



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Máster de Acceso a la Abogacía

TRABAJO FIN DE MÁSTER

EL DESPIDO POR ENFERMEDAD

Realizado por Olaya García Forcelledo

Convocatoria: Enero 2020

RESUMEN

Las personas estamos expuestas al padecimiento de una enfermedad, y cuando es un trabajador el que la sufre puede desembocar en una situación de Incapacidad Temporal, que en ocasiones concretas puede concluir en un despido. Estos despidos se deben a que el empleador tiene el objetivo de conseguir un rendimiento alto, algo que es, evidentemente, legítimo, además de que la situación de IT supone un alto coste, pero que puede colisionar con los derechos de los trabajadores. Las cuestiones que se plantean son: ¿prevalece el derecho del trabajador a la salud y a conservar su puesto de trabajo o el derecho a la productividad y rendimiento del empleador? ¿Se encuentra el trabajador desprotegido durante la enfermedad? Las respuestas no están lo suficientemente claras en la actualidad. El despido durante la situación de IT no está prohibido, pero requiere una consideración especial, pudiendo llegar a ser calificado como discriminatorio en ciertas ocasiones.

Se llevará a cabo un estudio de la situación que se plantea, así como la especial protección que tiene la salud de los trabajadores en el ordenamiento jurídico español. Además, se realizará un análisis de la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales españoles y comunitarios respecto a la calificación, y la situación en la que se encuentra en estos momentos.

ABSTRACT

All people are exposed to the disease, and when it is a worker who suffers it can lead to a situation of Temporary Incapacity that sometimes may result in dismissal of employment. Those dismissals occur because the employer aims to achieve high performance, something that, obviously, is legitimate, but it can collide with the rights of workers due to the cost it generates. The questions that beg to be asked: Which right has priority? The right of every worker to health and to keep their work or yield and productivity of the employer? Is the worker unprotected during the illness? These issues are not at all clear at this stage and there is some controversy about it. Dismissal during the IT situation is not prohibited, but requires special consideration, and may be classified as discriminatory on certain occasions and therefore is qualified as dismissal void.

This study carried out an examination of the situation raised, as well as the special protection that workers' health has in the Spanish legal system. In addition, an analysis of the evolution that has taken place in the jurisprudence of the Spanish and Community Courts will be carried out, regarding the qualification and the situation which they currently reside in.

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Enfermedad, Incapacidad Temporal y Contrato de Trabajo	3
3. Extinción del contrato del trabajador enfermo	7
3.1 Despido disciplinario	7
3.2 Despido objetivo	11
4. Calificación del despido del trabajador enfermo	15
4.1 Doctrina del Tribunal Supremo	15
4.2 Doctrina del Tribunal Constitucional.....	21
4.3 Doctrina del TJUE y su influencia en el ámbito interno	26
5. Conclusiones.....	32
6. Bibliografía	39

ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
DDFF	Derechos Fundamentales
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Incapacidad Permanente
IT	Incapacidad Temporal
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
RDL	Real Decreto Legislativo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TES	Trabajador Especialmente Sensible
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

UE.....**Unión Europea**

"El hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas".

-Hugo Sinzheimer-

"La esencia del Derecho del Trabajo", 1927

1. INTRODUCCIÓN

Las personas pueden padecer en determinados momentos enfermedades sobrevenidas que les pueden influir negativamente en su aptitud para realizar ciertas actividades como puede ser su trabajo. Esta limitación puede tener un carácter temporal o definitivo, y, puede ser reversible o irreversible. En la actualidad, debido a la concienciación de la sociedad sobre las enfermedades, estas situaciones tienen especial protección en los ordenamientos jurídicos, estando regulado tanto a nivel europeo e internacional como nacional. El art. 10 CE declara que tanto la dignidad de la persona como los derechos inviolables que le son inherentes, suponen la base del fundamento del orden político y contribuyen a la paz social. En el tema que nos ocupa resulta de gran importancia el art. 14 de la misma, en el que se proclama el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual estará presente a lo largo de todo el estudio y será la base de numerosas sentencias de los tribunales nacionales y comunitarios. No siendo menos importantes otras declaraciones de derechos de la CE como son el derecho a la salud y la protección de colectivos vulnerables. La protección que la CE realiza sobre toda esta serie de derechos de las personas supone que se reflejen en otras normativas españolas importantes como es el Estatuto de los Trabajadores (ET), el cual recoge el derecho a la igualdad y no discriminación en su art. 4.2.c entre muchas otras normas nacionales. De igual modo, se puede comprobar la protección a estos derechos en otros niveles como puede ser en normas superiores al ámbito nacional como en el Tratado de la Unión Europea, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en el Convenio de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, entre muchas otras.

En este trabajo, se realizará un estudio de la evolución jurisprudencial de los tribunales españoles y europeos respecto de la extinción del contrato de trabajo durante la enfermedad del trabajador, así como su calificación. El despido por enfermedad siempre ha sido un tema polémico, ya que es difícil encontrar un equilibrio entre los

intereses que pueden estar en juego. En nuestros tribunales, desde hace unos años, generalmente, se ha seguido una doctrina restrictiva, siendo únicamente calificados como nulos los despidos en casos en los que se aprecia claramente un factor discriminatorio, aunque, existe una pequeña parte de la doctrina que exige la calificación más protectora de nulidad del despido en estas situaciones.

Con la modificación normativa que se produjo con la Ley 11/1994, la cual se detallará con mayor detenimiento a lo largo del estudio, se llevó a cabo una limitación a la hora de calificar como nulo el despido durante la suspensión del contrato de trabajo, y por ello, los tribunales principales, el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Constitucional (TC) han llevado a cabo una interpretación acorde a la nueva norma. Tras la creación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de un nuevo concepto de “discapacidad”, siendo posible asimilar en algunas ocasiones la enfermedad a la discapacidad, se ha vuelto a plantear las calificaciones como nulos de ciertos despidos por enfermedad.

Por lo tanto, el objetivo principal de este estudio es claro, saber si los derechos de los trabajadores enfermos, concretamente los derechos a la integridad física, a la salud, y al trabajo, se encuentran vulnerados al despedir a dichos trabajadores justificándolo simplemente con que no son válidos productivamente hablando para la empresa, y, si, por lo tanto, puede considerarse que se produce una situación discriminatoria para el trabajador. Además, se intentará dar respuesta a qué derecho prima más, ¿el derecho al rendimiento empresarial o al derecho de protección de la salud?

La metodología utilizada para la elaboración del trabajo ha sido jurídica, llevando a cabo un estudio de la jurisprudencia y de la doctrina, así como de los distintos pronunciamientos judiciales. Tras realizar un análisis de las normas jurídicas, se puede comprobar que no existe una solución clara para todas las situaciones, por lo que es imprescindible analizar detenidamente los distintos pronunciamientos judiciales y ver las soluciones que los juzgadores dan a las distintas situaciones que se plantean al respecto. La elección del tema se debe a la gran importancia y repercusión que están teniendo este tipo de despidos durante la enfermedad en la actualidad, así como la intención de aclarar esta situación, ya que cualquier persona está expuesta a padecer una enfermedad y puede tener que enfrentarse a esta situación. Además, con la intención de conocer el nivel de protección que el ordenamiento jurídico da al trabajador enfermo o en situación de IT, considerando que este análisis es necesario para saber afrontar estas situaciones en la

práctica judicial, debido a los numerosos pronunciamientos y posiciones que hay al respecto.

En primer lugar, para llevar a cabo el estudio, se comenzará analizando la situación de la IT, una de las figuras más importantes que protege al trabajador cuando está en activo, produciéndose en esta situación la suspensión del contrato de trabajo y las consecuencias que tiene dicha suspensión. Otro aspecto a tratar será la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo. Los empresarios justifican algunas de estas extinciones como despidos disciplinarios, bien por disminuciones del rendimiento o por faltas injustificadas, o bien por la realización de actividades durante la IT que considera inapropiadas y una transgresión de la buena fe. En otras ocasiones, se justifican a través de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por faltas de asistencia justificadas.. Para ello, analizaremos sentencias de tribunales inferiores como superiores. Finalmente, el trabajo concluirá con la calificación del despido en estos casos tanto por el TS como por el TC, así como la especial referencia al último pronunciamiento del TC, el cual ha creado enorme crispación entre trabajadores y sindicatos. Además, para finalizar se hará un recorrido por los diferentes posicionamientos al respecto del TJUE y su influencia interna. Así como unas conclusiones finales analizando todo lo estudiado a lo largo del trabajo.

2. ENFERMEDAD, INCAPACIDAD TEMPORAL Y CONTRATO DE TRABAJO

La RAE realiza una definición de “enfermedad” como una *“alteración más o menos grave de la salud”*, mientras que la OMS, lo concreta como una *“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”*. Una enfermedad afecta a la vida diaria de las personas, así como en la realización de actividades de su día a día, y como no, en el ámbito laboral.

La dificultad se encuentra a la hora de determinar los casos en los que el despido se fundamenta simplemente en la salud del trabajador, mejor dicho, en la salud de la que carece, o, si, por el contrario, el despido se produce porque dicha enfermedad le incapacita para llevar a cabo su función laboral habitual siendo un factor de ineptitud. Partimos de

la premisa de que la discriminación se encuentra presente en el caso de que la enfermedad se utilice como un factor de segregación (dejado claro por el Tribunal Constitucional en la sentencia 62/2008 que será comentada posteriormente), pero, todo ello depende también del caso particular y todos los factores que lo rodeen para concretar si nos encontramos ante una discriminación o no.

Respecto a la discriminación, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)¹ contempla en el art. 8.12 como infracción muy grave las decisiones unilaterales de la empresa que supongan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por varias razones entre las que se encuentra la discapacidad, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable ante una acción administrativa o judicial para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. En el Código Penal², se tipifica como delito en el art. 314 la grave discriminación en el empleo, entre otros, por enfermedad o discapacidad, imponiendo una pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses. En estos casos debe de valorarse el alcance de la discriminación para aplicar a la conducta una sanción administrativa o una sanción penal, las cuales son incompatibles entre sí al concurrir el mismo sujeto, el hecho y el fundamento³.

Las personas no están libres de sufrir un accidente, laboral o no, de padecer una enfermedad, o de que una enfermedad que sufrían se agrave, impidiéndole poder realizar su trabajo habitual de forma temporal hasta su recuperación. Esta situación se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico español. La figura que principalmente protege esta situación es la conocida como Incapacidad Temporal (IT), contemplada como causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45.1.c ET y regulada en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁴ en los art. 169 a 179. Concretamente, en el art. 169 LGSS se enumeran una serie de situaciones que dan lugar a la misma. La IT puede definirse como la situación en la que está un trabajador que, por causa de una enfermedad o un accidente, tiene una imposibilidad con carácter temporal para trabajar y necesita de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORNILLO, R., “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº196/2017, p. 5.

⁴ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La duración máxima de la IT es de trescientos sesenta y cinco días, una vez pasado ese periodo puede ser prorrogado por el INSS ciento ochenta días más. Después de esa prórroga, se emite el alta médica o se solicita la apertura de un expediente de Incapacidad Permanente (IP). La causa de la limitación de la duración de IT por la ley se debe a que se entiende que si se supera ese plazo puede considerarse una situación definitiva e invalidante, pudiendo considerarse una IP revisable si es el caso. Para que se produzca esta situación de IT tiene que estar justificada la imposibilidad del trabajador para prestar servicios por una alteración de la salud y que esté recibiendo asistencia sanitaria para el control de la enfermedad que padece.

El objetivo de la IT es doble, por un lado, que el trabajador tras su imposibilidad de trabajar pueda reingresar en su puesto de trabajo recibiendo durante ese periodo un subsidio que sustituye al salario, y por otro que recupere la salud apoyándose en una asistencia sanitaria para conseguirlo. En el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores (ET) se regulan las causas de suspensión del contrato, siendo una de ellas la incapacidad temporal de los trabajadores, manteniéndose durante ese periodo el vínculo laboral (concretamente art. 45.1.c ET). Respecto a la suspensión del contrato, lo que suspende el contrato de trabajo no es la consecuencia de la enfermedad o accidente, sino la declaración de incapacidad temporal.

Puede definirse la suspensión del contrato como una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo fundada en avatares relacionados con la vida personal o profesional del trabajador o con el funcionamiento de la empresa⁵. Asimismo, la suspensión del contrato de trabajo tiene como principal fin proteger la figura del trabajador y, particularmente en el caso de la IT, que cuando sufra una alteración transitoria de la salud no suponga la inmediata extinción del contrato, protegiéndose así la estabilidad en el empleo. Esta suspensión produce una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales de la relación laboral, pero no afecta al vínculo jurídico. En estas circunstancias, el contrato de trabajo se encuentra en suspenso, exonerando al trabajador de trabajar y de remunerar el trabajo, pero se mantienen otras obligaciones que afectan a ambas partes como la buena fe contractual, el derecho a la libertad sindical, a la no discriminación o a la dignidad personal.

⁵ CARRIZOSA PRIETO, E. “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, n°96, 2008, p. 269.

El trabajador mantiene el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo, sustituyéndose en ese periodo la retribución por el cobro de la prestación económica por IT. En el caso de estar en periodo de prueba, la situación de IT lo interrumpe siempre que haya acuerdo entre las dos partes (art. 14.3 ET). Por otro lado, es incompatible con ciertas actividades económicas y de ocio, y el trabajador debe seguir las prescripciones médicas. Además, el trabajador debe permanecer en alta en la Seguridad Social y la empresa debe de seguir cotizando, aunque una reducida del art.144.4 LGSS.

Por último, la IT no influye en el cómputo del periodo de vacaciones y se considera como trabajo efectivo basándose en el Convenio sobre las vacaciones pagadas de la OIT nº132 de 1970. Existía gran controversia cuando se solapaba la IT con el disfrute de las vacaciones, ya que la ley no daba solución a este problema, pero con la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff⁶, se fijó la doctrina seguida en la actualidad, la cual determina que cualquiera que sea la causa que origine la suspensión por IT, si la baja coincide con vacaciones, la empresa debe dar al trabajador los días de coincidencia. Esta sentencia mencionada del TJUE junto con la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda⁷, hicieron que la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgente para la reforma del mercado laboral, incluyera en el art. 38 ET lo siguiente: *“En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”*.

Respecto al fin de la suspensión del contrato por IT, terminará cuando el trabajador reciba el alta médica o cuando termine el plazo anteriormente comentado, teniendo la obligación de volver a su puesto de trabajo, el cual debe de ser reservado. En los casos en los que los médicos consideren que la enfermedad o las lesiones que padezca el trabajador tengan un carácter permanente y que puedan producir una incapacidad permanente, le darán el alta médica pero no se calificará como curación, sino que lo propondrán para IP.

⁶ STJUE de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff y otros*, C-350/06, ECLI:EU:C:2009:18.

⁷ STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad S.A.*, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542.

Tras esa propuesta, se realiza la valoración que corresponda en el periodo de tres meses (art. 174 de la LGSS).

3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR ENFERMO

Uno de los principales objetivos del ordenamiento jurídico laboral es ofrecer una serie de soluciones a los problemas que surgen en las relaciones laborales. La enfermedad de los trabajadores y la situación de IT supone un condicionante para la gestión y organización de las empresas, lo que produce en ciertas ocasiones despidos de los trabajadores que se encuentran en esas circunstancias. En estos casos, existen ciertas modalidades de extinción del contrato de trabajo recogidas en la legislación que permiten que el empleador ponga fin a la relación laboral alegando que el rendimiento ha disminuido, que se ha producido una ineptitud sobrevenida o que existen faltas de asistencia continuadas, tanto justificadas como no, circunstancias concretas que se producen con facilidad cuando un trabajador está enfermo. En este punto, destaca la doctrina seguida por el TC, la cual determina que el derecho a la estabilidad en el empleo que se regula en el art. 35.1 de la CE recoge el derecho a no tener un despido sin justa causa⁸. En el ET se diferencia entre despido procedente, improcedente y nulo, teniendo cada uno consecuencias distintas, siendo por lo tanto relevante su calificación. La decisión tomada por el empresario de poner fin a la relación laboral debe ser ajustada tanto a las causas justificativas como a los procedimientos que se prevén en la legislación laboral. En el art. 49.1 del ET se recogen las causas de extinción del contrato de trabajo, y concretamente en el art. 49.1.L, las causas objetivas legalmente procedentes.

3.1 DESPIDO DISCIPLINARIO

Las largas situaciones de IT o los encadenamientos de las mismas, en ocasiones provocan que la relación de trabajo no sea rentable para el empresario o empleador, conllevando todo ello a un despido, el cual, si no está basado en una justa causa, debe de ser considerado como despido improcedente o incluso nulo. El empleador podría basarse en el art. 54.1 ET, en el cual se contempla la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo

⁸ STC de 27 de octubre, Rec. n°4492/2001, F.D. 4°.

por incumplimiento grave y culpable del trabajador, en particular, por, “*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”, o por “*disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”.

Respecto a las “*faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”, para extinguir el contrato por un despido disciplinario dicho incumplimiento tiene que tener una cierta gravedad y tener en cuenta lo que se haya determinado en el Convenio Colectivo (CC) respecto a cuántos días son necesarios para poder despedir por ese motivo. Los CC determinarán la sanción que suponen ese número de faltas injustificadas. Si el CC no determina nada al respecto, algunas sentencias han establecido que tres días consecutivos de ausencia injustificada son suficientes para justificar el despido⁹, aunque habrá que tener en cuenta otros factores que rodeen al despido.

En este punto tienen especial interés las bajas médicas, siendo la jurisprudencia uniforme al determinar que, aunque las bajas médicas tengan una gran importancia negativa en la productividad para el empresario, no puede acogerse a un despido disciplinario para extinguir la relación laboral¹⁰. Hay que partir de la base de que la disminución del rendimiento de trabajo que se deriva de una enfermedad que produce que un trabajador se encuentre en IT no es una justa causa de despido ya que no media el factor de culpabilidad¹¹, por lo que las faltas de asistencia al trabajo que no estén avaladas por un parte de baja se entiende que son injustificadas, aunque la jurisprudencia ha realizado puntualizaciones al respecto cuando un trabajador tiene una frágil salud y recibe el alta médica¹². Los tribunales han realizado numerosos pronunciamientos sobre la entrega tardía de los partes de baja¹³ o en la confirmación¹⁴ de la misma, no siendo justificable el despido basado en esas causas.

Con referencia a la “*disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”, es fácil que un trabajador tras pasar por una enfermedad baje

⁹ STS de 20 de noviembre y STSJ de Extremadura de 14 de marzo, Rec. n°93/2019.

¹⁰ STS de 23 de mayo de 2005, Rec. n°2639/2004; STS 18 de diciembre de 2007, Rec. n°4194/2006.

¹¹ STSJ Cataluña de 5 de abril de 2016, Rec. n°764/2016, F.D 2, párr. 7.

¹² RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “*La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*”, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 112-113.

¹³ STS de 31 de octubre de 1988, F.D. 4º, párr. 5º: “*el acreditamiento tardío ante el empresario de la situación de incapacidad laboral transitoria determinada por enfermedad común, ha venido siendo considerado por la Sala como una falta no generadora de la sanción de despido. Hay una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo: luego la inasistencia no es voluntaria, por lo que no puede ser grave, ni culpable.*”

¹⁴ STS de 15 de noviembre de 1985, Recurso de Casación por infracción de ley, F.D. 2º y 3º: la falta de confirmación de la baja no es justa causa de despido del artículo 54.2.d ET, declarando nulo el despido del trabajador.

su rendimiento, ya que puede que no se encuentre todavía al cien por cien o que le haya quedado alguna secuela. El empleador debe justificar la disminución del rendimiento y la doctrina exige que esté presente la gravedad y voluntariedad, además de aportar una comparación de la productividad anterior y la del momento del despido. Por lo que, el despido amparado por esta causa será calificado como improcedente si no es voluntario y culpable y si no se encuentra justificado por la empresa¹⁵.

En cuanto a la realización de actividades durante la baja tanto laborales como de ocio, en ocasiones existe falta de diligencia por parte del trabajador, produciéndose una transgresión de la buena fe contractual permitiéndose el despido basado en el art. 54.2.d ET. Puede parecer que la doctrina existente es discordante, pero tras un estudio pormenorizado puede concluirse que ha existido un cambio progresivo que partía de una doctrina inflexible y que en la actualidad es menos rígida con ciertas actividades.

Los primeros pronunciamientos del TS acordaron que si el trabajador no podía realizar el trabajo tenía prohibida toda actividad en interés propio o ajeno, suponiendo una transgresión de la buena fe contractual, y, por lo tanto, un incumplimiento contractual grave y culpable que justificaba el despido disciplinario¹⁶. Por lo tanto, cualquier actividad que no fuera el reposo del trabajador en su domicilio era tendencialmente susceptible de justificar el despido¹⁷. En la posición jurisprudencial inicial era irrelevante la frecuencia en la que se realizara la actividad¹⁸, en el momento en el que se desarrollara¹⁹ (al principio o al final de la baja), y que tuviera carácter lucrativo o no²⁰. Por lo tanto, cualquier actividad que no supusiera el descanso en el domicilio para la recuperación suponía una transgresión de la buena fe contractual²¹.

Tras esta primera postura jurisprudencial, se ha producido una evolución dirigida hacia una posición más flexible, determinándose que, obviamente, no todas las enfermedades son idénticas por lo que no toda actividad produce el mismo efecto sobre enfermedades distintas. No se pueden realizar actividades que, dependiendo de la

¹⁵ STS de 14 de diciembre, Rec. n°774/2011; STSJ del País Vasco de 6 de mayo de 1997, Rec. n°654/1997; STSJ de Cataluña, n°2492/1997 de 3 de abril, Recurso de Suplicación.

¹⁶ STS n°17555/1990 de 18 de diciembre, Recurso de Casación por infracción de ley.

¹⁷ GOERLICH PESET, J.Mª, *Incapacidad Temporal y contrato de trabajo. Ejercicio a Cátedra*, Valencia, 1995, p. 141.

¹⁸ STS de 4 de mayo de 1990, F.D. 2º; STS de 22 de diciembre de 1986, F.D. 2º.

¹⁹ STSJ de Cataluña, de 7 de octubre de 1992, F.D. 3º, párr. 2º.

²⁰ STS de 31 de mayo de 1986, F.D. 3º.

²¹ Actividades que suponían transgresión de la buena fe: practicar deportes: STS de 22 de marzo de 1983, y, STS de 19 de octubre de 1983; cazar: STS de 22 de septiembre de 1986; arreglar cosas en su casa o de otro: STS de 3 de diciembre de 1985; ir de copas: STS de 3 de julio de 1987.

enfermedad y las circunstancias que la rodean, alternan o trastornan la curación o la recuperación. Por lo tanto, para valorar la transgresión de la buena fe debe atenderse a la actividad realizada y a la dolencia que se padece. No toda actividad que se desarrolle durante este periodo justifica un despido disciplinario, sino que sólo sería la que, de acuerdo con la enfermedad padecida y la serie de prevenciones que se deban realizar para su recuperación, impida una buena curación y recuperación del trabajador²².

Respecto a la actividad que se realiza, debe valorarse en primer lugar si influye negativamente. Hay diferentes factores a tener en cuenta, en primer lugar, reiteración o constancia y la intensidad de la actividad, aceptándose el despido solo en el caso de las que se realicen de forma constante y con intensidad²³. Por otro lado, debe tenerse el esfuerzo realizado en la actividad en comparación con la actividad laboral. Si el esfuerzo que se realiza en la actividad es inferior al que se realiza en la actividad laboral normalmente el despido se califica como improcedente²⁴, mientras que, si es igual o superior, el despido probablemente se calificará como procedente²⁵. Otro aspecto a tener en cuenta es el momento en el que se realiza la actividad, si se realiza al principio de la enfermedad o IT, o si por el contrario se realiza al final. Por lo general, si se realiza la actividad al final de la baja se suele admitir la realización de la misma²⁶, ya que lo normal es que al final exista una mejora en el trabajador, y se inadmiten las que se realizan al inicio²⁷. La realización de actividades contraindicadas justifica el despido disciplinario del trabajador²⁸, así como que se le requiera reposo y no lo haga²⁹.

²² STSJ de Cantabria de 20 de febrero, Rec. nº143/2001.

²³ STSJ de Galicia de 22 de marzo, Rec. nº5883/2011: trabajador que durante la baja por enfermedad se encuentra en el negocio familiar llevando a cabo tareas que suponen una actividad física continuada; STSJ de Cataluña de 19 de diciembre, Rec. nº2842/2012: trabajadora de una carnicería que está de baja por síndrome de túnel carpiano, durante ese periodo atiende a diario una tienda que tiene con su hermana y da clases de repostería.

²⁴ STS nº5821/1990 de 18 de julio: trabajador que durante la IT realiza actividades que para el TS no exigen relevante esfuerzo físico ni emocional, por lo que se declara el despido nulo; STSJ de Galicia de 10 julio, Rec. nº1949/2012: despido improcedente ya que las actividades realizadas le requirieron menos esfuerzo que el que realizaba en el trabajo.

²⁵ STS nº5966/1990 de 23 de julio: despido procedente por realizar actividades de similar esfuerzo que las laborales; STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 julio, Rec. nº244/2013: despido procedente por actividades lúdicas incompatibles con la IT de esfuerzo superior como jugar al baloncesto.

²⁶ STSJ de Madrid de 24 de octubre, Rec. nº3610/2006, despido improcedente ya que realizó carreras de 15 minutos al final de la IT, no comparable con el esfuerzo físico de la actividad laboral, además recibió el alta al día siguiente de realizarlo.

²⁷ STSJ de Aragón, nº227/2001 de 6 de marzo: despido procedente de trabajador que al segundo día de la IT recorre doscientos kilómetros en coche.

²⁸ STSJ de Madrid de 5 de julio, Rec. nº823/2013: despido procedente por realización de tareas de albañilería durante IT, actividades incompatibles con su cervicobraquialgia y bursitis del hombro.

²⁹ STSJ de Andalucía, Sevilla de 29 octubre, Rec. nº2723/2014: despido procedente ya que durante la IT se le prescribió guardar reposo y la trabajadora se fue de viaje.

3.2 DESPIDO OBJETIVO

El despido objetivo se encuentra regulado en los arts. 52 y 53 ET. Este despido difiere del despido disciplinario en que no existe un incumplimiento grave y culpable del trabajador, sino que se producen una serie de condiciones que posibilitan al empleador extinguir la relación laboral ya que supone un excesivo coste. Las causas que se recogen en el art. 52.d y que interesan aquí son principalmente la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su contratación en la empresa, y, por otro lado, las faltas de asistencia aún justificadas pero intermitentes que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o, el 25% en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En relación con la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, el trabajador puede sufrir ciertas limitaciones tanto psicológicas como físicas que influyan de forma negativa en la realización de su trabajo. Es posible, que esa limitación venga derivada de haber pasado por una IT, y que tras esa IT en ocasiones derive en una IP Total, absoluta o gran invalidez, convirtiéndole en una persona con limitaciones, pero manteniendo su derecho al trabajo y a la adaptación del puesto de trabajo salvo que esas medidas sean una carga excesiva para el empresario³⁰. En esta situación el empresario puede rescindir el contrato de trabajo a través de dos vías: la primera sería la del art. 49.1.e del ET, que supondría la declaración administrativa del trabajador como IP total, absoluta o gran invalidez, o acudir al despido objetivo del art. 52.a del ET.

El TS ha delimitado en distintas ocasiones el concepto de ineptitud como *“la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.”*³¹ Algunas empresas y empleadores utilizan esta causa para despedir a trabajadores cuya salud les impide realizar ciertas funciones de su puesto de trabajo, y, ante este despido, debe plantearse si nos encontramos, según los criterios fijados por la doctrina, en una situación de discapacidad que tiene mayor protección.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.; “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: La protección garantista multinivel”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9 nº1/2019, enero-junio 2019, p.684.

³¹ STS nº3500/1990 de 2 mayo, F.D. 2º.

En primer lugar, debe analizarse cada caso concreto, y valorar si existe discriminación y vulneración de DDF, y por tanto el despido será nulo, o no. La falta de aptitud del trabajador tiene que ser demostrado por el empleador, pudiendo el trabajador argumentar que en el caso de que exista esa ineptitud, el empresario la conocía, la consentía o era circunstancial³². Para que el despido por ineptitud sobrevenida sea válido, la empresa debe justificar la adaptación del puesto de trabajo con unas medidas razonables y que no suponga una carga excesiva para el empresario³³, no siendo por lo tanto una obligación, sino que hay que tener en cuenta las posibilidades de la empresa para realizar esa adaptación junto al poder de adaptación que tenga el propio trabajador. Es importante que en la actuación empresarial esté presente y prime el principio de buena fe. A pesar de que el art. 243.3 LGSS establece que no se pueden contratar trabajadores que hayan sido calificados como no aptos en el reconocimiento médico, así como que no puede continuar un trabajador en un puesto de trabajo si no mantiene la condición de aptitud³⁴, esto no quiere decir a que en esos casos haya que despedir al trabajador, sino que debe de llevarse a cabo, previamente a acudir al despido como última opción, a una reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo, adaptar en el que se encuentra, pudiendo incluso mover de categoría al trabajador para conseguirlo. Respecto a esta adaptación, pueden aplicarse las previsiones que recoge la LPRL en el art. 25 para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos y las del art. 52.b del ET para los casos de ineptitud o dificultad de adaptación del trabajador.

Es importante recalcar que el empresario no puede acogerse a este despido cuando el trabajador se encuentra todavía en situación IT, ya que en principio se trata de una situación temporal y lo normal sería la recuperación del trabajador, no pudiendo prejuzgar la ineptitud del trabajador en IT. En caso de que eso se produzca por parte de la empresa, el despido será ilegítimo.

Otro aspecto importante es la relación entre la ineptitud sobrevenida y el trabajador de edad avanzada, ya que en ciertas ocasiones los trabajadores con mayor edad sufren más situaciones de IT o son más propensos a sufrirlas. Esta conexión es lógica ya que el

³² STSJ de Navarra nº374/1997 de 31 de julio.

³³ STS de 22 de febrero, Rec. nº160/2016; STJUE de 11 de abril de 2013, *Asunto Ring*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

³⁴ Art. 243.3 LGSS: “*Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.*”

envejecimiento de las personas produce la disminución de las capacidades físicas o psicológicas, influyendo así en la capacidad laboral. Es una cuestión que preocupa a la sociedad, ya que en numerosas políticas de empleo se ha tenido en cuenta esta situación, protegiendo a estos trabajadores frente al despido. En este sentido, el TC ha recordado que en la edad del trabajador no puede asimilarse a falta de productividad ni a discapacidad, por lo que un despido justificado solamente por la edad del trabajador tiene que ser calificado como nulo por ser discriminatorio³⁵. Esta causa de despido recogida en el art. 52.a del ET está relacionado con un factor de aptitud para realizar el trabajo y no con la edad.

Respecto a las faltas de asistencia justificadas de los trabajadores enfermos, el art. 52 ET permite que el empresario rescinda el contrato a través del despido objetivo por esta causa. Debe hacerse referencia a la reforma laboral de 2012 que se realizó sobre el ET a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³⁶. Existe cierta controversia en la flexibilidad que introdujo esta reforma sobre el despido objetivo por faltas de asistencia justificadas al trabajo, ya que pasó de realizarse un cómputo de faltas desde una perspectiva individual y colectiva, a un cómputo simplemente individual. Con este precepto, el legislador trata de realizar un control sobre las ausencias por IT que derivan de contingencias comunes de corta duración, pero en ocasiones puede provocar situaciones no deseadas e injustas.

No son computables todas las faltas de asistencia, ya que no se computan como tal las ausencias debidas a accidente de trabajo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, entre otras. Llama la atención que se hayan incluido las faltas debidas a accidente de trabajo y no las faltas que derivan de una baja médica por enfermedad profesional, pudiendo entenderse que queden incluidas las enfermedades profesionales en ese concepto aunque la legislación separa ambos conceptos como se hace en los arts. 115 y 116 de la LGSS.

El problema que se puede plantear es qué ocurre con otras ausencias por enfermedad no recogidas en las excepciones anteriores. Para excluir la enfermedad común o el accidente no laboral tiene que ser superior a 20 días naturales consecutivos y

³⁵ STC de 2 de julio, Rec. n°223/1980.

³⁶ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

que la baja la acuerden los servicios sanitarios oficiales, por lo que las bajas que sean intermitentes, no consecutivas y por la misma enfermedad en el caso de que cada una sea inferior a 20 días, son computables para el despido por esta causa, aunque la suma de todas ellas sea superior a 20 días³⁷. Recientemente el TC se ha pronunciado sobre el despido de trabajadores que falten el 20% o más de los días laborables durante dos meses, determinándose que no es inconstitucional aunque cuenta con opinión en contra de cuatro de los doce magistrados³⁸, la cual será comentada en el apartado correspondiente.

Es interesante determinar qué enfermedades se consideran graves en relación con la exclusión que establece este art. 52.d., ya que no hay un concepto delimitado, y habiendo estudiado diversas sentencias de los TSJ, queda de manifiesto que existe variedad de criterios al respecto en la interpretación de dicha cláusula³⁹. Puede concluirse que se excluyen del cómputo las ausencias derivadas de una enfermedad grave, pero, algunos tribunales tienen otra visión más restrictiva, determinando que no se excluye en esta cláusula las faltas de asistencia por el padecimiento de una enfermedad grave, sino sólo las que sean consecuencia del tratamiento de la enfermedad⁴⁰.

Recientemente se ha planteado en los tribunales españoles si el cambio de sexo puede considerarse como una enfermedad grave. Al respecto se ha pronunciado el TSJ de Canarias-Las Palmas⁴¹, ya que se despidió a un trabajador justificándolo con por haberse ausentado en dos meses consecutivos un 34% y en el cómputo anual un 6% de días. El trabajador solicita la calificación de nulo al no poder aplicarse el art. 52.d ya que considera que esas ausencias se debieron a la disforia de género que padecía y su posterior tratamiento de reasignación de sexo, y que por lo tanto debe de aplicarse la cláusula de “enfermedad grave”. Se rechaza esa posición, ya que a pesar de que no existe un concepto definido y cerrado de “enfermedad grave” y tiene que evaluarse en cada caso, el

³⁷ STS de 24 de octubre, Rec. n°2247/2005. F.D. 3º, párrafo 2º: “la exención establecida en el apartado segundo de la letra d) del Art. 52, ET, en orden a no computar como faltas de asistencia determinados periodos de enfermedad, (...) aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de 20 días y la suma superaría ese límite pero no sería de “días consecutivos”. Respecto al cómputo de las ausencias, debido a la controversia existente, se encuentra unificada la doctrina en la STS de 9 diciembre, Rec. n°842/2010.

³⁸ STC de 16 de octubre, Rec. n°2960/2019.

³⁹ STSJ de Andalucía (Málaga) de 13 de noviembre, Rec. n°1437/2014: la migraña no se considera enfermedad grave; STSJ Castilla y León (Valladolid) n°1095/2014 de 16 de julio: la bronquitis y dolor abdominal es enfermedad grave. Otros tribunales se posicionan en que no les corresponde a ellos calificar si una baja es por enfermedad grave o no, sino que tienen que hacerlo los médicos: STSJ Cataluña de 19 de febrero, Rec. n°5607/2013.

⁴⁰ STSJ de Madrid de 26 de mayo, Rec. n°1/2015; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre, Rec. n°901/2015.

⁴¹ STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 12 de marzo, Rec. n°838/2018.

trabajador no justificó ninguna circunstancia que permitiera asimilar a una enfermedad grave el tratamiento al que se sometió, debiendo de haber justificado la entidad de los hechos a través de una prueba documental o pericial que determine la gravedad, considerando así el despido como procedente. Además, este despido podría haberse calificado como nulo si se hubiera demostrado una discriminación por razón de la identidad de género al considerarlo un elemento de segregación.

4. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO

El despido que se produce cuando el trabajador se encuentra enfermo o en situación de IT, no estando amparado por ningún otro motivo que la enfermedad que padece, no es un despido con una justa causa recogida en la ley, sino que simplemente tiene el fin de despedir a un trabajador que durante ese momento sufre una enfermedad o se encuentra en esa situación y no es productivo para la empresa, produciendo ciertos gastos económicos, así como su incidencia en la productividad y en la organización del trabajo. Ante esta situación, deben los tribunales analizar la conducta realizada por los empresarios, y valorar si es un factor discriminatorio o no, ya que como es sabido, las diferentes calificaciones de un despido tienen consecuencias distintas, por lo que es importante realizar dicha calificación.

4.1 DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La versión original del el ET de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo) recogía en el art. 55.6 que el despido de un trabajador que tuviera suspendido su contrato se calificaría como nulo, siendo por lo tanto los despidos de trabajadores en IT calificados solo como nulos o procedentes, situación que se mantuvo hasta 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo). Respecto a esta calificación, los tribunales han tenido opiniones diversas, siendo más propensos los Juzgados de lo Social o Tribunales Superiores de Justicia a inclinarse a calificar este tipo de despido como nulos por ser discriminatorios⁴² o por vulnerar

⁴² STSJ de Cataluña nº1891/2000 de 28 de febrero; STSJ de Murcia de 24 mayo, Rec. nº575/2004; STSJ de Cataluña de 7 de septiembre, Rec.nº584/2005; STSJ de Cataluña de 11 diciembre, Rec. nº580/2005.

derechos de integridad física y moral⁴³. Por otro lado, se encuentra el TS, el cual, desde sus primeros pronunciamientos tras la reforma ha remarcado la inexistencia de discriminación⁴⁴.

La Ley 11/1994⁴⁵ eliminó la referencia expresa a la nulidad de los despidos en los supuestos de suspensión del contrato como es el caso de la IT, aunque algunos TSJ continuaron pronunciándose calificando estos despidos como nulos, pero se basaban en discriminación o vulneración de derechos fundamentales que recoge el art. 55.5 del ET. La sentencia de 29 de enero de 2001 del Tribunal Supremo⁴⁶ supuso el primer pronunciamiento del mismo que acogió la reforma de 1994 sobre la improcedencia de estos despidos. Determinó que el despido de un trabajador que se encuentre en IT, simplemente por encontrarse enfermo, no es una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pero tampoco se trata de un despido discriminatorio que tenga que ser calificado como nulo, sino que debe calificarse como improcedente, siendo esta tendencia seguida en posteriores pronunciamientos⁴⁷. Los motivos de no considerarlos discriminatorios es que la enfermedad no es equiparable a discapacidad además que la enfermedad no se encuentra recogida en las causas de discriminación del art. 14.2 CE, salvo que se aprecie un elemento de segregación. Estos pronunciamientos del TS fueron avalados por el TC con la sentencia de 26 de mayo de 2008, que será comentada más adelante.

En las sentencias sobre despido por enfermedad está presente el debate de si se está vulnerando el art. 14 CE⁴⁸, el cuál trata la prohibición de discriminación, si se debe a un factor de discriminación y, por lo tanto, el despido es nulo, o si por el contrario no es así, pudiendo tratarse de un despido improcedente. El TSJ de Cataluña fue el primero en determinar que el despido de un trabajador en IT debía de ser calificado como nulo, al entender que la enfermedad es un factor de discriminación que se incluye en el último

⁴³ STSJ del País Vasco de 27 de junio de 2003, Rec. n°1000/2003; STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 25 de enero, Rec. n°204/2010, STSJ de Asturias de 12 de marzo, Rec. n°188/2010.

⁴⁴ STS de 11 de mayo de 1988; STS n°1566/2001 de 29 de enero; STS de 23 de septiembre, Rec. n°449/2002.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ STS n°1566/2000 de 29 de enero de 2001.

⁴⁷ STS de 23 de septiembre, Rec. n°449/2002; STS de 23 de mayo, Rec. n°2639/2004; STS de 18 de diciembre, Rec. n°4194/2006; STS de 22 de enero, Rec. n°1689/2007; STS de 27 de enero, Rec. n°602/2008; STS de 3 de mayo, Rec. n°3348/2014.

⁴⁸ Artículo 14 de la Constitución Española: “*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*”

punto del art. 14 CE⁴⁹. En este sentido, el TS descarta todo tipo de vulneración del principio de no discriminación, justificándolo al determinar que la enfermedad no puede entenderse como causa de discriminación de los términos del art. 14 CE, ya que no se puede deducir que se incluya en este artículo cualquier circunstancia personal o social, sino que para que se produzca esta vulneración constitucional, debe de ser por una causa de rechazo social e histórico y una enfermedad no es un factor de discriminación⁵⁰. La prohibición de discriminación únicamente se vulnera en el caso de enfermedades estigmatizadas cuyas víctimas han sido socialmente rechazadas como puede ser el caso del SIDA, aunque sobre ello no se ha pronunciado el TS.⁵¹ Por lo tanto, no se trata de un despido discriminatorio por enfermedad salvo que exista un factor de segregación o de opresión de grupo, debido a ser una contingencia inherente a la condición humana y que no es específica de un colectivo concreto. Al respecto se pronuncia la sentencia del TS del 11 de diciembre de 2007⁵², donde se determina que: *“enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una contingencia de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo”*, por lo que los enfermos, son *“un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo”*⁵³, no pudiendo asimilarse por lo tanto a los discapacitados, los cuales *“tienen, como grupo, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes enfermedades”*⁵⁴.

Esta interpretación del TS se debe a que los despidos de los trabajadores no tienen un móvil discriminatorio, sino que para el Tribunal el motivo del despido es simplemente que a la empresa no le compensa esa relación laboral ya que en su situación de IT provoca una disminución de rendimiento y afecta en la organización del trabajo de la empresa. Por lo que el despido no tiene una causa extintiva discriminatoria y debe considerarse improcedente y no nulo.

⁴⁹ STSJ de Cataluña nº1891/2000 de 28 de febrero.

⁵⁰ STS nº1566/2000, de 29 de enero de 2001, F.D. 2º, párr. 3º.

⁵¹ Al respecto puede mencionarse la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Castellón, nº 269/2005 de 7 de junio, en la que se determina que el despido fue discriminatorio por relacionarse con la causa de que el trabajador padecía VIH. Esta sentencia se revocó por el TSJ de la Comunidad Valenciana en la sentencia de 11 de octubre, Rec. nº3082/2005.

⁵² STS de 11 de diciembre, Rec. nº4355/2006.

⁵³ *Ibíd.*, F.D. 6º, párr. 2º.

⁵⁴ *Ibíd.*, F.D. 6º, párr. 3º.

Respecto al factor de discriminación, ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, determinan cuando un estereotipo puede considerarse discriminatorio⁵⁵. Un ejemplo puede ser el caso de una persona con discapacidad, que tiene alguna capacidad disminuida, y que puede tener repercusión en el trabajo, y si no se contrata a esa persona porque la capacidad que tiene disminuida es la necesaria para el trabajo (como una persona sorda en una teleoperadora), no puede considerarse discriminación. En el caso de que el trato desfavorable que recibe la persona con discapacidad se deba a un estereotipo a lo que pueden hacer estas personas y que no se ajusta a la capacidad real, sí es un caso de discriminación. En caso de que el trabajador se encuentre en situación de IT, y se trata de una enfermedad temporal, podría argumentarse por parte de la empresa que como no trabaja no rinde, pero el trabajador por definición volverá a trabajar, ya que es algo temporal, y volverá a rendir como antes, por lo que no es un argumento que pueda ser aceptado⁵⁶.

Aunado a esto, hay casos en los que las trabajadoras sufren ciertas patologías que les impiden poder quedarse embarazada, teniendo que acudir a técnicas de reproducción asistida para conseguirlo. El art. 55.5 ET protege la maternidad en sentido amplio desde que el inicio hasta el final del embarazo, incluso cuando se produce la suspensión por baja por maternidad, declarándose nulo cualquier despido amparado en el simple embarazo y las consecuencias del mismo, e incluso cuando no sea procedente. El problema se plantea cuando ese despido se produce cuando se ha iniciado el tratamiento de fecundación in vitro pero los óvulos fecundados todavía no se han insertado en la mujer, ya que en el caso de que este se produzca después, es claramente nulo al amparo del art. 55 ET al considerarse mujer embarazada. En estos casos ha habido diferentes pronunciamientos sobre el despido de la trabajadora que se somete la fecundación in vitro tanto a nivel comunitario como nacional. El primer pronunciamiento fue a nivel comunitario, en el que el TJCE determinó que se trataría de un despido discriminatorio por razón de sexo ya que este tipo de tratamiento sólo se produce en mujeres, pero no se le pueden aplicar las

⁵⁵ ÁLVAREZ ALONSO, D., & ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela discriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº132, 2006, pp. 1020-1021.

⁵⁶ TOLEDO OMS, A. *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*. Thomson Aranzadi, 2009, p. 171.

normas de la Directiva 92/85/CEE⁵⁷ al no encontrarse todavía embarazada⁵⁸. Más recientemente, se ha pronunciado el TS en el ámbito nacional, en el que la empresa había justificado el despido por causas económicas, teniendo conocimiento la empresa de que se estaba sometiendo a dicho tratamiento. El tribunal determina que no es aplicable el art. 55 ET ya que la trabajadora todavía no estaba embarazada, pero que como la empresa había reconocido la improcedencia del despido no había ningún indicio de que fuera no discriminatorio ni ninguna justificación por parte de la empresa. En definitiva, deberá de calificarse nulo un despido en estas circunstancias cuando la empresa no justifique de forma objetiva, razonable y suficiente el despido⁵⁹, aunque en el caso de los despidos pluricausales se admite la improcedencia cuando, junto con el indicio de lesión de DDFD concurren causas reales y ajenas a dicha lesión, aunque no sean suficientes para la procedencia. En el caso de que los óvulos fecundados ya se hubieran transferido cuando se produjo el despido se calificaría de nulo en base al art. 55.5.b ET.

Respecto al resto de derechos alegados por los trabajadores para que se considere el despido nulo, el TS ha considerado que tampoco han sido vulnerados. Se ha determinado que, en relación con la garantía de indemnidad, no hay conexión entre el derecho a la asistencia sanitaria y el despido, ya que según el tribunal el despido no se debe a un castigo por la baja, sino que se debe por la disminución de la productividad⁶⁰. En cuanto al menoscabo del derecho fundamental recogido en el art. 15 CE de la integridad física y el derecho a la salud, los tribunales no consideran que se vulnere ya que, si se despidió al trabajador por la IT, no quiere decir que el empresario llevara a cabo alguna acción u omisión que pusiera en peligro la salud del trabajador. Por otro lado, la jurisprudencia sí ha sido clara al determinar que se calificarían como nulos los despidos en los que los trabajadores hayan sido coaccionados por el empresario para que voluntariamente pidan el alta de su situación de IT siendo sino despedidos, o los casos en que se les intimida para que no vuelvan a estar en nuevos periodos de baja, al suponer una lesión de derecho a la integridad física del trabajador.⁶¹

⁵⁷ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

⁵⁸ STJUE de 26 de febrero de 2008, Asunto *Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Flöckner OHG*, C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119

⁵⁹ STS de 4 de abril, Rec. n°3466/2015

⁶⁰ STS de 12 de julio, Rec. n°4646/2002, F.D.4°, párr.2°; STS de 3 de mayo, Rec. n°391/2006, F.D.3°.

⁶¹ STS de 31 de enero, Rec. n°1532/2010, F.D. 3°, párr. 5°. Pronunciamiento en el mismo sentido de Tribunales de Justicia: STSJ de Asturias de 12 de marzo, Rec. n°188/2010; STSJ de Andalucía, Sevilla de 4 de octubre, Rec. n°402/2011.

El TS explica toda su postura en la sentencia de 15 de marzo de 2018⁶². Se trataba de una empleada que estuvo de IT durante el plazo máximo permitido y se le diagnosticó con un trastorno depresivo grave. Antes de que finalizara el periodo máximo de IT, fue despedida justificándolo con un bajo rendimiento al que había sido acordado cuando se le contrató, al haber estado de alta 453 días y haber estado trabajando efectivamente 164 días. El TS determinó que el despido tenía que ser calificado como improcedente, ya que en primer lugar, no puede ajustarse a un despido disciplinario ya que no se le puede imputar a la trabajadora una responsabilidad por incumplimiento ya que está amparada por una IT, y, por otro lado, determina que la situación de la trabajadora no puede asimilarse al concepto de discapacidad determinado por el TJUE, ya que la trabajadora todavía no había agotado el periodo máximo de IT ni había una resolución médica que determinara que fuera una situación duradera que permitiera identificarla con una discapacidad, no existiendo por lo tanto un supuesto de discriminación provocando un despido nulo, sino improcedente por la falta de justificación como despido disciplinario.

Ante esta postura, es evidente que no es válido para el tribunal alegar simplemente que el motivo del despido ha sido la enfermedad del trabajador para que se considere discriminatorio, ya que, sino todos los despidos en estas circunstancias se considerarían nulos, algo que ha sido superado desde la modificación del ET en 1994. En algunos casos se ha calificado el despido como improcedente ya que no se acredita otro motivo que la repercusión negativa en la productividad y rendimiento laboral de la enfermedad o la baja que sufre en trabajador, pero no nulo por discriminación o lesión de derechos fundamentales⁶³, dejando una puerta abierta a que justificando esa vulneración con otra motivación puede considerarse nulo. En ninguno de los pronunciamientos ha establecido una posición que niegue la posibilidad de que se califique un despido como nulo cuando se produzca por la exclusiva causa de que el trabajador padece una enfermedad, determinando en ciertas ocasiones que en cada proceso individual hay que considerar cuales son los factores que ha tenido en cuenta la empresa para ello⁶⁴. Además, el TS ha determinado la necesidad de matizar o precisar su doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación, en relación con los últimos

⁶² STS de 11 de marzo, Rec. n°2766/2016. En el mismo sentido: STS de 3 de mayo, Rec. n°3348/2014; STS de 21 de septiembre, Rec. n°782/2016.

⁶³ STS de 27 de enero, Rec. n°602/2008

⁶⁴ STS de 18 de diciembre, Rec. n°4194/2006, F.D. 3°, párr. 7°.

pronunciamientos del TJUE, debido a la incertidumbre que existe en cualquier despido de un trabajador enfermo.⁶⁵

4.2 DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Debido a la importancia del asunto y los numerosos casos que han surgido a lo largo de los últimos años, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ello, el cual ha sido claro en su postura. El TC llevó a cabo un análisis de la situación con la sentencia 62/2008 de 26 de mayo, confirmando así la doctrina del TS. El TC analiza un despido de un albañil, el cual cuando se le contrató no hizo referencia a un padecimiento crónico en las cervicales, encadenando numerosas situaciones de IT, y que había sido despedido por transgresión de la buena fe contractual. En esta sentencia se corroboró la posición mantenida por el TS. Se desestimó la queja del trabajador ya que desde la perspectiva del art. 14 CE no puede encajar su argumento porque el despido se debía a la ocultación de la enfermedad que padecía antes de contratarle, por lo que no puede ser un factor discriminatorio.

En primer lugar, debe de recordarse la aclaración realizada por el TC sobre el art. 14 CE al determinar que recoge dos vertientes, la primera una vertiente donde se busca la igualdad ante la ley y al aplicar la ley por parte de los poderes públicos, y, por otro lado, una vertiente de prohibición de discriminación entre particulares, buscando erradicar las conductas discriminatorias, especificándose algunos motivos, pero dejando una puerta abierta a otros al establecer una cláusula genérica⁶⁶. Respecto al despido por enfermedad, el TC realiza un análisis de los criterios a tener en cuenta para justificar un factor discriminatorio en un despido de un trabajador enfermo. Remarca la posición seguida por el TS al determinar que en el artículo 14 CE cuando prohíbe la discriminación por “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, no incluye cualquier tipo de condición o circunstancia personal, ya que, de ser así, se produciría una confusión con el principio de igualdad de trato. A pesar de ello, en el derecho fundamental a no ser discriminado está íntegramente relacionado con criterios de opresión o segregación, por lo que la enfermedad genérica no puede considerarse como un factor discriminatorio en el ámbito laboral. El argumento utilizado es que la enfermedad se trata de una

⁶⁵ STS de 2 de noviembre, Rec. n°2344/2013.

⁶⁶ STC de 3 de agosto, Rec. n°44/1982; STC de 16 de julio, Rec. n°1123/1985, F.J.5°; STC de 26 de septiembre, Rec.n°988/1987.

circunstancia inherente a la condición humana sin ser específica para un grupo determinado de personas. Por lo que para el TC la enfermedad no es incluíble dentro del derecho a la no discriminación que recoge la CE.

A pesar de este pronunciamiento, el TC deja la puerta abierta a la inclusión de la enfermedad como factor discriminatorio protegido por el art. 14 CE cuando se tome como un elemento de segregación que se base simplemente en la existencia de la enfermedad o la estigmatización como persona de la aptitud para desarrollar una actividad laboral por el padecimiento de dicha enfermedad. Lo complicado en este aspecto sería determinar cuándo la enfermedad que sufre el trabajador provoca esa estigmatización, existiendo en la actualidad solamente casos concretos que han recibido esa calificación de nulos por apreciar el tribunal ese efecto estigmatizador⁶⁷.

De este modo, la enfermedad no puede ser asimilada a la discapacidad, siendo solo un factor discriminatorio en el caso de que sea un elemento de segregación o cuando derive en una discapacidad. Esta posición se debe a que la enfermedad es una circunstancia transitoria que produce una situación temporal de incapacidad y la discapacidad es una situación permanente, a largo plazo, que produce exigencia de una adaptación continua tanto laboral como social. En el Asunto Chacón Navas, el TJUE se pronunció en el 2006 al respecto, acordando que la Directiva 2000/78 no equiparaba enfermedad y discapacidad, pero, con posterioridad, el TJUE se ha vuelto a pronunciar estableciendo un nuevo concepto de discapacidad, que será posteriormente tratado, en el que en ocasiones sí se puede asimilar el concepto de enfermedad a discapacidad.

Para el TC, un despido a un trabajador enfermo será nulo en el caso de que sea discriminatorio o se vulnere el derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 CE, pero en ningún momento considera que se extienda a la situación de IT que deriva de una enfermedad. Ha determinado que el derecho a preservar la salud está incluido en el derecho a la integridad⁶⁸, pero el derecho a la salud no puede ser equiparado a un derecho fundamental ya que se recoge en el art. 43 CE. Por lo tanto, como no supone una vulneración de un derecho fundamental, tiene que calificarse como improcedente y no

⁶⁷ STSJ de Madrid de 5 de noviembre, Rec. n°3100/2007; STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre, Rec. n°1117/2007, despido nulo de una trabajadora de baja por ansiedad y depresión por haber pasado por situación de violencia de género

⁶⁸ STC de 11 de marzo, Rec. n°2955/1992.

como nulo⁶⁹. Además, respecto al derecho a la integridad física en sus pronunciamientos interpreta que no es necesario para que se quebrante se haya producido una lesión efectiva, sino que sirve con que se haya llevado a cabo una acción que lo haya puesto en riesgo⁷⁰, no sirve cualquier peligro, sino que tiene que ser un peligro tanto grave como cierto para la salud⁷¹.

Esta discriminación que pueda apreciar el trabajador, a la hora de acudir a los tribunales, tiene que acreditar dicha existencia del indicio discriminatorio que permita deducir la posibilidad de dicha vulneración constitucional se haya producido, una prueba verosímil o un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio, sin ser suficiente la mera afirmación de la discriminación⁷². Tras presentar dicha prueba indiciaria, el empresario es quien asume la carga de probar que los hechos que justifican la extinción del contrato son legítimos o que son ajenos a todo móvil discriminatorio. No siendo por lo tanto el deber del empresario de presentar la prueba de la no discriminación, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión tomada⁷³.

Como ha sido comentado, el TC se ha pronunciado recientemente en la sentencia 118/2019, de 16 de octubre, Recurso de Inconstitucionalidad 2960/2019, la cual está siendo bastante controvertida, sobre el despido objetivo amparado en ausencias justificadas. En el caso de la sentencia, se trata de un despido objetivo de una trabajadora que se ausentó 9 días de 40, siendo 8 de ellos justificados por la IT, despidiéndosela por faltar el 22,5% en dos meses. La trabajadora recurre el despido por considerar que el artículo 52.d ET vulnera los artículos 14 y 15 CE (igualdad y derecho a la integridad física), y por suponer una coacción para no permanecer en IT por miedo al despido. El fallo del TC determina que la extinción contractual por un número de bajas concretas aunque sean justificadas, es un derecho legítimo para *“proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador.”*⁷⁴ Además, del tribunal recalca que esto no puede ser aplicable a los casos de enfermedades graves y de larga duración, así como las derivadas de embarazo, parto o lactancia y de violencia de género. Se hace referencia también al art. 38 CE el cual recoge la garantía y protección de la

⁶⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud”; *Editorial Aranzadi*, 2017, p. 4.

⁷⁰ STC de 25 de noviembre, Rec. n°1044/2000 y n°1089/2000, F.J.4°.

⁷¹ STC de 29 de mayo, Rec. n°4214/1998, F.J.6°.

⁷² STC de 21 de julio, Rec. n°6595/2006; STC de 20 octubre, Rec. n°2899/2006.

⁷³ STC de 10 septiembre, Rec. n°4179/2004; STC de 23 junio, Rec. n°4975/2006.

⁷⁴ STC de 16 de octubre, Rec. 2960/2019, F.J. 3°, párr. 2°.

libertad de empresa junto con la defensa de la productividad, por lo tanto, el tribunal recalca que el despido objetivo recogido en este art. 52.d sirve para eximir al empresario de sostener una relación laboral que se ha convertido en demasiado onerosa para la empresa por las faltas de asistencia del trabajador, haciendo referencia también al caso Ruiz Conejero resuelto por el TJUE en el mismo sentido. Además, para el TC no se vulnera el derecho a la integridad física ni a la protección de la salud del trabajador ya que no se genera un peligro grave y cierto para la salud del mismo. En resumen, para el tribunal esta causa de despido no viola ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la protección de la salud, ni el derecho al trabajo que consagra la CE.

Los cuatro magistrados disconformes con la decisión del pleno del TC se han decantado por la protección del trabajador. Por un lado, algunos han tildado el artículo 52.d. ET como una vulneración de las garantías de los trabajadores, apoyándose en que si situaciones como la analizada, la cual supone una ausencia del 7,84% de los días laborales anuales, afecta en la productividad de la empresa es una gran desproporción⁷⁵. Otros magistrados se apoyan en que al no analizar la situación de la ausencia del trabajador con el impacto de las ausencias en la empresa (lo cual sí se analizaba antes de la reforma realizada en el año 2012) supone que aumenten los despidos por causas objetivas en detrimento de las garantías constitucionales, además de considerarlo discriminatorio hacia las mujeres ya que, en general, son las que suelen ausentarse más por su mayor dedicación al cuidado de hijos, discapacitados y dependientes⁷⁶.

Este artículo puede estar justificado en que alguien debe asumir los efectos de que un trabajador sufra bajas intermitentes de cortos periodos, pero se está protegiendo la productividad empresarial, las personas enfermas suponen un coste y los beneficios empresariales se reducen tanto por el coste de la sustitución como por sufragar los subsidios a dichos trabajadores. En este sentido, es importante traer a colación en la justificación de esta causa de despido la doctrina del TJUE en el asunto Ruiz Conejero en la que se determina que intentar erradicar el absentismo laboral es legítimo como parte de la política de empleo, y las bajas continuadas para pequeñas empresas suponen costes

⁷⁵ Opinión seguida por los magistrados del Tribunal Constitucional Fernando Valdés Dal-Ré y Cándido Conde Pumpido.

⁷⁶ Opinión seguida por los magistrados del Tribunal Constitucional María Luisa Balaguer Callejón y Juan Antonio Xiol Ríos.

económicos, además de lo difícil que supone encontrar trabajadores que estén dispuestos a sustituir al trabajador en ausencias de cortos periodos.

Respecto a los argumentos dados por el TC para considerar válido el despido objetivo por ausencias justificadas, considero que alguno de ellos es discutible en ciertos términos. En primer lugar, el razonamiento que determina que esta causa de despido no afecta a la integridad física del trabajador por no suponer un riesgo grave para la salud, considero que acudir al trabajo con una enfermedad contagiosa sí afecta a la salud e integridad física de quien la padece, así como la de los demás trabajadores. Además, el propio art. 52.d ET mantiene cierto equilibrio entre la libertad de empresa y el interés legítimo de paliar el elevado coste de las ausencias y la protección de la salud al excluir determinadas ausencias por enfermedades graves.

Puede plantearse si existe una sobreprotección al empresario al facilitarle con este precepto un despido “fácil”, desprotegiendo así a la figura del trabajador que de verdad enferma y falta al trabajo por necesidad, respaldado por una situación de IT. ¿Prevalece el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho al trabajo y protección de la salud del trabajador? ¿Se antepone el dinero de las empresas a la salud del trabajador? Esta sentencia ahonda en la precariedad laboral de los trabajadores, cruzándose una línea que parece que antepone los intereses económicos y la libertad empresarial al bienestar de los trabajadores. Se avala que cualquier trabajador que en un periodo corto de tiempo pueda enfermar por diversas circunstancias y suponga una justa causa de despido. Esta causa de despido puede provocar que trabajadores enfermos se vean obligados a trabajar por miedo a un posible despido, lo que influye negativamente en el derecho a la seguridad en el trabajo que recoge el art. 40.2 CE, ya que acudir al trabajo enfermo supondría un riesgo para su salud, pudiendo contagiar al resto de compañeros en caso de ciertas enfermedades, así como poder provocar un accidente de trabajo en trabajos peligrosos o que requieren una cierta concentración. Además, acudir al trabajo enfermo provoca también un bajo rendimiento, al no estar la persona al 100%, afectando así en la productividad de la empresa.

Desde este punto de vista puede considerarse discriminatorio en varias vertientes como pueden ser la de género porque, tal y como se argumentó en uno de los votos particulares de la sentencia del TC, afecta en mayor número a mujeres que a hombres, por otro lado, por razones genéticas ya que se discrimina a trabajadores que tienen tendencia a enfermar más fácilmente, y finalmente, por motivos personales o sociales, ya

que según las estadísticas las personas que habitan barrios más pobres tienen estadísticamente más enfermedades. Además, puede plantearse también que se esté vulnerando el derecho a la protección de datos de salud, ya que, como se prohíbe su aplicación cuando el trabajador sufre cáncer o enfermedades graves, el trabajador tiene que dar los datos médicos sobre la enfermedad que padece. Finalmente, puede considerarse que se vulnera el Convenio nº158 de la OIT, el cual recoge en los artículos 4 y 6 que un despido debe de estar basado en una justa causa y que no puede justificarse en ausencias de un trabajador por enfermedad.

4.3 DOCTRINA DEL TJUE Y SU INFLUENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO

La protección de las personas enfermas y con discapacidad no solamente se ha producido en la legislación nacional, sino que a nivel europeo también se ha protegido a través de Directivas, Decisiones y pronunciamientos del TJUE. Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE tiene gran influencia en los tribunales nacionales españoles, el cual, ha tratado en numerosas ocasiones los despidos de trabajadores enfermos y ha ido variando su posición. Las sentencias en las que se ha pronunciado en este tema van desde el 2006 en el Asunto Chacón Navas hasta el año 2019 en el Asunto DW/Nobel Plastiques Ibérica. En este aspecto, es relevante la Directiva 2000/78⁷⁷, la cual ha sido nombrada en varias ocasiones a lo largo del estudio. Esta Directiva trata la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, suponiendo un desarrollo del art. 19 del TFUE, y no se centra simplemente en las personas discapacitadas, sino que principalmente se centra en la igualdad y no discriminación en el empleo, configurando una serie de motivos entre los que se encuentra la discapacidad⁷⁸.

El primer pronunciamiento del TJUE fue el Asunto Chacón Navas en el año 2006⁷⁹, habiendo sido planteado por un juzgado español, suponiendo el punto de partida para examinar la evolución de la jurisprudencia cuando el trabajador es despedido

⁷⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁷⁸ La Directiva 2000/78/CE se transpuso con la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificando el artículo 4.2.c del ET al incorporar expresamente la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y el artículo 17.1 del mismo para incluir que la discriminación directa o indirecta por discapacidad y edad eran nulas.

⁷⁹ STJCE de 11 de julio de 2006, *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A.*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

mientras está en una situación de IT por enfermedad. Esta cuestión prejudicial se debe a que el único motivo por el que se despidió a la trabajadora es por la enfermedad que le produce estar en situación de IT, planteando el tribunal si puede considerarse la enfermedad dentro del concepto de discapacidad y si puede incluirse dentro de las razones que recoge la Directiva 2000/78. El TJUE es claro en su posición, teniendo una posición restrictiva, determinando firmemente que no se pueden equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad, además de que el art. 1 de la Directiva se refiere a la discapacidad y no a la enfermedad, excluyéndose deliberadamente de la aplicación de esta Directiva la enfermedad. A pesar de este pronunciamiento, parece que el TJUE deja una puerta medio abierta al determinar que para que sea posible una inclusión del concepto de enfermedad en el de discapacidad debe de ser una limitación de larga duración.

En conclusión, para el TJUE si un trabajador es despedido por el único motivo de padecer una enfermedad, no es discriminatorio, por lo que no puede ser calificado como nulo. Además, es concluyente con la separación del concepto de discapacidad y enfermedad.⁸⁰ Esta sentencia, fue un claro apoyo a la posición seguida por el TS, ya que no se dudaba en ningún momento que la enfermedad no podía ser asimilada a la discapacidad cuando se realizaba una valoración de un factor discriminatorio, aunque si difiere en algunos puntos como a la hora de definir la discapacidad, ya que para el TS es una situación permanente⁸¹, y para el TJUE una situación de larga duración.

Tras esta sentencia, unos años después, tuvo lugar la Decisión 2010/48/CE (LCEur 2018,78) del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de personas con discapacidad, la cual determinó la obligación de que la Directiva 2000/78 se interpretara conforme a esa Decisión.

El TJUE en el Caso HK Danmark-Ring, confeccionó un concepto práctico de discapacidad⁸². Cuando se produjo este pronunciamiento, la UE ya había ratificado la Convención de las Naciones Unidas comentada, debiendo de interpretarse dicha Directiva

⁸⁰ Esta sentencia tiene gran importancia ya que fue la primera que hizo una definición del concepto de discapacidad, ya que la Directiva 2000/78 no lo realizaba ni ninguna norma europea; además dejó claro que la enfermedad no era un motivo de discriminación prohibido en dicha Directiva, e hizo el primer pronunciamiento respecto a la posible asimilación de enfermedad y discapacidad en el caso de ser una enfermedad de larga duración.

⁸¹ STS de 11 de diciembre, Rec. nº4355/2006.

⁸² STJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark (Ring)*, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222; y más recientemente en la STJUE de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/2016, ECLI:EU:C:2018:17.

en todo lo factible conforme a ella. Respecto al nuevo concepto de discapacidad se estableció lo siguiente:

- a) Este concepto debe de entenderse como una limitación que deriva de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo, la cual puede impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. No se exige que la limitación tenga un carácter perpetuo, sino que simplemente sea de larga duración⁸³. Por lo tanto, existen dos variantes de discapacidad, una que es una incapacidad permanente, y otra una incapacidad temporal duradera pero reversible⁸⁴.
- b) Además, no solo incluye la incapacidad de realizar una actividad profesional, sino también la dificultad de llevarla a cabo. Interpretar el concepto de discapacidad de otro modo, no respetaría la Directiva cuyo fin es que las personas con alguna discapacidad puedan tener un trabajo. Tal y como recoge la STJUE HK Danmark-Ring en el apartado 43: “*la circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de forma limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de ‘discapacidad’*”.
- c) Además, no importa la causa de la discapacidad. Se incluyen en la Directiva las de nacimiento, las de accidentes o las que provocan una enfermedad. Es importante en este concepto determinar que la Directiva en el concepto de discapacidad no distingue si la persona tuvo culpa o no en la misma⁸⁵.

Desde entonces, no existe una distinción clara entre enfermedad y discapacidad, por lo que, a la hora de llevar a cabo un enjuiciamiento de los asuntos, debe determinarse si la duración de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales es lo suficientemente extensa en el tiempo para que quede integrado en el concepto de discapacidad detallado. Esto es importante ya que ni la Directiva determina el concepto de “*limitación duradera*”, ni la Convención el de carácter “*a largo plazo*”⁸⁶.

⁸³ Al contrario de esta interpretación, la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad, RDL 1/2013 de 29 de noviembre (RCL 2013, 1746), hace referencia a “deficiencias previsiblemente permanentes”.

⁸⁴ DUEÑAS HERRERO, L.J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000,3383): a propósito de la STJUE Daouidi de 1/12/2016 (TJCE 2016, 308)” *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2017, p.427.

⁸⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Kaltoft*, C-335/11, ECLI:EU:C:2014:2463.

⁸⁶ OLMOS PARÉS, I. “El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 217/2019.

En definitiva, en esta nueva definición del concepto de discapacidad, se mantiene la línea del primer pronunciamiento del TJUE al determinar que enfermedad y discapacidad no son equiparables en todos los sentidos, no son sinónimos, pero sí que pormenoriza los diferentes factores a tener en cuenta para poder equipararlos. Se acepta así la calificación como nulo de los casos en los que existe una situación incierta sobre una limitación de la capacidad del trabajador que pueda ser considerada de carácter duradero. Supuso un avance en el pronunciamiento de nuestro TC en la sentencia anteriormente comentada 62/2008, considerando que la enfermedad es un factor de estigmatización directo y claro⁸⁷.

A nivel interno, los tribunales españoles no han producido una aceptación plena de esta posición, aunque, el STS en algún pronunciamiento no ha aceptado que haya discriminación en el despido, hace referencia a que la situación de IT del trabajador es corta, pareciendo así que tiene en cuenta esta doctrina del TJUE, empezando así a asentarse las bases de la misma⁸⁸.

Tras este pronunciamiento del TJUE, la primera sentencia del Tribunal Supremo que trata la doctrina manifestada en el Asunto Ring fue la sentencia de 2 de mayo de 2016⁸⁹. En ella, el tribunal admite el concepto de discapacidad de la Convención de la ONU, pero confirma su propia doctrina nuevamente. Se trató de un despido a varias trabajadoras que se encontraban en IT, y la que interpone la demanda llevaba 10 días en esta situación por un latigazo cervical y se le despidió alegando disminución del rendimiento. Para el tribunal, no es discriminatorio ya que no se toma la enfermedad como un elemento de segregación, sino que para la empresa no eran aptas para llevar a cabo el trabajo y se les sustituyó por otras personas para mantener así la productividad, no siendo la causa del despido la enfermedad, sino la influencia de la misma en la productividad, calificando así el despido como improcedente. Tras este primer pronunciamiento, el Tribunal se plantea si el concepto del Asunto Ring puede tener influencia en este aspecto, determinado que hay que tener en cuenta el artículo 1 de la Convención de la ONU pero que en este caso la enfermedad no es asimilable a ese concepto de discapacidad ya que la IT no se prolongó en el tiempo. Respecto a esta posición, puede comprobarse que la

⁸⁷ En este mismo sentido se han pronunciado tribunales inferiores como la STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2014, Rec. nº3917/2013.

⁸⁸ STS de 3 de mayo, Rec. nº3348/2014

⁸⁹ STJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark contra Dansk almennyttigt Boligselskab y Dansk Arbejdsgiverforening*, Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

posición restrictiva que tuvo el Tribunal Supremo en sus primeros pronunciamientos queda a un lado y se adopta una posición más abierta a la asimilación de la enfermedad a la discapacidad cuando se cumplen ciertos requisitos, lo cual antes se negaba con rotundidad.

Otro pronunciamiento fue en el Asunto *Daouidi*⁹⁰, resolviendo la cuestión prejudicial planteada nuevamente por un Juzgado español. Lo que afirma el TJUE es que una limitación de larga duración puede asimilarse al concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78, y que el carácter duradero de dicha limitación tiene que considerarse en la fecha en la que se realiza el presunto acto discriminatorio. En relación con el concepto de larga duración, los TSJ se han pronunciado determinando que debe acreditarse que por las secuelas puede ser de larga duración y que persista más allá del tiempo necesario para curar una dolencia similar, fijando un criterio cuantificable objetivo que facilita su calificación en dicho concepto⁹¹. Respecto a la segunda determinación del TJUE, respecto cuándo analizar la situación del trabajador, la mayoría de los tribunales españoles han seguido esta doctrina⁹², pero algunos de ellos han resuelto teniendo en cuenta elementos posteriores al despido, algo que no es lógico, justo ni objetivo, y por lo tanto difícil de entender⁹³.

El TJUE también se pronunció en el Asunto *Ruiz Conejero*⁹⁴ en el 2018, nuevamente debido a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español, planteada en base al art. 52 del ET. Trataba de un trabajador que padecía una discapacidad del 37% y había estado en 6 ocasiones en situación de IT en los últimos 2 años, y al sobrepasar el 20% de las jornadas hábiles, y el 5% de faltas en el año anterior, el empleador extinguió el contrato basándose en el artículo 52.d ET. La cuestión prejudicial planteaba si el art. 52.d ET es contrario a la Directiva 2000/78 por ser discriminatorio a las personas discapacitadas al tener mayores probabilidades para ser despedidos en base a este artículo. El TJUE resuelve diciendo que el hecho de que se reconozca la discapacidad a efectos del derecho nacional no tiene por qué encajar en el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78, teniendo que comprobar para ello los factores que recoge la Convención de la ONU en la definición que hace sobre el concepto de

⁹⁰ STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917.

⁹¹ STSJ Andalucía (Sevilla) de 5 de abril, Rec. nº1884/2017

⁹² STSJ de Madrid de 31 de marzo, Rec. nº143/2017; STSJ del País Vasco de 9 de mayo, Rec. 906/2017; STSJ Cataluña de 12 de junio, Rec. 2310/2017; STSJ de Extremadura de 19 de septiembre, Rec. 483/2017.

⁹³ STSJ de Madrid de 8 de marzo, Rec.1172/2916; STSJ de País Vasco de 20 de septiembre, Rec.2345/2017

⁹⁴ STJUE de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/2016, ECLI:EU:C:2018:17.

discapacidad⁹⁵. Esta afirmación supone un conflicto en interpretaciones futuras sobre el término “discapacidad”, ya que, si en el ámbito interno español se considera a alguien como discapacitado, no tiene por qué ocurrir lo mismo a nivel de la Directiva comunitaria.

Además, para el tribunal no existe una discriminación directa a los discapacitados por parte del artículo comentado, ya que este artículo se refiere tanto a trabajadores con y sin discapacidad, aunque sí reconoce que se encuentran con mayor probabilidad de que se active este artículo los trabajadores que padecen una discapacidad ya que son más propensos a estar en más situaciones de IT. Asimismo, para el TJUE este artículo es una medida para atacar el absentismo laboral y lo considera legítimo ya que es una medida de política de empleo.

Esta posición del TJUE sobre el concepto de discapacidad se ha visto reflejada en el ámbito interno en la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019⁹⁶, en la que se valora el despido de una trabajadora a la que después de que le diagnosticaran cáncer de útero fue despedida por “*no sostener la baja, en temporada alta y pocas trabajadoras*”. El Juzgado lo calificó como improcedente pero el TSJ como nulo por considerarlo una violación de derechos fundamentales ante una enfermedad grave propia de su condición de mujer, siendo por lo tanto una conducta discriminatoria de los derechos de igualdad, integridad física, a la protección de la salud y de género. Además, el TSJ asemeja la enfermedad al concepto de discapacidad del TJUE por ser de larga duración la IT y no conocer la fecha de fin.

Recientemente ha sido publicada la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18⁹⁷, la cual se trata de una petición de decisión prejudicial que plantea el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona. Esta petición del Juzgado tiene por objeto que se lleve a cabo una interpretación de la Directiva 2000/78 anteriormente comentada. Se plantea en un litigio entre DW y Nobel Plastiques S.A, sobre la legalidad de un despido por causas objetivas de DW. La trabajadora se dedicaba a procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico y sufría una epicondilitis y debido a ello alternó diversas situaciones de IT, tras las altas médicas se calificó como “apta con limitaciones”.

⁹⁵ Art. 1.2 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”

⁹⁶ STSJ de Cantabria de 18 enero, Rec. nº833/2018.

⁹⁷ STJUE de 11 de septiembre de 2019, DW/Nobel Plastiques Ibérica S.A., C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703

Se le cambió de puesto de trabajo con el fin de adaptarlo a su situación personal pero en 2017 se le notifica una carta de despido basada en causas objetivas, siendo los motivos: que la trabajadora tenía una productividad inferior al 95%, una menor polivalencia entre los puestos dentro de la cadena de producción y un mayor índice de absentismo.

Ante esta situación, el TJUE determina que los motivos en los que fundamenta la empresa el despido por causas objetivas son elementos que constituyen una clara discriminación. La doctrina anterior establece claramente que la protección superior que se le da a un trabajador con discapacidad no le exime de sus obligaciones, ya que debe de integrarse en la relación laboral con la máxima igualdad posible, no evitando el despido del mismo. En este caso, el tribunal afirma que el despido debe de argumentarse según la discapacidad que padezca el trabajador y por lo tanto si se le aplican unos criterios que parecen neutros para el resto de la plantilla, pero no para el trabajador con discapacidad, supone una discriminación indirecta. En este caso concreto, sobre todo el criterio del absentismo, ya que se tomaron en cuenta las situaciones en las que la trabajadora se encontraba en situación de IT para su cómputo, y desfavorece a los trabajadores con discapacidad si la falta al trabajo se relaciona con su discapacidad.

Por todo ello, el TJUE considera que sólo puede llevarse a cabo un despido por causas objetivas si la empresa realizó una inversión de adaptar el puesto de trabajo a las capacidades y limitaciones de la persona con discapacidad despedida para que se reintegre en la empresa y si tras esa adaptación el trabajador tuviera unas cifras que justificaran el despido, se podría proceder a un despido por causas objetivas y sin poder calificarse como improcedente. En resumen, solo se puede llevar a cabo un despido objetivo a un trabajador con discapacidad si se justifica que los criterios que ha utilizado para el despido tienen en cuenta las circunstancias particulares de ese empleado, todo ello, demostrando que la empresa previamente había adaptado el puesto de trabajo del cesado a sus limitaciones.

5. CONCLUSIONES

Tras este análisis pormenorizado de este tipo de despido, puede decirse que se trata de un tema complejo que no se encuentra totalmente resuelto y aclarado por la jurisprudencia, existiendo parte de inseguridad jurídica y con diversas posiciones de los tribunales.

La IT es una figura jurídica de protección al trabajador enfermo y una forma de mantener la estabilidad en el empleo, suspendiendo el contrato de trabajo durante su vigencia con las consecuencias que hemos visto que eso supone. Tras esta situación de IT, no debería permitirse que un trabajador que tiene todavía secuelas que limitan su actividad y aptitud vuelva a su puesto de trabajo. El remedio a esta situación podría ser buscar una forma de evitar que el trabajador que no se encuentra todavía recuperado tras el periodo máximo de IT pueda mantener la suspensión del contrato, ya que debe de asegurarse en todo momento la recuperación completa del asalariado, teniendo que tener presentes en todo momento el derecho a la salud (Art.43 CE) y a la integridad física (art.15 CE). La solución podría ser que se aumentara el tiempo de IT, reduciéndose proporcionalmente el subsidio económico. En las situaciones en las que no se produce un restablecimiento de la salud total hay que buscar la armonía entre los derechos enfrentados como son el derecho a la productividad y el derecho a la salud e integridad física. Es conveniente que se lleve a cabo alguna reforma que solucione la inseguridad jurídica latente.

Respecto a la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo en ocasiones puede ser ajustado a derecho, pero en otras si se produce sin justa causa y está basado simplemente en la enfermedad que padece es ilícito. Es un despido considerado justo y procedente cuando la causa no es la propia enfermedad o discapacidad del trabajador, sino cuando se debe a los efectos que produce en la capacidad para trabajar como puede ser las causas recogidas en el art. 52 ET de despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por faltas de ausencia justificadas, bien es cierto que solo es posible cuando se cumplen los requisitos comentados.

En relación con el despido disciplinario respecto a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia, queda claro que el incumplimiento sea de cierta gravedad. Asimismo, las bajas médicas no pueden justificar un despido disciplinario, ya que no media el factor de culpabilidad que se exige en dicho despido, además no ser justo un despido amparado en la entrega tardía de la baja o en la confirmación de la misma. Por otro lado, para que sea legítimo un despido por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo tiene que ser grave y voluntario además de que la empresa justifique dicha disminución de productividad. Respecto a la realización de actividades durante la IT, queda claro que la doctrina ha evolucionado hacia una posición más flexible, analizándose cada actividad realizada en relación con la IT que se padezca, las

prevenciones a tener en cuenta, la reiteración o constancia de la actividad, el esfuerzo realizado, el momento en el que se realiza. Es decir, no se califican todos los despidos disciplinarios como procedentes ni todos como improcedentes cuando se realizan actividades durante la IT, sino hay que tener en cuenta todo lo anterior.

Por lo que se refiere al despido objetivo, en relación con la ineptitud sobrevenida del trabajador, el empleador debe ser quien demuestre la falta de aptitud y en ese caso, el trabajador será quien tenga que demostrar que lo conocía, lo consentía o es una situación temporal. Además, para que sea un despido procedente, el empresario tiene que realizar una adaptación del puesto de trabajo, la cual tiene que ser razonable y que no sea una carga excesiva para el mismo. Es importante saber que el empresario no puede utilizar esta vía de despido cuando el trabajador está en situación de IT, algo lógico y justo ya que en principio se trata de una situación temporal y lo normal sería que se recuperara. Esta causa de despido tampoco puede ajustarse en los casos de trabajadores de avanzada edad, ya que está previsto para casos de ineptitud para llevar a cabo el trabajo y no para la edad, siendo en esos casos discriminatorio.

La Reforma Laboral de 2012 en mi opinión concedió al empleador mayor flexibilidad a la hora de utilizar el despido objetivo al eliminar un factor objetivo como era el porcentaje total de bajas en la empresa para proceder al despido por ausencias justificadas y teniendo en cuenta a partir de ese momento solamente el porcentaje de faltas justificadas del trabajador concreto. Esta modificación claramente ha facilitado el despido por estas circunstancias, dejando al trabajador en una posición de debilidad al poder despedírsele por un número determinado de faltas al trabajo, aunque estén justificadas. Esta reforma se inclina más a favorecer al empleador, dando a entender que prima el derecho a la productividad y economía de la empresa frente a la salud, bienestar y riqueza del asalariado. Lo que todo esto provoca es que el trabajador pueda sentirse presionado a acudir a trabajar aun estando enfermo y pudiendo justificarlo, y, que el trabajador acuda aun estando enfermo supone que disminuya su productividad y por lo tanto la de la empresa. Aunque las bajas supongan una carga elevada para el empleador, está claro que este artículo necesita una reforma que aclare la finalidad de este tipo de causa de extinción del contrato de trabajo, fundamentada principalmente en aumentar el límite de la duración de las IT computables, ya que no es justo que por faltar un porcentaje insignificante al año (siempre justificado y avalado por una baja médica) pueda procederse a un despido procedente. El principal problema puede que esté en que no se repara en la productividad

concreta de la empresa sin tenerse en cuenta factores tan importantes como la situación concreta, el tamaño, la productividad o los beneficios de cada empresa, ya que no es lo mismo este tipo de situaciones en una empresa que tiene 10 trabajadores a una que tiene 1.000.

Como puede comprobarse en la gráfica, tras dicha reforma los despidos objetivos pasaron de ser 136.099 en el año 2011 a 203.867 en el 2012 cuando entró en vigor, suponiendo un aumento del 49,79%. Si se comparan los despidos objetivos que se produjeron entre los cuatro años anteriores a la reforma (desde el año 2008 a 2011) los cuales ascienden a 582.021, y los cuatro años posteriores (desde el año 2012 a 2015) que ascienden a 777.919, puede comprobarse un incremento del 33,65%. El año que se produjeron mayor número de despidos objetivos fue en el año 2013, ascendiendo a un total de 252.988. Por lo tanto, según los valores obtenidos, es un dato objetivo que la Reforma Laboral de 2012 supuso un aumento de los despidos objetivos en España, habiéndose producido un descenso de su uso en los últimos años, siendo previsible que vuelva a aumentar su uso por los empresarios debido al último pronunciamiento del TC sobre el art. 52.d del ET.



Gráfica nº1. *Número de Despidos Objetivos desde el año 2008 al año 2018.*

(Fuente: elaborada con datos extraídos de los anuarios del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social)

Respecto a qué se incluye en la cláusula de exclusión del art. 52.d ET en el concepto de enfermedad grave los tribunales no han dado una respuesta uniforme. Lo lógico sería

que quien determinara si la enfermedad que padece el trabajador es grave sea los médicos y especialistas en la materia. En relación con la posición restrictiva de ciertos TSJ de no tener sólo en cuenta las ausencias por tratamiento de la enfermedad grave creo que es demasiado restrictiva, ya que ciertas enfermedades que encajarían en este concepto pueden impedirte por tener fuertes dolores o por imposibilidad de acudir al trabajo en ocasiones y no estar recibiendo un tratamiento médico concreto, sino que simplemente el trabajador está indispuesto.

La jurisprudencia del TS es clara en su posición de calificar como improcedente y no como nulo un despido de un trabajador que padece una enfermedad o se encuentra en situación de IT, pero hay algunas resoluciones de tribunales inferiores que siguen otra línea considerándolo como nulo. En este ámbito interno, la sentencia del TS de 11 de diciembre de 2007 tenía una postura restrictiva, que, tras la aclaración del concepto de discapacidad de la Unión Europea, hace que el concepto sea más flexible y amplio, lo que por una parte favorece al trabajador, pero por otro es un concepto bastante ambiguo al tener que interpretar por el juzgador interno cuando una limitación es a largo plazo. Con los últimos pronunciamientos del TS, podemos comprobar que probablemente conseguir el reconocimiento de la nulidad en los despidos con estas características va a ser muy complicado y poco frecuente. Queda claro que para el TS no existe discriminación salvo que se trate de enfermedades estigmatizadas o haya algún elemento de segregación, y dicha posición ha sido avalada por el TC.

Respecto a la doctrina seguida por el TJUE, puede sostenerse que el concepto de discapacidad ha sufrido una gran evolución ya que finalmente se ha admitido la asimilación de enfermedades que tengan un carácter duradero, aumentando así la protección del trabajador frente la discriminación, pero, a su vez, manteniendo cierta incertidumbre a la hora de llevar a cabo dicha asimilación. A pesar de esto, en relación con el carácter duradero de la enfermedad para poder asimilarlo a discapacidad, en mi opinión ni haber agotado el tiempo máximo de IT ni un parte médico que determine la situación duradera son factores que permitan saber si en el momento que se produce el acto discriminatorio la enfermedad pueda calificarse como de larga duración, ya que puede conseguir que se tengan en cuenta circunstancias posteriores al despido, lo que produciría mayor inseguridad jurídica respecto a la calificación. La forma más precisa de determinar la larga duración sería teniendo en cuenta el estado del trabajador cuando se produce el despido, ya que es la única situación que verdaderamente influye en la toma

de decisión del empresario, y, por lo tanto, la situación más objetiva para su evaluación. Respecto a la posición seguida por los tribunales españoles, no se ha realizado una aceptación completa de la teoría comunitaria, debiendo esperar a que se lleven a cabo más pronunciamientos y que se asiente una doctrina concreta, siendo necesario establecer una forma precisa que permita tener una seguridad jurídica a la hora de asimilar dichos conceptos.

A pesar de que se han producido avances en la protección del trabajador enfermo, creo que sigue vigente una tutela bastante débil sobre el mismo. Creo que un despido por enfermedad en la que no existe una causa real y suficiente para el despido debería de calificarse en todo momento como nulo, aunque también es cierto, que cuando se justifica la ineptitud sobrevenida del trabajador tras la enfermedad impidiéndole realizar las funciones básicas de su trabajo, es obvio que no puede primar la estabilidad en el empleo de alguien que no está capacitado para llevar a cabo dichas competencias frente al derecho a la productividad de la empresa con los costes económicos que ello conlleva.

Es muy difícil establecer un criterio general que pueda abarcar todas las situaciones que se pueden plantear en la práctica jurídica y en el día a día laboral, creyendo que es necesario analizar los factores que rodean a cada caso concreto de despido. Lo que sí es cierto es que no son justos los despidos de trabajadores que todavía se encuentran en situación de IT, ya que debería de primar el derecho a la salud, además de tratarse de una situación transitoria, siendo lo normal que la situación de trabajador vuelva a la normalidad. Tras la IT del trabajador debe ser cuando se analice la situación del trabajador, si sigue siendo apto para el puesto (debiendo en el caso negativo llevar a cabo una adaptación del puesto de trabajo razonable en los términos mencionados), o si su capacidad laboral ha disminuido, pudiendo en esos casos plantearse la posibilidad de que el despido sea ajustado a derecho.

La legislación española frente al despido del trabajador enfermo es incompleta. Pese a que nuestra legislación establece el deber de adaptación del puesto de trabajo de forma razonable y no onerosa, sería necesario implementar un sistema de garantías para conseguir mantener el empleo de trabajadores que padecen enfermedades crónicas sin estar incapacitados o las secuelas que padecen tras una enfermedad. Debería incluirse un precepto en la legislación laboral que estableciera el derecho del trabajador enfermo a transformar el contrato laboral para poder adaptar su empleo a su situación personal, si bien es cierto, existe alguna medida de este carácter en el Real Decreto 1451/1983, de 11

de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, que regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, en especial respecto a trabajadores en IP parcial, total o absoluta. Para conseguir una estabilidad en el empleo de personas que sufren una situación de IT o enfermedad podría ser que todo despido que se justificara exclusivamente o primordialmente en el padecimiento de dicha enfermedad o sin causa fuera considerado en todo momento como nulo en base al art. 6 del Convenio de la OIT nº158.

Según está la situación actual, los jueces y tribunales tienen que llevar a cabo un análisis pormenorizado de todo lo que ha sido comentado a lo largo del trabajo, sin una base legislativa con seguridad jurídica en la que apoyarse y teniendo muy presente la doctrina establecida de forma ya bastante consolidada por los tribunales comunitarios, calificándose al menos como discriminatorios los despidos de trabajadores que padecen enfermedades de larga duración o que padecen enfermedades crónicas.

En relación con la pregunta planteada al inicio del estudio sobre si prevalece el derecho del trabajador a la salud a conservar su puesto de trabajo o el derecho a la productividad y rendimiento del empleador. En el ámbito jurídico y legislativo no hay una respuesta clara y concisa. Está claro que hay que buscar un punto de equilibrio, ya que al igual que puede no considerarse justo desde la perspectiva del trabajador el despido por su enfermedad, desde el punto de vista del empresario puede pensarse hasta qué punto tiene que soportar el gasto económico que le supone esas situaciones. No es un interrogante que tenga fácil respuesta, suponiendo que por eso existe tanta variedad jurisprudencial y que la doctrina tenga diferentes posturas, pero también es verdad que no se puede dar una respuesta única y uniforme, ya que en cada caso según las circunstancias que lo rodeen se produce una calificación u otra. En mi opinión, la única vez que creo que está sobreprotegido el empresario en detrimento del trabajador es en el despido objetivo por ausencias justificadas, donde considero que sí prevalece la libertad de empresa y la defensa de la productividad frente al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores, y constitucionalmente, esta situación no es así, sino que es constitucionalmente más relevante el derecho a la integridad física y de la salud frente a la productividad empresarial.

6. BIBLIOGRAFÍA

Monografías y Artículos de Revista

- ÁLVAREZ ALONSO, D.: Y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela discriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006.
- ARENAS VIRUEZ, M.: “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2011.
- BARREIRA IGUAL, M.B.: “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 6, nº 4, octubre-diciembre de 2018.
- CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C.: “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 3, 2007.
- DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas.”, *Revista de Información Laboral*, nº3/2017 parte Artículos doctrinales, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- DUEÑAS HERRERO, L.J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000,3383): a propósito de la STJUE Daouidi de 1/12/2016 (TJCE 2016, 308)” *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2017.
- GARCÍA SABATER, A.: “El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº221/2019 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- GOERLICH PESET, J.M.; NORES TORRES, L.E.: “El fraude de la Incapacidad Temporal como causa de despido”. *Revista de Información Laboral* núm 11/2017 parte artículos de fondo. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- GOÑI SEIN J.L.- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B.: “Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, *Revista Galega de Dereito Social -2ª ET-*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº191/2016 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016.
- MIRANDA BOTO, J.M., “El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes cumplidos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 5/2018 parte Doctrina, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, *Temas Laborales*, nº130/2015, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Vol. 9 nº 1/2019, Enero-Junio 2019.
- MORENO GENÉ, J.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de larga duración: una de cal y otra de arena. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2500/2017, de 19 de diciembre”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, Nº. 420, 2018.
- MUNÍN SÁNCHEZ, L.M., “Incapacidad Temporal y Despido. A propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto Daouidi, C-395/15”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol.21, 2017.
- OLMOS PARÉS, I. “El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 217/2019, parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- PRIETO, E. C.: “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, nº96/2008, 2008.
- RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A.: *La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017.

- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORNILLO, R. “Protección jurídico laboral del trabajador enfermo en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº196/2017, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios.” *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, Nº. 406, 2017.
- SÁNCHEZ QUIÑONES, L.: “La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?”; *Revista de Derecho UNED*, nº 20, 2017.
- TOLEDO OMS, A. *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009.

Webgrafía

- ACNUDH-América del Sur; (13 de junio de 2019); “*La Organización Internacional del Trabajo debe defender la salud laboral como un derecho fundamental – urgieron Expertos ONU*”; Disponible en: <https://acnudh.org/la-organizacion-internacional-del-trabajo-debe-defender-la-salud-laboral-como-un-derecho-fundamental-urgieron-expertos-onu-%EF%BB%BF/> [Último acceso 22 noviembre de 2019].
- ALONSO, C., (10 septiembre 2019) El Gobierno estudia eliminar el despido por estar enfermo en su reforma laboral. Disponible en: <https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/gobierno-estudia-eliminar-despido-absentismo-reforma-laboral/6512145/> [Último acceso 27 noviembre 2019]
- MARTÍN, Á. (2019). Especial suspensión del contrato de trabajo. La incapacidad temporal. Disponible en: <https://www.tuasesorlaboral.net/categorias-estudio/temas-juridicos/48-especial-suspension-del-contrato-de-trabajo-la-incapacidad-temporal> [Último acceso 27 noviembre 2019]
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Anuarios. Anuario de estadísticas del Ministerio. Disponible todos los datos utilizados para la elaboración de la gráfica en: <http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

ÍNDICE DE SENTENCIAS

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Cataluña, de 7 de octubre de 1992	En la primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT, se consideraba siempre como transgresión de la buena fe, sin tener en cuenta el momento en el que se desarrolle, es decir, al principio o al final.
STSJ de Cataluña, nº2492/1997 de 3 de abril	Para que sea procedente un despido amparado en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, tiene que ser de forma voluntario y culpable del trabajador, y estar justificado por parte de la empresa.
STSJ del País Vasco, de 6 de mayo de 1997, Recurso de Suplicación nº654/1997	Para que sea procedente un despido amparado en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, tiene que ser de forma voluntario y culpable del trabajador, y estar justificado por parte de la empresa.
STSJ de Navarra nº374/1997 de 31 de julio	La falta de aptitud del trabajador tiene que ser demostrado por el empleador, siendo el trabajador en el caso de que existiera esa ineptitud que el empresario lo conocía, lo consentía o era circunstancial.
STSJ de Cataluña nº1891/2000 de 28 de febrero	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo.
STSJ de Aragón, nº227/2001 de 6 de marzo	Despido procedente de trabajador que al segundo día de la IT recorre doscientos kilómetros en coche.
STSJ de Cantabria, nº203/2002 de 20 de febrero, Recurso de Suplicación nº143/2001	Posición actual de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT: no toda actividad que se desarrolle durante este periodo justifica un despido disciplinario, sólo la que impida una buena curación y recuperación.
STSJ de Madrid, nº205/2002 de 30 de abril, Recurso de Suplicación nº1095/2002	En el caso de que se pacte interrupción del periodo de prueba solamente para casos de IT, el descanso por maternidad.
STSJ del País Vasco de 27 de junio de 2003, Recurso de Suplicación nº1000/2003	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo por vulnerar el derecho a la integridad física y moral.
STSJ de Andalucía (Granada) nº3945/2003 de 22 de diciembre, Recurso de Suplicación nº2617/2003	Cuando no se realiza un pacto de interrupción del periodo de prueba en caso de IT o maternidad, ese periodo de prueba no se interrumpe.
STSJ de Murcia nº581/2004 de 24 mayo, Recurso de Suplicación nº575/2004	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo por ser discriminatorio.
STSJ de la Comunidad Valenciana nº3180/2005 de 11 de octubre, Recurso de Suplicación nº3082/2005	Se desestima un despido a un trabajador con VIH que había sido calificado como nulo por el Juzgado, debido a que para el tribunal faltan indicios del móvil discriminatorio.

STSJ de Cataluña nº5939/2006 de 7 de septiembre, Recurso de Suplicación nº584/2005	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo por ser discriminatorio.
STSJ de Madrid, nº8800/2006 de 24 de octubre, Recurso de Suplicación nº3610/2006	Despido improcedente ya que el trabajador durante la IT realizó carreras de 15 minutos al final de la IT, no comparable con el esfuerzo físico de la actividad laboral, además recibió el alta al día siguiente de realizarlo.
STSJ de Castilla-La Mancha, nº1609/2007 de 2 de noviembre, Recurso de Suplicación nº1117/2007	Despido nulo de una trabajadora de baja por ansiedad y depresión por haber pasado por situación de violencia de género.
STSJ de Madrid, nº728/2007 de 5 de noviembre, Recurso de Suplicación nº3100/2007	Despido calificado como nulo por considerar la enfermedad del trabajador como un elemento de segregación.
STSJ de Cataluña nº8722/2007 de 11 diciembre, Recurso de Suplicación nº580/2005	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo por discriminatorio.
STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) nº9/2011 de 25 de enero, Recurso de Suplicación nº204/2010	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo por vulnerar el derecho a la integridad física y moral.
STSJ de Asturias, nº810/2010 de 12 de marzo, Recurso de Suplicación nº188/2010	Calificación del despido durante la IT por enfermedad como nulo por vulnerar el derecho a la integridad física y moral.
STSJ de Madrid nº236/2010 de 5 de abril, Recurso de Suplicación nº120/2010	Aunque se pacte la interrupción del periodo de prueba durante la IT por enfermedad o por maternidad, sigue presente la facultad empresarial de desistir el contrato.
STSJ de Cataluña nº4784/2011 de 7 de julio, Recurso de Suplicación nº2852/2011	La decisión de extinguir el contrato de trabajo por el empleador mientras el trabajador se encuentra en IT se considera desistimiento y no despido improcedente.
STSJ de Andalucía, Sevilla, nº293/2011 de 4 de octubre, Recurso de Suplicación nº402/2011	Despido calificado como nulo por lesión de derecho a la integridad física por amenazar con despido al trabajador en IT si no pide el alta médica voluntaria y se reincorpora al trabajo.
STSJ de Galicia, nº1754/2012 de 22 de marzo, Recurso de Suplicación nº5883/2011	Califica de procedente el despido disciplinario de un trabajador que durante la IT se encuentra en el negocio familiar realizando tareas que suponen una actividad física continuada.
STSJ de Galicia, nº4114/2012 de 10 julio, Recurso de Suplicación nº1949/2012	Despido calificado como improcedente ya que las actividades que realiza el trabajador durante la IT suponen un menor esfuerzo que la realizada en el trabajo.
STJS de Andalucía, (Granada) nº1823/2012 de 12 de julio, Recurso de Suplicación nº1148/2012	La decisión de extinguir el contrato de trabajo por el empleador mientras el trabajador se encuentra en IT se considera desistimiento y no despido improcedente.
STSJ de Cataluña, nº3161/2012 de 19 de diciembre, Recurso de Suplicación nº2842/2012	Califica de procedente el despido disciplinario ya que durante la IT la trabajadora de una carnicería que está de baja por síndrome de túnel carpiano, y durante ese periodo atiende a diario una tienda que tiene con su hermana y da clases de repostería.

STSJ de Madrid, nº603/2013 de 5 de julio, Recurso de Suplicación nº823/2013	Despido procedente por realización de tareas de albañilería durante IT, actividades incompatibles con su cervicobraquialgia y bursitis del hombro.
STSJ de Castilla y León (Burgos) nº340/2013 de 17 julio, Recurso de Suplicación nº244/2013	Despido procedente por realizar actividades lúdicas incompatibles con la IT, siendo estas de un esfuerzo superior al tratarse de jugar al baloncesto.
STSJ de Andalucía (Sevilla) nº2671/2015 de 29 de octubre, Rec. nº2723/2014	Despido procedente ya que durante la IT se le prescribió guardar reposo y la trabajadora se fue de viaje.
STSJ Cataluña nº1267/2014 de 19 de febrero, Rec. nº5607/2013.	No le corresponde al tribunal calificar si una baja es por enfermedad grave o no, sino que tienen que hacerlo los médicos.
STSJ Castilla y León (Valladolid) nº1095/2014 de 16 de julio	La bronquitis y dolor abdominal no es enfermedad grave.
STSJ de Andalucía (Málaga) nº1641/2014 de 13 de noviembre, Rec. nº1437/2014	La migraña no se considera enfermedad grave.
STSJ de Madrid nº494/2015, de 26 de mayo, Rec. nº1/2015	La cláusula del art. 52.d no incluye todas las faltas de asistencia por el padecimiento de una enfermedad grave, sino sólo las que sean consecuencia del tratamiento de la enfermedad
STSJ de Castilla-La Mancha nº1130/2015 de 23 de octubre, Rec. 901/2015	La cláusula del art. 52.d no incluye todas las faltas de asistencia por el padecimiento de una enfermedad grave, sino sólo las que sean consecuencia del tratamiento de la enfermedad
STSJ del País Vasco, nº111/2016 de 31 de mayo, Rec. nº955/2016	Despido improcedente ya que durante la IT el trabajador acudió a actuaciones de magia compatibles con la enfermedad.
STSJ de Madrid, nº944/2016 de 10 de noviembre, Rec. nº791/2016	Aunque se pacte la interrupción del periodo de prueba durante la IT por enfermedad o por maternidad, sigue presente la facultad empresarial de desistir el contrato.
STSJ de Madrid, nº248/2017 de 8 de marzo, Rec.1172/2916	Sigue doctrina TJUE sobre evaluar la situación de IT del trabajador en el momento que se produce el despido del trabajador enfermo.
STSJ de Madrid, nº211/2017 de 31 de marzo, Rec. 143/2017	Respecto al concepto de larga duración, debe acreditarse que por las secuelas puede ser de larga duración y persista más allá del tiempo necesario para curar una dolencia similar
STSJ del País Vasco, nº1062/2017 de 9 de mayo, Rec. 906/2017	Respecto al concepto de larga duración, debe acreditarse que por las secuelas puede ser de larga duración y persista más allá del tiempo necesario para curar una dolencia similar
STSJ Cataluña nº3767/2017 de 12 de junio, Rec. 2310/2017	Respecto al concepto de larga duración, debe acreditarse que por las secuelas puede ser de larga duración y persista más allá del tiempo necesario para curar una dolencia similar
	Respecto al concepto de larga duración, debe acreditarse que por las secuelas puede ser de

STSJ de Extremadura, nº560/2017 de 19 de septiembre, Rec. 483/2017	larga duración y persista más allá del tiempo necesario para curar una dolencia similar
STSJ de País Vasco, nº2500/2017 de 20 de septiembre, Rec.2345/2017	Sigue doctrina TJUE sobre evaluar la situación de IT del trabajador en el momento que se produce el despido del trabajador enfermo.
STSJ de Madrid, nº20/2018 de 15 de enero, Rec. nº1001/2017	Odontóloga de baja que presta servicios durante la IT en centro médico del que era titular, despido procedente ya que realizaba mismas funciones que en su puesto de trabajo.
STSJ Andalucía (Sevilla), nº1109/2018 de 5 de abril, Rec. 1884/2017	El tribunal en vez de seguir la doctrina del TJUE, tiene en cuenta elementos posteriores al despido y no solo la situación del trabajador cuando se produce.
STSJ de Cataluña, nº1558/2018 de 9 de marzo, Rec. 6987/2017	Despido improcedente ya que la trabajadora durante la baja acudió con sus hijos a la playa siendo compatible con la enfermedad (conjuntivitis vírica).
STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) nº246/2019 de 12 de marzo, Rec. nº838/2018	Para que el cambio de sexo sea considerado como enfermedad grave tiene que justificarse la entidad de los hechos a través de una prueba documental o pericial que determine la gravedad.
STSJ de Extremadura (Cáceres) nº159/2019 de 14 de marzo, Rec. nº93/2019.	En el caso de que el CC aplicable no establezca nada sobre la sanción que supone las faltas injustificadas y la sanción correspondiente, se establece que tres días consecutivos justifican el despido.

Tribunal Supremo

STS de 22 de marzo de 1983, Recurso de Casación por infracción de ley	Primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT: transgresión de la buena fe practicar deporte.
STS de 19 de octubre de 1983, Recurso de Casación por infracción de ley	Primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT: transgresión de la buena fe practicar deporte.
STS de 15 de noviembre de 1985, Recurso de Casación por infracción de ley	No es justa causa de despido del art. 54.2.d ET la falta de confirmación de la baja, declarándose nulo el despido del trabajador.
STS de 3 de diciembre de 1985, Recurso de Casación por infracción de ley	Primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT: transgresión de la buena fe por arreglar cosas en su casa o en casa de otro.
STS de 31 de mayo de 1986, Recurso de Casación por infracción de ley	En la primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT, se consideraba siempre como transgresión de la buena fe, sin tener en cuenta si se trata de una actividad lucrativa o no.
STS nº11636/1986 de 22 de septiembre, Recurso de Casación por infracción de ley	Primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT: transgresión de la buena fe por ir de caza.

STS de 3 de julio de 1987, Recurso de Casación por infracción de ley	Primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT: transgresión de la buena fe por ir de copas.
STS de 11 de mayo de 1988, Recurso de Casación por infracción de ley	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente.
STS de 31 de octubre de 1988, Recurso de Casación por infracción de ley	En la primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT, se consideraba siempre como transgresión de la buena fe, sin tener en cuenta la frecuencia con la que se realizara la actividad.
STS de 4 de mayo de 1990, Recurso de Casación por infracción de ley	En la primera postura de los tribunales sobre la realización de actividades durante la IT, se consideraba siempre como transgresión de la buena fe, sin tener en cuenta la frecuencia con la que se realiza.
STS nº3500/1990 de 2 de mayo, Recurso de Casación por infracción de ley	Concepto de ineptitud.
STS nº5821/1990 de 18 de julio, recurso de casación	Despido calificado como nulo ya que el trabajador durante la IT realiza actividades que no exigen relevante esfuerzo físico ni emocional.
STS nº5966/1990 de 23 de julio, Recurso de Casación	Despido calificado como procedente por realizar actividades durante la IT que suponen realizar un similar esfuerzo que las laborales.
STS nº17555/1990 de 18 de diciembre, Recurso de Casación por infracción de ley	Primeros pronunciamientos del TS sobre la realización de actividades durante la IT: el trabajador que no puede realizar su trabajo habitual y se encuentra en IIT, tiene prohibida toda actividad en interés propio o ajena. En el caso de que se realiza supone una transgresión de la buena fe y un incumplimiento contractual grave y culpable que justifica un despido disciplinario.
STS nº606/2002 de 23 de septiembre, Recurso de Casación para la unificación de la doctrina nº449/2002	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente y no nulo.
STS nº5017/2004 de 12 de julio, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº4646/2002	No hay conexión entre el derecho a la asistencia sanitaria y el despido durante la IT, ya que según el tribunal el despido no se debe a un castigo por la baja, sino que se debe por la disminución de la productividad
STS nº3298/2005 de 23 de mayo, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº2639/2004	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente y no nulo.
STS nº7156/2006 de 24 de octubre, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº2247/2005	Para excluir la enfermedad común o el accidente no laboral para activar el despido del art. 52.d, tiene que superar los 20 días naturales consecutivos y sea acordada por los servicios sanitarios oficiales. Las bajas que sean intermitentes, no consecutivas y por la misma enfermedad si son inferiores a 20 días son computables para el despido por esta

	causa, aunque sean la suma sea superior a 20 días.
STS nº907/2007 de 11 de diciembre, Recurso de Casación para la unificación de la doctrina nº4355/2006	El tribunal no acepta la asimilación del concepto de enfermedad a discapacidad.
STS nº885/2007 de 18 de diciembre, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº4194/2006	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente y no nulo. No puede despedirse a un trabajador que se encuentra en una situación de IT por enfermedad, amparada por una baja médica, amparándose en un despido disciplinario.
STS nº801/2008 de 22 de enero, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº1689/2007	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente y no nulo.
STS nº7212/2008 de 12 de diciembre, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº392/2007	Trabajadora en situación de IT y acuerdo entre las partes sobre la interrupción del cómputo del período de prueba en caso de IT y/o maternidad, el tribunal determina que el pacto de prórroga en el sentido de que en esos casos el periodo de prueba puede alargarse más allá de los límites legales, pero ello no impide la facultad de desistir del empresario por ese paréntesis, no pudiendo considerarse abusivo ni discriminatorio.
STS nº483/2009 de 27 de enero, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº602/2008	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente y no nulo.
STS nº828/2011 de 31 de enero, Recurso de Casación para la unificación de la doctrina nº1532/2010	Despido calificado como nulo por lesión de derecho a la integridad física por amenazar con despido al trabajador en IT si no pide el alta médica voluntaria y se reincorpora al trabajo.
STS nº7470/2010 de 9 de diciembre, Recurso de Casación para la unificación de la doctrina nº842/2010	Criterio para el cómputo de ausencias del artículo 52.d.
STS nº9346/2011 de 14 de diciembre, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº774/2011	Para que sea procedente un despido amparado en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, tiene que ser de forma voluntario y culpable del trabajador, y estar justificado por parte de la empresa.
STS nº5912/2012 de 12 de julio, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº2789/2011	El art. 38 CE, impone al juez el respeto a las decisiones empresariales, siempre que tales decisiones hayan sido respetuosas con el marco legal y constitucional.
STS nº5427/2014 de 2 de noviembre, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº2344/2013	En esta sentencia el tribunal recoge la necesidad de matizar y precisar la doctrina sobre la equiparación de la enfermedad a la discapacidad.
STS nº366/2016 de 3 de mayo, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº3348/2014	Despido durante la IT en el que no se aprecia la discriminación y calificándose como improcedente y no nulo.

STS nº286/2017 de 4 de abril, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº3466/2015	Despido calificado como nulo de una trabajadora que se sometía a tratamiento de fertilidad por considerarlo discriminatorio.
STS nº700/2017 de 21 de septiembre, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº782/2016	Despido calificado como procedente por no poder asimilar enfermedad a discapacidad.
STS nº757/2018 de 22 de febrero, Recurso de unificación de doctrina nº160/2016	Para que el despido por ineptitud sobrevenida sea válido, la empresa tiene que justificar la adaptación del puesto de trabajo con unas medidas razonables y que no supongan una excesiva carga para el empresario.
STS nº306/2018 de 11 de marzo, Recurso de Casación para la unificación de doctrina nº2766/2016	Calificación de despido de improcedente, por no poder asimilarse el concepto de enfermedad a discapacidad por no ser una situación duradera.

Tribunal Constitucional

STC nº22/1981 de 2 de julio, Recurso de Inconstitucional nº223/1980	La edad del trabajador no puede asimilarse a falta de productividad ni discapacidad, el despido que sea justificado solamente por la edad que tiene el trabajador tiene que ser calificado como nulo por ser discriminatorio.
STC nº75/1983 de 3 de agosto, Cuestión de Inconstitucionalidad nº44/1982	El art. 14 CE tiene dos vertientes, una donde se busca la igualdad ante la ley y al aplicar la ley por parte de los poderes públicos, y una vertiente de prohibición de discriminación entre particulares, especificándose algunos motivos, pero dejando la puerta abierta a otros al establecer una cláusula genérica.
STC nº128/1987 de 16 de julio, Recurso de Amparo nº1123/1985	El art.14 CE tiene una cláusula genérica que deja una puerta abierta a otros motivos de discriminación.
STC nº166/1988 de 26 de septiembre, Recurso de Amparo nº988/1987	El art.14 CE tiene una cláusula genérica que deja una puerta abierta a otros motivos de discriminación.
STC nº35/1996 de 11 de marzo, Recurso de Amparo nº2955/1992	El derecho a preservar la salud se encuentra incluido en el derecho a la integridad.
STC nº119/2001, de 29 de mayo, Recurso de Amparo nº4214/1998	Para vulnerar el derecho a la integridad física no es necesario que se produzca una lesión efectiva, sino que es suficiente que se ponga en peligro, y que ese peligro sea grave y cierto para la salud.
STC nº221/2002 de 25 de noviembre, Recurso de Amparo nº1044/2000 y nº1089/2000	Para vulnerar el derecho a la integridad física no es necesario que se produzca una lesión efectiva, sino que es suficiente que se ponga en peligro.
STC nº192/2003 de 27 de octubre, Recurso de Amparo nº4492/2001	En la vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa.
	Se excluye de la regla general de libre resolución del contrato los ceses durante el

STC n°17/2007 de 12 de febrero, Recurso de Amparo n°2192/2003	periodo de prueba que provoquen resultados inconstitucionales como sería el caso de discriminación de una mujer embarazada. La facultad de desistir en el periodo de prueba es válida salvo que esté motivado por una razón discriminatorio que vulnere el art. 14 CE
STC n°74/2008 de 23 junio, Recurso de Amparo n°4975/2006	El empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o que son ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Debe demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.
STC n°92/2008 de 21 de julio, Recurso de Amparo n°6595/2006	El trabajador tiene que aportar una "prueba verosímil" o "principio de prueba" revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación
STC n°183/2007 de 10 septiembre, Recurso de Amparo n°4179/2004	El empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o que son ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Debe demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.
STC n°125/2008 de 20 octubre, Recurso de Amparo n°2899/2006.	El trabajador tiene que aportar una "prueba verosímil" o "principio de prueba" revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación
STC n°26/2011 de 14 marzo, Recurso de Amparo n°9145/2009	Se determina como discriminatoria la negativa del empresario a conceder la solicitud del horario nocturno a un trabajador hombre con hijos menores
STC n°118/2019, de 16 de octubre, Recurso de Inconstitucionalidad n°2960/2019.	Calificado como procedente el despido de una trabajadora en base al art. 52.d. ET.

TJCE y TJUE

STJCE de 11 de julio de 2006, Asunto Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.	Determinó que si un trabajador es despedido por el único motivo de padecer una enfermedad no es discriminatorio, no pudiendo ser calificado como nulo. Además, separa el concepto de discapacidad y enfermedad.
STJUE de 26 de febrero de 2008, Asunto Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei	Califica de discriminatorio por razón de sexo el despido de una trabajadora que se estaba

Flöckner OHG, C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119	sometiendo a tratamiento de fecundación in vitro.
STJUE de 20 de enero de 2009, Asunto <i>Schultz-Hoff y otros</i>, C-350/06, ECLI:EU:C:2009:18.	El trabajador tiene derecho, en el momento de su jubilación, a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho de no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad. Los Estados miembros podrán decidir conceder a aquel trabajador que, a causa de una enfermedad, no haya podido agotar en su integridad el período adicional de vacaciones anuales retribuidas antes de la finalización de su relación laboral, el derecho a una compensación económica correspondiente a ese período adicional.
STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto <i>Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad S.A.</i>, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542.	El art.7.1 de la Directiva 2003/88/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales o CC que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate.
STJUE de 11 de abril de 2013, Asunto <i>HK Danmark (Ring)</i>, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222	Se confeccionó el concepto práctico de discapacidad. Enfermedad y discapacidad no son sinónimos, pero se puede equiparar en ciertos casos.
STJCE de 18 de diciembre de 2014, Asunto <i>Kaltoft</i>, C-335/11, ECLI:EU:C:2014:2463	Nuevo pronunciamiento sobre el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78
STJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto <i>Daouidi</i>, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917	Las limitaciones duraderas que derivan de una IT pueden considerarse discriminatorias cuando se dan ciertos factores.
STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto <i>Ruiz Conejero</i>, C-270/2016, ECLI:EU:C:2018:17	Que se reconozca una discapacidad a efectos del derecho nacional no quiere decir que encaje en el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78
STJUE de 11 de septiembre de 2019, Asunto <i>DW/Nobel Plastiques Ibérica S.A.</i>, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703	Solo se puede llevar a cabo un despido objetivo a un trabajador con discapacidad si se justifica que los criterios que ha utilizado para el despido tienen en cuenta las circunstancias particulares de ese empleado, todo ello, demostrando que la empresa previamente había adaptado el puesto de trabajo del cesado a sus limitaciones.