Incapacidad Permanente ofrece unas notas de estabilidad y certeza que facilitan el conocimiento del estado del trabajador. Todo ello avalado por el oportuno informe favorable del INSS o correspondiente pronunciamiento judicial estimatorio. Y en segundo lugar nos encontramos con un elemento trascendental y, que a pesar de la afinidad de estos dos conceptos, sitúa sus correspondientes supuestos en planos muy diferentes. Y es que, mientras la causa de la enfermedad es una realidad protagonista en la jurisdicción laboral, en el caso de los supuestos de incapacidad permanente corresponde hablar del ámbito relativo a la Seguridad Social. Lo que entre otros aspectos, supone dejar a un lado la lógica de intereses de particulares enfrentados, como sí sucede en el caso de despidos por enfermedad que afectan tanto al trabajador como al empresario. En el caso de la Incapacidad permanente, se produce la extinción del contrato sin que el empresario deba afrontar indemnización alguna en favor del trabajador incapaz.

16 RJ 2008\1621.

III.- EL DESPIDO POR ENFERMEDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tal y como avanzábamos en la introducción, a partir de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se produce un cambio sustancial cuando la legislación deja de contemplar la calificación de nulidad para aquellos despidos que se producen durante la suspensión del contrato. A raíz de esto, la nueva redacción del artículo 55.5 E.T. pasó a concebir la nulidad del despido en aquellas situaciones en las que supusiese la contradicción de un derecho fundamental, como es el caso de un trato discriminatorio prohibido en la Constitución o la ley. Tal situación ponía fin a un criterio consolidado, cuya aplicación automática aportaba enorme seguridad jurídica. Hasta entonces, los pronunciamientos jurídicos eran meras remisiones a la ley: “el despido deberá calificarse nulo, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 3, párr. 2.º del art. 55, estando obligada la empresa demandada a readmitirle en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir(...)”, tal y como decía el TS en su sentencia de 27 de junio de 1983¹⁷.

Sin embargo, desde el cambio legislativo se ha podido observar una creciente inseguridad jurídica debido a la diversidad de criterios razonados en las distintas instancias judiciales nacionales. Tales contradicciones, nos permiten observar la postura adoptada en la jurisprudencia del TS y, a su vez, plantearnos una serie de posibles críticas con base en ciertos pronunciamientos de tribunales autonómicos que pretendieron continuar declarando el despido nulo para estos supuestos. No obstante dicha calificación ya no estaba basada en la posible inexistencia de causa real de despido como sucedía hasta la modificación normativa, sino que estos pronunciamientos justificaban la declaración de nulidad en base a una posible vulneración de derechos de la persona.

El TS mediante su sentencia de 29 de enero de 2001¹⁸ tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión una vez que la ya mencionada Directiva 78/2000 había visto la luz, estableciendo el criterio según el cual considera que la enfermedad no puede ser entendida como una razón de despido por sí misma, pero debido a que no está tasada en la directiva ni en la Constitución Española como un factor discriminatorio, la oportuna calificación de tal despido es la de improcedente.

17 RJ 1983\3050.

18 RJ 2001\2069.7

A esta conclusión, el Tribunal llegó tras recurrir a la doctrina anterior de la propia sala¹⁹, por la cual la calificación de improcedencia es la oportuna para aquellos casos en los que la causa alegada por el empresario no queda acreditada y no se trate de ninguno de los supuestos de discriminación, vulneración de derechos fundamentales u otros recogidos en el artículo 108.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, como por ejemplo el relativo a las situaciones de maternidad o lactancia. Pues partiendo de este razonamiento, el TS dijo que dicha doctrina es extensible a aquellas situaciones en las que “no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido”²⁰, por ejemplo, en el caso de la enfermedad.

Ante este primer razonamiento, es posible cuestionarse si verdaderamente la exclusión realizada por el TS de la situación de enfermedad del artículo 14 CE es correcta, pues cabe recordar que el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación se cristaliza en un supuesto que más allá de una serie de causas de discriminación tasadas, contiene un cajón de sastre que dice “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Esto invita a plantearse si el despido de un trabajador enfermo no pudiera encajar en esa cláusula, entendiendo que la condición de trabajador enfermo es el verdadero motivo que da lugar a la extinción del contrato laboral. En este sentido, argumentaba el TSJ de Cataluña en su sentencia de 28 de febrero de 2000²¹ que, en el supuesto de un trabajador minusválido que fue despedido por causar varias Incapacidades Temporales (IT), se trataba de “una conducta que puede suponer una discriminación en atención a las condiciones personales del trabajador”. Este tribunal entendió que a pesar de existir motivaciones económicas por parte de la empresa a la hora de plantear el despido, este tenía exclusivamente como motivo originario esa condición personal que afectaba al trabajador, y por lo tanto, era discriminatorio. Por otra parte, negaba la posibilidad de hablar de un despido por ineptitud, al considerar que el trabajador no era incapaz de realizar su profesión, sino que, debido a su estado de salud, precisaba ausentarse de la actividad laboral durante algunos periodos.

Este pronunciamiento no es una excepción, pues dicha argumentación ha sido reiterada. Sin ir más lejos, el mismo Tribunal Superior de Justicia catalán recurrió a este planteamiento en más ocasiones. Por ejemplo, en su sentencia de 12 de julio de 2006²² volvió a declarar como nulo el despido de un grupo de trabajadores enfermos de una empresa, entendiendo que esta “había

19 STS de 30 diciembre de 1997. (RJ 1998\447)

20 STS de 29 enero de 2001. (RJ 2001\2069).

21 AS 2000\1230.

22 AS 2007\744.

superado los límites marcados por dichos matices pudiéndose y debiéndose perfilar por ello como una auténtica decisión discriminatoria”, catalogando así los despidos como un acto de segregación.

Si bien es cierto que la causa de tal declaración es la alegada en el caso anterior, en este caso la circunstancia consistente en que se trataba de un despido multitudinario que sólo afectaba a los trabajadores que padecían ciertos problemas de salud, sugiere que tal argumento pudiera cobrar especial sentido en este caso, pues al producirse a modo de fenómeno grupal, se hace más evidente el carácter estigmatizador y segregador que pudiera existir en ese despido

Frente a esta primera posible crítica, siendo la de mayor envergadura, el TS se ha pronunciado en contra de forma reiterada. Para lo cual, por otra parte, se ha visto favorecido por una doctrina del Tribunal Constitucional que favorece esta postura. Es así, que para la negación a reconocer la enfermedad como una causa de discriminación del artículo 14 CE, el TS recurrió a la doctrina expuesta por el TC²³, por la cual se distingue dentro del citado artículo constitucional dos prescripciones distintas:

Por un lado, la relativa al principio de “igualdad ante la ley y aplicación de la ley por los poderes públicos”, es decir, aquella que atañe al individuo en el ámbito de las relaciones administrativas públicas. Y por otro lado, la “prohibición de discriminación”, que es la conducente a evitar aquellos tratos discriminatorios más graves que pudieran darse en cualquier ámbito, también el de las relaciones privadas.

En este marco, el TS expresa que “la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”²⁴, negando así la posibilidad de encajar la enfermedad dentro del artículo 14 CE.

El propio TC mostró de forma expresa su asentimiento a tal reflexión. Quizás el ejemplo más claro sea la STC de 26 de mayo de 2008²⁵, en la cual el alto tribunal afirma que “difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el artículo 14”, refiriéndose a la enfermedad.

23 STC nº 34/1984 de 9 marzo, BOE nº 80, de 3 de abril de 1984.

24 STS nº 366/2016 de 3 de mayo. (RJ 2016\2152)

25 STC nº 62/2008 de 26 mayo, BOE nº 154, de 26 de junio de 2008.

En este tipo de casos, como sucede en la sentencia de 2001, se puede observar como el Tribunal Supremo no considera que el móvil que lleva a la empresa a decidir unilateralmente la extinción de los contratos es el basado en un rechazo hacia la condición de “enfermo”, sino la pretensión de evitar las pérdidas económicas que pudieran producirse a consecuencia de una disminución del rendimiento laboral de ese grupo de trabajadores debido a una causa que la legislación vigente no señala como motivo de discriminación.

De la misma forma que cabe plantearse si la enfermedad es causa de discriminación, también es cierto que el trabajador que la padece pudiera encontrarse en una situación más vulnerable por motivos de salud.

Por ello, otra crítica a la postura sostenida por el TS, sería la consistente en plantear hasta qué punto la conducta empresarial de despedir al trabajador enfermo no afecta a su derecho a la salud.

El primer problema que surge al plantear esta cuestión es que el derecho a la protección de la salud es un principio rector de la política social y económica que se haya ubicado en el artículo 43.1 CE. En otras palabras, no se trata de un derecho fundamental y por lo tanto, no le sería aplicable la calificación de nulidad a un despido que contraviniese tal precepto.

En la propia actividad judicial podemos hallar la forma en la que tal vicisitud se ha tratado de sortear, pues ha sido habitual observar pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, como es el caso de la sentencia del TSJ del País Vasco de 27 junio 2003²⁶, que han englobado ese derecho a la salud dentro del derecho fundamental a la integridad personal del artículo 15 CE.

Pero dicha posibilidad ha sido rechazada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

En lo que respecta al TS, la sentencia de 12 julio 2004²⁷ ha manifestado que el ejercicio del “derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones que para la incapacidad temporal previene la norma” y la acción de despido ejercida por el empresario no son excluyentes. Es decir, se sostiene que el acceso a dichas garantías sanitarias no ha sido obstaculizado por la acción empresarial, si no que esta surge con posterioridad al uso del trabajador de la asistencia sanitaria debido a una situación de pérdida de la productividad. Por lo tanto, este derecho no estaría afectado por el posterior despido.

26 AS 2003\2833.

27 RJ 2004\7075.

Esta cuestión fue en parte refrendada por el pronunciamiento del TC de 12 de septiembre de 2005²⁸, al afirmar que el derecho contenido en el artículo 15 CE “no incluye el régimen de bajas por lesión o enfermedad regulado en el Derecho Laboral y de Seguridad Social y por ello no contiene una suerte de derecho fundamental a la baja laboral”. Sin embargo, dicha aclaración es limitada, pues no se llega a extender a todas las situaciones de enfermedad, al hablar solamente de Incapacidades Temporales (IT).

A pesar de que ambos pronunciamientos son contrarios a aceptar esta vía como forma de justificar la declaración de nulidad de un despido de un trabajador enfermo, se trata de dos planteamientos que surgen de reflexiones acotadas al supuesto concepto y sus circunstancias. Por ello también cabe hacer referencia a un supuesto asociado a esta casuística pero que por tener otras particularidades ha merecido la intervención del TS en favor de los derechos contenidos en los artículos 15 y 43 CE del trabajador:

De acuerdo al artículo 24 CE, todas las personas tienen derecho a recibir una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos por parte de los jueces y tribunales, es decir, existen una serie de garantías básicas en la Administración de Justicia a las que cualquier persona tiene acceso para que le sean protegidos y restituidos aquellos derechos que le son vulnerados. Teniendo esto presente, cabe cuestionarse qué sucede en aquellas ocasiones donde los derechos que el trabajador enfermo tiene reconocidos pretenden ser bloqueados por el empresario ante la amenaza de despido.

En este caso, sí ha existido una evolución jurisprudencial por parte del TS. Ya que tal y como veíamos en la sentencia de 12 de julio de 2004²⁹, en un comienzo el tribunal disociaba totalmente el “innegado derecho a la asistencia sanitaria y demás prestaciones reconocidas para la IT” y la acción empresarial. Pues, siguiendo el mismo planteamiento que señalábamos antes, el TS también entendía que el móvil exclusivo de la empresa era el interés económico empresarial, y que no se recurría a ella con fines instrumentalistas.

El cambio de visión precisó primero de la aparición de cierta doctrina del Tribunal Constitucional, que ha razonado de forma vasta y detallada en qué supuestos sí cabría esa inclusión del derecho a la salud en el artículo 15 CE. En este sentido la sentencia de 29 de mayo de 2001³⁰ ya explicó que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud queda comprendido

28 STC nº 220/2005 de 12 de septiembre, BOE n.º 246, de 14 de octubre de 2005.

29 RJ 2004\7075.

30 STC nº 119/2001 de 29 mayo, BOE nº 137, de 08 de de junio de 2001.

en el derecho a la integridad personal. Y de acuerdo al pronunciamiento del 14 de enero de 2002³¹, esto es así siempre y cuando el daño “genere un peligro grave y cierto para la misma”.

Partiendo de esa base, el TS a través de su sentencia de 31 de enero de 2011³² desarrolla una nueva doctrina, pues desde este nuevo planteamiento le es posible observar “una amenaza de despido para forzar al trabajador a que se incorpore al trabajo” sobre un empleado de la empresa MERCADONA S.A. cuando esta compañía decide despedirle asumiendo la improcedencia de tal decisión por decidir acudir a los servicios de la Sanidad Pública (Hospital Central de Asturias) para que le fuesen tratados los padecimientos por los que causó IT, y no solamente al Servicio Médico de la empresa que sostenía el buen estado de salud del trabajador, y en consecuencia, su reincorporación a la actividad laboral.

De esta forma el TS dejaba claro que el despido sí afectaba al derecho a la salud cuando este funcionaba como amenaza sobre el trabajador enfermo para que abandonase la situación de IT o tratamiento médico y volviese a su puesto de trabajo.

De esta forma, hemos observado el criterio que el Tribunal Supremo ha sostenido sobre el despido del trabajador enfermo desde la modificación normativa de 1994, pudiendo hablar de un criterio bastante uniforme. Por ello, en términos generales podemos hablar de una postura que ofrece evidentes garantías al empresario que decide despedir al trabajador enfermo, al entender que ante la falta de una legislación que de forma clara y tasada señale esta clase de despidos como nulos, es preciso entrar a valorar las distintas circunstancias e intereses que puedan surgir en este tipo de procesos. Siguiendo este planteamiento, el TS ha traído a colación en sucesivas ocasiones el legítimo interés empresarial de actuar en base a motivos económicos para justificar sus decisiones y rechazar planteamientos y críticas que incluso, como hemos podido observar, han procedido también de otras instancias judiciales.

31 STC nº 5/2002 de 14 enero, BOE nº 34, de 08 de febrero de 2002.

32 RJ 2011\922.

IV.- EL DESPIDO POR ENFERMEDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA

Se ha producido un amplio debate a nivel comunitario sobre si se debería otorgar a la enfermedad la protección antidiscriminatoria que la Directiva 2000/78 reconoce de forma expresa a la discapacidad, sin el cual no se podría traer a colación ni comprender la actual situación del despido por enfermedad en nuestro Estado. Esta evolución se fragua mediante una serie de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuyo análisis en orden cronológico nos permitirá ver las distintas fases y aspectos que constituyen este debate, y llegar hasta una situación actualizada.

Se trata de una realidad jurídica muy reciente, cuyo inicio se sitúa el 11 de julio de 2006, cuando sale a la luz la sentencia sobre el Asunto Chacón Navas³³. Un pronunciamiento del tribunal europeo que da respuesta a la petición de decisión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid y que versaba sobre la posibilidad de hablar de “discriminación por motivos de enfermedad” dentro del contexto del marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por la Directiva 2000/78.

Básicamente el tribunal dio respuesta a esta pregunta afrontando dos cuestiones:

Por un lado, se pregunta sobre qué se ha de entender en relación al concepto de discapacidad. Para ello parte de la base de que no existe una definición compartida y aceptada de dicho concepto a nivel europeo. Y ante tal carencia, el TJUE señaló la importancia de trabajar con una “interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición”³⁴.

Por otra parte, más allá del propio concepto de discapacidad, tal y como explica acertadamente el magistrado Juan Carlos Iturri Garate, el Tribunal entiende que el hecho de que en la Directiva “se use la expresión discapacidad y no el de enfermedad es plenamente consciente, lo que hace ver que no cabe equiparar uno y otro concepto”³⁵.

33 Sentencia TJCE de 11 julio 2006. TJCE 2006\192. C-13/05, *Chacón Navas*.

34 Sentencia TJCE de 11 julio 2006. TJCE 2006\192. C-13/05, *Chacón Navas*.

35 Iturri Garate, J.C., “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º Extra 6, 2017, Editorial Wolters Kluwer, pg. 7.

Es decir, tratando de interpretar la voluntad que el legislador tenía a la hora de desarrollar el contenido de la Directiva, el Tribunal entiende que el uso de un concepto como el de la discapacidad es intencionado y excluye otros como, por ejemplo, la enfermedad.

El Tribunal continúa analizando en qué medida la Directiva protege al trabajador enfermo ante casos de despido. Sobre esto, la sentencia reza en su apartado 54 que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”³⁶, no procediendo aplicar por analogía la protección dada en la Directiva de forma exhaustiva sobre ciertos factores, a otros que son ajenos a tal listado.

A pesar de la respuesta en sentido negativo a la cuestión prejudicial, cabe dejar claro que ya entonces las posturas de los más altos tribunales españoles y el TJUE eran considerablemente distantes. Pues si bien ninguna de estas instancias equiparaba los conceptos de enfermedad y discapacidad en los términos que nos ocupan, el tribunal europeo establecía unos requisitos materiales que poco tenían ya que ver con las cuestiones administrativas que barajaba la jurisprudencia española. En palabras de la profesora Desdentado Daroca, mientras el TS sostenía que la “discapacidad es considerada como un estatus que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por indefinido” (STS 11 de diciembre de 2007), el tribunal comunitario europeo se refiere a este concepto como aquella situación en la que “la vida profesional se ve obstaculizada por un largo periodo”³⁷.

Este concepto de limitación de larga duración, ha sido tenido en cuenta por el TJUE desde los comienzos de este desarrollo jurisprudencial, marcando la separación respecto de los planteamientos defendidos por el TS y TC.

De acuerdo con el Profesor J. Escribano Gutiérrez, la sentencia sobre el Asunto Chacón Navas “contradice el proceso vislumbrado en las últimas décadas en el derecho comunitario de ir ampliando progresivamente las posibles causas de discriminación”³⁸.

No obstante, desde entonces se ha observado como el TJUE ha desarrollado esta doctrina de una forma cada vez más expansiva e inclusiva. Un ejemplo de ello es su pronunciamiento de

36 Sentencia TJCE de 11 julio 2006. TJCE 2006\192. C-13/05, *Chacón Navas*.

37 Desdentado Daroca, E., “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas Reflexiones Críticas”, *Información Laboral*, nº 3, 2017, Editorial Lex Nova, pg. 4.

38 Escribano Gutierrez, J., “Enfermedad, Discapacidad y Discriminación desde la perspectiva nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, Editorial Wolters Kluwer, pg. 93.

17 de julio de 2008, en el Asunto Coleman³⁹. Si bien es cierto que esta sentencia no altera los fundamentos de la anterior, al menos merece ser citada por tratarse de uno de los primeros casos en los que el tribunal europeo realiza una interpretación amplia de la Directiva 2000/78, en el sentido de introducir el concepto de “discriminación por transmisión”, reconociendo la protección de la directiva no sólo a los discapacitados, sino también a aquellos que por estar vinculados a los primeros sufren algún tipo de discriminación en el entorno laboral.

Sin embargo, habría que esperar unos años más para que, siguiendo esta línea progresivamente expansiva, el TJUE recuperase el debate estrictamente concerniente al asunto Chacón Navas, y estableciese una postura menos restrictiva.

Esto sucedió a raíz de la Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, en el Caso Ring⁴⁰, surgido a raíz de una cuestión prejudicial que buscaba cerciorarse sobre la interpretación de los artículos 1, 2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE en un litigio con dos casos acumulados, entre los que se encontraba el concerniente al despido de la trabajadora danesa Jette Ring, que, tras ser contratada por la sociedad de viviendas sociales Boligorganisationen Samvirke en Lyngby (Dinamarca), acaba siendo despedida a consecuencia de una serie de bajas que fue causando con motivo de un dolor lumbar de cuyos diagnósticos no se extrae una certeza plausible sobre el momento de su reincorporación al puesto de trabajo.

Es menester advertir de un elemento diferenciador entre este pronunciamiento y el anterior de 2006. Y es que, cuando el tribunal se pronuncia sobre el Caso Ring ya se había incorporado al ordenamiento comunitario la “Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, al contrario de lo que sucedía en el momento en el que el TJUE se pronunció sobre el Asunto Chacón Navas.

De acuerdo al artículo 1.2 de esta Convención, “las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Partiendo de la integración de lo anterior dentro del acervo legal europeo, el tribunal advierte que no cabe equiparar “de forma pura y simple” los conceptos enfermedad y discapacidad, siguiendo el antecedente de Chacón Navas.

39 Sentencia de 17 julio de 2008. TJCE 2008\176, C-303/06, S. *Coleman*.

40 Sentencia de 11 de abril de 2013. TJUE 2013/122, C-335/11 y C-337/11, *Ring y Skouboe Werge*.

Tras ello, reflexiona que en todo caso el concepto de discapacidad ha de referirse a situaciones a largo plazo. Algo que como habíamos observado, se podía intuir ya en la sentencia de 2006. Sin embargo, el Tribunal aclara algunas cuestiones de interés.

Por un lado, el TJUE expresa que “una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”⁴¹, es decir, basta con que exista una limitación suficiente de la capacidad del trabajador para el desempeño de su labor profesional. Asimismo, resalta la obligación del empresario de cumplir con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva, respecto a las medidas de ajustes razonables que debe tomar. Descartando la validez de cualquier normativa nacional que permita el despido basado en las bajas que un trabajador causa por motivo de una enfermedad, sin que antes el empresario haya cumplido con esta obligación. En este sentido, sí reconoce la posibilidad de que el despido causado por las bajas surgidas a raíz de la limitación de larga duración pueda ser tachado de discriminatorio, pero en todo caso habla de discriminación indirecta.

A pesar de estas reservas a reconocer una plena equiparación entre los términos de enfermedad y discapacidad, esta sentencia es de suma importancia porque sí llega a extender los efectos de la Directiva 2000/78/CE sobre las llamadas “enfermedades de larga duración”, o dicho de otra manera, sobre aquellos casos en los que el trabajador padece unas limitaciones impeditivas para la actividad laboral de larga duración, en las que se podrían encuadrar distintas situaciones de enfermedad. Esto es expresado en el punto 41 por el TJUE en los siguientes términos: “si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE”⁴².

Por lo tanto, aquella distinción que ya habíamos advertido incipientemente en el Asunto Chacón Navas respecto al criterio del TS y del TC se hace más visible con este pronunciamiento.

41 Sentencia de 11 de abril de 2013. TJUE 2013/122, C-335/11 y C-337/11, *Ring y Skouboe Werge*.

42 Sentencia de 11 de abril de 2013. TJUE 2013/122, C-335/11 y C-337/11, *Ring y Skouboe Werge*.

Pues tal y como expresa el Magistrado Iturri Garate, queda claro que se aplica la protección antidiscriminatoria independientemente de que exista o no un reconocimiento administrativo formal⁴³ al que tanta importancia se le ha otorgado en la jurisprudencia española.

Esta sentencia supuso la introducción de un marco nuevo, y fueron muchos los autores que entendieron el pronunciamiento como un cambio de doctrina por parte del TJUE respecto del criterio más restrictivo que habían mantenido en el Asunto Chacón Navas. En este sentido, Antonio V. Sempere Navarro expresa que “Estamos ante una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006 y ante una sentencia de enorme relevancia conceptual. Que la sentencia resuelva dudas relacionadas con las leyes danesas no debe llevar a engaño. Sienta un criterio de suma relevancia y de segura e inmediata traslación a nuestras relaciones laborales”⁴⁴.

Verdaderamente, esta sentencia supuso un antes y un después en lo que respecta a la materia que nos ocupa. Fueron muchos los casos en los que sirvió como fundamento para procedimientos similares.

Sin embargo, cabe hacer hincapié en que el Tribunal europeo no reconoce la posibilidad de incluir causas externas a las ya tasadas en la Directiva u otra legislación vinculante, sino que se trata de la inclusión de algunos supuestos de enfermedad dentro de un concepto tasado en la Directiva 2000/78/CE. Esto se evidencia en un pronunciamiento posterior al Caso Ring. Se trata de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto Kaltoft⁴⁵, en la que un tribunal danés plantea al TJUE si existe en el derecho comunitario un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito laboral.

El tribunal comienza por reconocer la existencia de un principio general de no discriminación que es vinculante para todos los Estados miembros. Sin embargo, inmediatamente después aclara que “ninguna disposición de los Tratados de la Unión Europea (UE) contiene una prohibición de la discriminación por motivo de obesidad como tal”⁴⁶. Y a propósito de esto, en virtud de la jurisprudencia del propio Tribunal, recuerda que nunca se ha procedido a la inclusión de causas de discriminación distintas a las que se establecen en la normativa.

43 Iturri Garate, J.C., “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º Extra 6, 2017, Editorial Wolters Kluwer, pg. 7 y ss..

44 Sempere Navarro, A.V., citado en la Sentencia n.º 339/2013 de 19 noviembre (AS 2014/960).

45 Sentencia de 18 de diciembre de 2014. TJCE 2014/367, C-354/13, *Kaltoft*.

46 Sentencia de 18 de diciembre de 2014. TJCE 2014/367, C-354/13, *Kaltoft*.

Tras haber negado esta posibilidad, el Tribunal afronta una pregunta que invita a indagar o afinar aún más el criterio de limitación de larga duración, sostenido en el Caso Ring. Pues, en una de sus preguntas prejudiciales, el tribunal danés solicitaba al TJUE que aclarase los criterios que deberían ser aplicados para dirimir si una situación de obesidad pudiera estar cubierta por la protección antidiscriminatoria de la discapacidad en el ámbito de la Directiva 2000/78/CE. Para ello, partiendo de la base del Caso Ring, el Tribunal europeo vuelve a ceñirse a la definición dada en el artículo 1.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, haciendo especial hincapié en el requisito de la limitación de larga duración. Pero señala que deberá ser el tribunal nacional el que evalúe si la limitación de un trabajador es asimilable al concepto de discapacidad dimanante de la Directiva 2000/78/CE, lo cual sucede en situaciones de “dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras pueda 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”⁴⁷.

Por lo tanto, las dos últimas sentencias muestran una evolución progresiva por parte del TJUE hacia una interpretación inclusiva y flexible del concepto de discapacidad que baraja la normativa comunitaria. Aunque por aquel entonces, y a pesar del interés por parte de los tribunales nacionales de que lo hiciese, el tribunal no aclaró ningún criterio o referencia para evaluar en qué situaciones limitadoras se podía hablar de discapacidad en estos términos.

Cabe advertir que dichos criterios novedosos no fueron asumidos por una doctrina del TS reacia a abandonar la firme postura que había manifestado ya en la Sentencia del 29 de enero de 2001. En este sentido, tal y como señala Elena Desdentado Daroca, el Tribunal Supremo “se limitó a confirmar su doctrina” y simplemente “acogió el concepto de discapacidad de la Convención de la ONU”⁴⁸ en su Sentencia del 3 de mayo de 2016⁴⁹.

Como consecuencia de este inmovilismo en nuestra jurisprudencia nacional, llega al TJUE una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, con objeto de superar una situación en la que, a pesar de lo dispuesto por el TS y el TC sobre el despido por enfermedad, realmente la normativa y la evolución jurisprudencial europea pudieran dar lugar a

47 Sentencia de 18 de diciembre de 2014. TJCE 2014/367, C-354/13, *Kaltoft*.

48 Desdentado Daroca, E., “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas Reflexiones Críticas”, *Información Laboral*, nº 3, 2017, Editorial Lex Nova, pg. 4.

49 RJ 2016\2152.

una calificación del despido distinta a la improcedencia. Este asunto es conocido como el Caso Doudi, y dio lugar a la Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016⁵⁰.

El supuesto concreto versaba sobre un trabajador que comenzó a prestar sus servicios para un restaurante con la categoría profesional de ayudante de cocina, y que tras superar el oportuno periodo de prueba, fue contratado a jornada completa.

Fue en esta situación, cuando el demandante sufrió un accidente laboral, por lo que causó baja a través del correspondiente proceso de IT, ya que tenía el codo enyesado. Trascurridas dos semanas desde la incidencia, el jefe de cocina llamó al empleado para interesarse por su estado de salud, y tras que éste le informase de que no se podría reincorporar a su puesto de trabajo inmediatamente, el jefe de cocina notificó a la empresa de que había una serie de problemas y que no funcionaba bien, en relación al desempeño del trabajador enfermo.

Como consecuencia de lo anterior, el trabajador recibió una comunicación escrita de despido disciplinario que expresaba que no había alcanzado las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa consideraba adecuado.

Una vez iniciado el procedimiento de impugnación del despido y ante la situación jurisprudencial tan compleja a la que hacíamos mención, el juzgado entendía que este tipo de despidos sobre personas que se hallan en situaciones de IT por una enfermedad o problema de salud prolongado, están íntimamente relacionados con una serie de derechos fundamentales, tales como: la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y salud y el acceso a las prestaciones de la seguridad social. Y por lo tanto, razonaba que “calificar con la simple improcedencia, con la mínima indemnización que ello comporta, este tipo de despidos- con la expuesta afectación de derechos fundamentales y/o sociales- resultaba difícilmente comprensible con los valores universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad”⁵¹.

Por ello planteó varias cuestiones prejudiciales, de las que cabe destacar la siguiente:

“¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” -como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78- la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado

50 Sentencia de 1 de diciembre de 2016. TJCE 2016/308, C-395/15, *Daouidi*.

51 Agustí Maragall, J., “El caso Daouidi: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 6, 2017. , Editorial Wolters Kluwer, pg. 5.

profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta- por causa de un accidente laboral?”⁵².

Esta cuestión ha dado lugar a un pronunciamiento del TJUE importante a nivel comunitario, pues ofrece una visión más amplia del concepto de discapacidad que aquella que ya se venía perfilando en asuntos anteriores como el Caso Ring. Y especialmente, es trascendente para España al haber sido uno de sus tribunales el promotor de tal pronunciamiento ante una situación nacional que se pudiera catalogar de estancada.

Como acostumbró a hacer en sentencias anteriores, el Tribunal europeo comienza por establecer en el fundamento 45 cuáles son las situaciones que el término discapacidad empleado en la Directiva 2000/78/CE engloba, pero esta vez con un mayor grado de precisión. Dice: “Si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”⁵³.

Partiendo de esta base, el TJUE plantea el análisis del supuesto concreto como la comprobación de los dos elementos integrantes a tal definición. Por un lado, comprobar la existencia de una limitación de tales características. Y en segundo lugar, el Tribunal habla de la necesidad de plantearse si esa limitación de su capacidad es duradera, tratando así el elemento temporal como un segundo requisito imprescindible para completar la definición.

Sin embargo, la importancia de este pronunciamiento no se debe exclusivamente al hecho de que detalla en mayor medida qué ha de entenderse por discapacidad en los términos de la Directiva 2000/78/CE. Puesto que además, el TJUE aprovecha para aclarar que la terminología y normativa de los Estados miembros no puede ser un elemento modificador a la hora de transponer la normativa europea. Y por lo tanto, independientemente de que la situación del Sr. Daouidi revistiese la condición de Incapacidad Temporal, la calificación de “temporal” no deja de ser un concepto empleado en el Derecho español, que no necesariamente ha de coincidir con los parámetros de durabilidad que la legislación comunitaria baraja en sus normativas, entre las que se encuentra la Directiva 2000/78/CE.

52 Agustí Maragall, J., “El caso Daouidi: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 6, 2017. , Editorial Wolters Kluwer, pg. 5.

53 Sentencia de 1 de diciembre de 2016. TJCE 2016/308, C-395/15, *Daouidi*.

De esta forma, la principal argumentación sostenida por el TS y refrendada por el TC deja de tener validez, pues aludía a la imposibilidad de poder señalar un trato discriminatorio en los despidos de los trabajadores que causan IT como consecuencia de una enfermedad prolongada debido a que el concepto funcional de enfermedad no aparecía reflejado en las causas de discriminación de la Directiva ni en la Constitución, esto es negado por el TJUE, que explica en su apartado 59 que de emplear ese criterio “se excluye la consideración automática de “duradera” toda limitación de capacidad de un interesado que se encuentre en situación de IT según el derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, por este mero hecho”⁵⁴. Es decir, la connotación temporal del la IT que se da en la terminología nacional no puede excluir la condición de duradera a la que se refiere el TJUE a la hora de interpretar el derecho comunitario.

En palabras del Profesor Rodríguez Cardo, esto da lugar a hablar de una doctrina novedosa al precisar que “a efectos de la consideración de una dolencia como discapacidad no es determinante que el derecho nacional articule la protección a través de la incapacidad temporal, sino que debe valorarse si esa dolencia puede calificarse como duradera”⁵⁵.

El TJUE no llega a decidir sobre el caso concreto ni a dar un criterio exacto, pero ofrece algunas pautas que deberán ser tenidas en cuenta por el tribunal remitente, y que se pueden resumir en considerar si:

- En la fecha del hecho supuestamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización.
- Dicha Incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento del trabajador.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal europeo afirma que “corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter duradero, ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico”⁵⁶.

Esta postura ha sido reiterada en asuntos posteriores, como por ejemplo en la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, en la que, de nuevo, un tribunal español planteó una cuestión

54 Sentencia de 1 de diciembre de 2016. TJCE 2016/308, C-395/15, *Daouidi*.

55 Rodríguez Cardo, I.A., “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”, *La Ley Unión Europea* Editorial, nº43, 2016, Wolters Kluwer, pg. 4.

56 Sentencia de 1 de diciembre de 2016. TJCE 2016/308, C-395/15, *Daouidi*.

prejudicial referida a un tema al que ya se ha hecho mención. En este asunto, conocido como Ruiz Conejero⁵⁷, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cuenca se cuestionaba si la causa de despido objetiva basada en faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, contenida en el artículo 52.d del ET, es contraria a la prohibición antidiscriminatoria por discapacidad de la Directiva 2000/78/CE, si el motivo de esas faltas de asistencia era una discapacidad.

En este caso el TJUE no percibió un trato discriminatorio en este sentido, pues, este precepto opera “de manera idéntica en las personas con discapacidad y en las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En estas circunstancias, no cabe considerar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad”⁵⁸. Y más adelante razona que “combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima”⁵⁹ para la cual los Estados miembros tienen reconocido un amplio margen de apreciación y maniobra. Por lo que, en todo caso, el quebrantamiento de la Directiva 2000/78/CE por parte de este precepto del Derecho español se producirá sólo si los medios para perseguir tal fin se exceden de lo necesario, y a pesar de aportar una serie de indicaciones, acaba por remitir dicha tarea al tribunal remitente.

57 Sentencia de 18 de enero de 2018. TJCE 2018/3, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

58 Sentencia de 18 de enero de 2018. TJCE 2018/3, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

59 Sentencia de 18 de enero de 2018. TJCE 2018/3, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

V.- CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE ARMONIZAR EL CRITERIO ESPAÑOL Y EUROPEO

A través de estos pronunciamientos del TJUE hemos podido observar una línea evolutiva que progresivamente ha ido adoptando una postura más inclusiva y amplia, al contrario que ha sucedido en la jurisprudencia española, donde el TS ha defendido una postura uniforme y poco cambiante desde la modificación de la normativa de 1994, apoyado por la doctrina del TC.

Siendo conscientes de tales contradicciones entre la jurisprudencia comunitaria y la nacional, cabe plantear una serie de reflexiones.

Considero que la disparidad de las posturas defendidas por el TS y por el TJUE es insostenible. El ciudadano español es ciudadano de uno de los Estados Miembros de la Unión Europea, y por lo tanto, no puede hallarse en situaciones donde su condición nacional limite el contenido de alguno de los derechos comunitarios que le han sido reconocidos. Pues de ser así, cabría hablar de un proceso de transposición de la normativa comunitaria imperfecto e ineficiente que produciría inseguridad jurídica.

Las Directivas son normas-resultado promovidas por las instituciones de la UE para ejercer sus competencias, y de acuerdo al artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), obligan a los Estados Miembros a lograr los objetivos señalados por estas, teniendo libertad para elegir la forma en la que conseguirlo.

En este caso concreto nos encontramos con un concepto integrado en la Directiva 2000/78/CE (discapacidad), que, si bien también forma parte del ordenamiento jurídico español, ha sufrido la progresiva evolución que hemos observado mediante una serie de pronunciamientos del TJUE y sus interpretaciones. Esta ampliación del concepto a nivel comunitario no ha sido acompañada por la necesaria modificación legislativa o jurisprudencial española.

Sobre la posibilidad de llevar a cabo cambios legislativos, cabe advertir de la diversidad de opciones que pudieran surgir.

Existen ejemplos, como los indicados por Silvia Fernández Martínez: el artículo 45 del Code du Travail francés o el Equality Act inglés⁶⁰, en los que el despido basado en enfermedad se considera discriminatorio e ilegal. Esta opción, transpuesta al Ordenamiento Jurídico español consistiría en declarar como nulo todo aquel despido cuyo origen es la enfermedad del trabajador. En este sentido, de forma total o parcial, se han pronunciado algunos especialistas como Juan Carlos Iturri Garate⁶¹, que aboga por la calificación de nulidad para todos aquellos despidos que se produzcan en situación de IT. Sin embargo, otros como Silvia Fernández Martínez⁶², creen que la imposición de una obligación absoluta al empresario de mantener al trabajador enfermo iría en contra del Derecho a la libertad de empresa, entendiéndose que lo más oportuno sería la potenciación de políticas activas de empleo que ayudasen a los trabajadores que padecen una enfermedad a encontrar empleos aptos para sus capacidades.

En mi opinión, entiendo que el desajuste entre el criterio comunitario y el español no exige una actividad legislativa inspirada y novedosa, sino que requiere la creación normativa suficiente para incluir dentro del correspondiente marco de protección antidiscriminatoria en el ámbito laboral aquellos nuevos supuestos que el TJUE ha reflexionado que también pudieran formar parte del concepto de discapacidad manejado por la Directiva 2000/78. En otras palabras, integrar dentro de nuestro ordenamiento el concepto de “enfermedad de larga duración” y las notas de éste que se han ido perfilando a través de pronunciamientos como los correspondientes al Caso Ring o Caso Daouidi.

Si dicha protección se llega a extender de forma más amplia sobre otras situaciones asimilables, es una cuestión política más que jurídica. Y sobre ésta, solamente puedo hacer mías las palabras empleadas por el Juzgado n.º33 de Barcelona en su auto mediante el que planteaban su cuestión prejudicial en el Caso Daouidi, cuando explicaba que este tipo de despidos afectan a una serie de derechos fundamentales y sociales. Por lo que entiendo necesario elevar este asunto a algo más que un debate sobre intereses económicos privados contrapuestos, sino que de lugar a una asunción por parte del empresariado de competencias que corresponden al Sistema Nacional de Seguridad Social. Es decir, considero que dicho debate debería tener como frontera aquellas situaciones en las cuales el motivo del despido no es la enfermedad, sino una importante bajada del rendimiento del trabajador como consecuencia de ésta. Todo ello, sin perjuicio de todas

60 Ejemplos citados por Silvia Fernández Martínez en “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 3 n.º 1, 2015, Editorial ADAPT UNIVERSITY PRESS.

61 Iturri Garate, J.C., “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º Extra 6, 2017, Editorial Wolters Kluwer, pg. 20.

62 Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 3 n.º 1, 2015, Editorial ADAPT UNIVERSITY PRESS, pg. 16.

aquellas obligaciones sobre ajuste razonable del puesto de trabajo de la persona discapacitada que en primer lugar el empleador ha de afrontar, dando lugar a la discusión sobre la necesidad de una reinterpretación del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, sobre empleo selectivo más inclusiva con estas nuevas situaciones de discapacidad que hemos visto en el trabajo.

Esta inacción del poder legislativo ha complicado la actividad del TS a la hora de pronunciarse sobre un tema en el que la normativa europea y la española tienen enfoques distintos, pues la primera no parte de los planteamientos administrativos que imperan en la segunda. Algo totalmente erróneo, teniendo en cuenta que las Directivas son normas-resultado promovidas por las instituciones de la UE para ejercer sus competencias, y de acuerdo al artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), obligan a los Estados Miembros a lograr los objetivos señalados por éstas.

Sin embargo, también considero errónea la actitud del tribunal español.

Es cierto que la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, supuso un cambio drástico en la regulación del despido por enfermedad, y que la calificación de nulidad automática, que previamente a esta norma existía, facilitaba enormemente la toma de decisiones en los pronunciamientos judiciales. Por lo que es de entender la solidez con la que el TS adoptó el nuevo criterio reflejado en sentencias como la de 29 de enero de 2001, y más teniendo en cuenta la discordia que esta temática generaba entre los distintos tribunales e instancias españolas.

Sin embargo, desde mi punto de vista esta solidez se convirtió en intransigente rigidez cuando el TJUE comenzó a introducir planteamientos en la cuestión referida al despido por enfermedad y el TS ignoró esta evolución. Y no me refiero solamente a la evidente falta de permeabilidad que nuestro tribunal de última instancia demostró en su sentencia de 3 de mayo de 2016⁶³, cuando ya habían tenido lugar importantes novedades a través de la sentencia sobre el caso Ring. Si no que desde mi punto de vista, el TS debió prestar más atención a aquellos criterios que eran palpables desde el asunto Chacón Navas. Pues a pesar de que el fallo del TJUE en esta ocasión era semejante al criterio de la doctrina del TS, sus fundamentos ya eran muy distintos.

Cabe advertir que esta discordancia consciente del alto tribunal, viene en parte auspiciada por una interpretación restrictiva sobre la eficacia de las directivas en aquellos casos que, como en el presente, su transposición a la normativa nacional es deficiente y que se ha visibilizado a

63 RJ 2016\2152.

través de una jurisprudencia reciente con la que el TS ha dado eco a este planteamiento. En este sentido, cabría citar dos pronunciamientos:

Por un lado, el referido al Recurso de Casación del 8 de junio de 2016⁶⁴. Y por otro lado, el Recurso de Casación del 17 de octubre de 2016⁶⁵. Mediante los cuales el TS razona que en el caso del Derecho Derivado de la Unión Europea el “efecto directo” tiene un carácter mucho más restrictivo al que corresponde al Derecho Originario, especialmente en el caso de las Directivas. Pues, en todo caso y para salvaguardar algunos derechos de los particulares, se les reconoce el “Efecto Directo Vertical” cuando el contenido de la directiva sea incondicional y suficientemente claro. Es decir, el Tribunal Supremo descarta que para este tipo de situaciones un particular pueda hacer valer ante un tribunal nacional un derecho contenido en una directiva erróneamente o deficientemente transpuesta frente a otro particular. Lo cual sucede, por ejemplo, en todas aquellas relaciones laborales donde la contratación no es pública.

Sin embargo, la existencia de estas sentencias recientes y que muestran un planteamiento que afecta a la realidad que hemos observado en este trabajo, no hacen más que refrendar una crítica necesaria a nuestro alto tribunal. Pues trayendo a colación pronunciamientos del TJUE como el referido al “Caso Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH and Co. KG”⁶⁶ está claro que que cabe hablar de “eficacia directa horizontal” de aquel derecho derivado que versa sobre Derechos o Principios fundamentales del derecho comunitario, como sucedía en este asunto relativo a la antidiscriminación por cuestiones de edad o como sucede en el caso de la Directiva 78/2000 que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad en el entorno laboral. Es difícilmente sostenible la pretendida postura del TS, pues si tanto edad como discapacidad son causas tasadas en el artículo 21 de la carta de Derechos fundamentales, que versa sobre la antidiscriminación, no sería comprensible que en un caso se hablase de eficacia directa plena y en otro no.

Por lo tanto, considero que el TS debió proceder a una interpretación fiel a la evolución jurisprudencial del TJUE que hemos observado sobre aquellos supuestos de despido por enfermedad, al tratarse de una materia donde existía normativa comunitaria aplicable y sobre la cual el Tribunal europeo se pronunció de forma clara en aquellas matizaciones y razonamientos que ha ido planteando.

64 STS de 8 de junio de 2016 (RJ 207/2015).

65 STS de 17 de octubre de 2016 (RJ 36/2016).

66 Sentencia de 19 enero 2010. TJCE 2010\3, C-555/07, *Küçükdeveci*.

De acuerdo a todo lo anterior, quiero finalizar estas conclusiones incidiendo sobre dos ideas:

Por una parte, considero imprescindible que se realice un mayor esfuerzo a la hora de integrar la normativa comunitaria europea en el derecho nacional. Y concretamente, entiendo de vital importancia, la idea señalada por el TJUE en su sentencia sobre el caso Daouidi en la que reflexiona que los conceptos de la normativa comunitaria deben ser interpretados de forma autónoma y uniforme, y no alterados por interpretaciones particulares cuyo origen es el derecho de los Estados miembros. No es posible alcanzar una seguridad jurídica total si la transposición de la normativa europea se realiza de forma incompleta en términos materiales o de contenido.

Y por otra parte, quisiera destacar la necesidad de proteger especialmente aquellas materias que afectan a valores indivisibles y universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad, como considero que sucede en el caso del despido por enfermedad. Aunque esto suponga reemplazar ciertos aspectos de interés económico a un segundo plano. En relación a esto, me gustaría terminar cediendo las últimas líneas de esta conclusiones para dar cabida a unas palabras expresadas por el propio Joan Agustí Maragall, que fue el juez promotor de la cuestión prejudicial en el caso Daouidi:

“El derecho a la igualdad, al trabajo, a la salud y a las prestaciones de la seguridad social tienen fundamento constitucional, internacional y comunitario, mientras que el pretendido derecho a despedir improcedentemente por un precio justo y seguro ya no tiene, desde la expulsión de nuestro ordenamiento del “despido disciplinario exprés”, encaje legal que justifique aquella preocupación”⁶⁷.

67 Agustí Maragall, J., “El caso Daouidi: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 6, 2017. , Editorial Wolters Kluwer, pg. 19.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

Agustí Maragall, J., “El caso Daouidi: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 6, 2017. , Editorial Wolters Kluwer.

Valverde Martín, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

Beltrán De Herrera Ruiz, I., “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, , *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº Extra 6, 2015, Editorial Wolters Kluwer.

Desdentado Daroca, E., “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas Reflexiones Críticas”, *Información Laboral*, nº 3, 2017, Editorial Lex Nova.

Díaz Moreno, H., Olmos Espinosa, R., Martínez de Hoyos, C., “Alcoholismo”, *Medicine: Programa de Formación médica continuada acreditado*, Serie 9 n.º 86, 2007, Editorial Doyma.

Elorza Guerrero, f., “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 98, 2009, Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Escribano Gutierrez, J., “Enfermedad, Discapacidad y Discriminación desde la perspectiva nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, Editorial Wolters Kluwer.

Esteban Legarreta, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º Extra 6, 2017, Editorial Wolters Kluwer.

Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 3 n.º 1, 2015, Editorial ADAPT UNIVERSITY PRESS.

Gálvez Durán, S., “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor* nº3, 2015, Editor Universitat Pompeu Fabra.

Gutiérrez Colominas, D., *Estudio bibliográfico sobre discapacidad, enfermedad y extinción de contrato*, Editorial Wolters Kluwer, 2017.

Iturri Garate, J.C., "La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º Extra 6, 2017, Editorial Wolters Kluwer.

Martínez-González, Miguel A., *Estilos de vida y salud pública*, Editorial Elsevier, 2013.

Miñarro Yanini, M., "El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: Contradicciones y propuestas de cambio", *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 134, 2016, Editor Consejo andaluz de relaciones laborales.

Llorens Espada, J., "El tratamiento convencional de la discapacidad, invalidez e ineptitud sobrevenida", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, Editorial Wolters Kluwer.

Rodríguez Cardo, I.A., "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", *La Ley Unión Europea* Editorial, n.º43, 2016, Editorial Wolters Kluwer.

Sempere Navarro, A.V., "Discriminación laboral por enfermedad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 866, 2013, Editorial Aranzadi, S.A.U.

Velasco Portero, T., "El despido del trabajador enfermo: ¿Improcedencia o nulidad?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 39, 2014, Editorial Iustel.