



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho
Máster Universitario en Abogacía
TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA EVOLUCIÓN EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL
TRABAJADOR ENFERMO**

Alumno: Javier Fernández Valdés

Convocatoria: Ordinaria segundo semestre

RESUMEN

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, introduce importantes novedades, entre las cuales se destaca la inclusión explícita de la enfermedad o condición de salud como motivo prohibido de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico. Este trabajo se centra en analizar el impacto de esta normativa en la evaluación de los despidos relacionados con las bajas por incapacidad temporal de los empleados, realizando un análisis de la evolución de la normativa y jurisprudencia relativa a esta cuestión a lo largo de las últimas décadas.

Palabras clave:

Discriminación, discapacidad, enfermedad, despido, nulidad.

ABSTRACT

The Law 15/2022, of July 12th, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, introduces significant innovations, among which the explicit inclusion of illness or health condition as a prohibited grounds for discrimination in our legal system stands out. This study focuses on analyzing the impact of this regulation on the assessment of dismissals related to temporary incapacity leaves of employees, conducting an analysis of the evolution of legislation and case law concerning this matter over the last decades

Keywords:

Discrimination, disability, illness, dismissal, nullity.

INDICE DE CONTENIDO

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	2
1.- INTRODUCCIÓN	4
2.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL	7
2.1.- Los pronunciamientos iniciales del Tribunal Supremo.....	7
2.2.- La doctrina del TJUE	10
2.3.- La Directiva 2000/78/CE. Concurrencia y diálogo de jurisdicciones	16
3.- LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN.....	21
3.1.- Novedades normativas	22
3.2.- Supuestos y causas de discriminación relacionados con la salud.....	23
3.3.- Implicaciones de la ley 15/2022 en la jurisdicción social	25
CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA.....	32

1.- INTRODUCCIÓN

El despido de un trabajador enfermo ya sea en una fase preliminar de la enfermedad o bien en un momento posterior, cuando los síntomas de su patología supongan una dificultad para el desarrollo de su trabajo o incluso durante una situación de incapacidad temporal, es una cuestión muy conflictiva. No cabe duda de que el empresario tiene derecho a recibir la fuerza laboral por la que contrata al empleado, pudiendo, por tanto, condicionar la vigencia del contrato de trabajo al mantenimiento de la capacidad, productividad o eficiencia funcional del trabajador, y, en consecuencia, extinguir el contrato cuando concurra alguna de las causas previstas en nuestro ordenamiento jurídico, y, en particular, en casos de ineptitud sobrevenida (art.52.a) ET):

“El contrato podrá extinguirse:

- a) *Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.”*

Sin embargo, el Derecho del Trabajo tiene una clara finalidad protectora de los trabajadores, lo que plantea una clara colisión entre el derecho del empleador de tomar las decisiones que considere oportunas para defender sus intereses económicos y productivos y los derechos de los trabajadores, con especial atención a los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución, tales como el derecho a la salud, el derecho a la integridad física o, como veremos, el derecho a no ser discriminado por padecer una enfermedad¹.

Esta colisión de intereses ha provocado que la controversia acerca de la calificación jurídica que debe merecer el despido del trabajador por razón de su enfermedad haya estado presente en el debate de los operadores jurídicos desde hace décadas, con dos posturas claramente enfrentadas. Una parte de la doctrina, jurisprudencial y académica, defiende la calificación de este tipo de despidos como improcedente, y otra parte defiende la calificación como nulo, amparándose, estos últimos, en la existencia de discriminación hacia el trabajador enfermo despedido, una cuestión que, como se analizará posteriormente, hasta la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, (en adelante Ley 15/2022), encontraba un menor apoyo legal.

El debate surge especialmente a partir de la reforma laboral del año 1994, que suprimió, como causa de nulidad del despido, aquel que fuese efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, siempre que no fuese calificado como procedente².

Tras la aprobación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, es decir, la reforma laboral del año 1994, el art.55 del ET limita la nulidad del despido a los supuestos de discriminación o de vulneración de los derechos fundamentales

Cabe destacar que, incluso tras la aprobación de este cambio en la normativa, inicialmente, numerosas resoluciones judiciales, tanto de instancia como de suplicación, siguieron calificando como nulos despidos de los trabajadores en IT en los que no se apreciase una

¹ VELASCO PORTERO, T. (2014). “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 39 (2014).

² En concreto, el art 55.6 tenía el siguiente tenor literal antes de la mencionada reforma: “Seis. El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia.”

causa legítima, considerándolos discriminatorios³. Esta consideración se sostenía en la argumentación de que la enfermedad o el estado de salud del trabajador en el contexto laboral deberían ser considerados como un factor discriminatorio vinculado con el art.14 CE, y su cláusula abierta en relación con *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

En concreto, el planteamiento gira en torno a la posibilidad de considerar la enfermedad como un factor de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, debido a la situación de debilidad o vulneración, tanto física como jurídica, que esta situación provoca al trabajador, situándolo en una situación de riesgo de exclusión. Para ello, debería considerarse que al despedir a un trabajador por su estado de salud existe un elemento de segregación que permitiese ubicar la decisión extintiva de la empresa como una conducta discriminatoria de las prohibidas en el art. 14 de la Carta Magna⁴.

No obstante, este planteamiento no llegó a calar en la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que vino defendiendo que *“la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”*⁵.

El TS consideró que la enfermedad no se utilizaba, en la mayoría de los casos, como un factor discriminatorio, sino que operaba desde un punto de vista meramente funcional, en el sentido de que el mantenimiento del puesto de trabajo resulta especialmente gravoso en términos económicos para la empresa contratante.

Por ende, la distinción por razón de salud no se consideró discriminatoria en relación con el art. 14 CE, impidiendo de esta manera que los juzgadores de instancia pudiesen calificar como nulos los despidos basados en ausencias por IT, e imponiendo su calificación como improcedentes cuando no se observase justa causa, con la excepción de aquellos casos en los que la enfermedad estuviese vinculada a algún factor discriminatorio, o se tratase de enfermedades estigmatizadoras, cuyas víctimas hubiesen sido socialmente rechazadas.⁶

Sin embargo, la cuestión no ha permanecido inalterada, incluso pese a verse avalada por el Tribunal Constitucional, que en su sentencia **STC 62/2008, de 26 de mayo**, considera que: *“no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 C”,* particularmente *“cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”*. Pero dicha discriminación no ocurre cuando: *“en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo”*

En la jurisdicción nacional la postura era firme: los despidos de trabajadores en situación de IT eran considerados, de forma general, como improcedentes, siempre y cuando no

³ MORENO GENÉ, J. (2022). LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO TRAS LA LEY 15/2022: VALORACIÓN DE LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES. Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 64 (2022). 67-77

⁴ GINÉS FABRELLAS, A.: “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, Aranzadi Social, núm. 18, 2010.

⁵ STS 483/2009 de 27 de enero de 2009.

⁶MORENO GENÉ, J. (2022), cit.

existiese justificación, y tuvo que ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) el que alterase el tablero de juego, poniendo en duda la actuación de los tribunales españoles en relación con esta cuestión, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE, 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.

La inclusión de la discapacidad como posible factor de discriminación generaría un intenso debate entre los diferentes operadores jurídicos, tanto en España como en el seno de la Unión Europea, incluyendo un importante número de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión que, lejos de aclarar la cuestión, generaron una mayor litigiosidad, especialmente en relación con la posible asimilación de las enfermedades de larga duración con la discapacidad, en el contexto de un despido sin causa.

La aprobación de la Ley 15/2022 modifica notablemente el marco normativo relativo al despido de los trabajadores enfermos. Tal y como indica el propio texto legal en su exposición de motivos, toma como referencia el art. 14 CE, y además de los seis motivos de discriminación incluidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora, entre otros, los de **enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos**⁷.

Concretamente, el art 2.1 de la Ley dispone que:

“Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Y el art. 2.3:

“La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

Matizando el art. 4.2 lo siguiente:

“No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

En definitiva, la Ley 15/2022 incluye una serie de importantes garantías legales que protegen al trabajador enfermo, que, hasta el momento, se encontraba en una situación de cierta indefensión ante la posible, y no poco frecuente, decisión del empleador de extinguir su puesto de trabajo sin causa justificada más específica.

Concretamente, el mencionado texto legal incluye tres medidas particularmente relevantes en este aspecto. En primer lugar, ordena la **nulidad de pleno derecho** para *“las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen*

⁷ Concretamente, el art 2.1 de la Ley dispone que: *“Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.* Y el art. 2.3 *“La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.* Matizando el art. 4.2 lo siguiente: *“No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.*

discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley” (art.26).

En segundo lugar, establece la obligación del empleador de **reparar el daño causado**, incluido el daño moral, en supuestos de discriminación⁸ Por último, establece la **inversión de la carga de la prueba** en los procesos judiciales en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia. Aunque estas reglas ya contaban con precedentes en el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales (arts. 177 y ss. LJS) que se ven, no obstante, reforzadas.⁹

En definitiva, la aprobación de este texto legal supone una importante alteración de las reglas del juego en el campo de los despidos de trabajadores enfermos o en situación de IT, una circunstancia que, como se analizará más adelante, vuelve a suscitar una gran litigiosidad, encontrándonos incluso con interpretaciones contradictorias entre diferentes Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia que precisan de una unificación de doctrina que proporcione seguridad jurídica tanto a trabajadores como a empresarios.

2.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

2.1.- LOS PRONUNCIAMIENTOS INICIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tal y como exponía anteriormente, hasta la reforma del Estatuto de los Trabajadores realizada por la Ley 11/1994, los despidos llevados a cabo durante la situación de IT se calificaban como nulos, en virtud de la redacción vigente en aquel momento del art. 55.6 ET, que protegía a aquellas personas despedidas durante una **suspensión** en su contrato de trabajo, es decir, todo despido de un trabajador enfermo en el que el Juzgado no apreciara procedencia merecía la calificación de nulo.

Tras este cambio legislativo, la declaración de nulidad parecía quedar circunscrita a aquellas situaciones en las que la decisión de la empresa estuviese motivada por un móvil considerado como discriminatorio, o se produjera con vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Sin embargo, la reforma no impidió que se siguieran produciendo pronunciamientos judiciales contradictorios, puesto que algunos jueces consideraron que el despido de una persona enferma debía de considerarse nulo, por discriminatorio o por entender que vulneraba el derecho fundamental a la integridad física y moral proclamado en el art. 15 CE, es decir, amparándose en el art. 55.5 ET.

Esta situación de discrepancia en los pronunciamientos judiciales se prolongó durante más de un lustro, hasta que el Tribunal Supremo, en la **STS 502/2001 de 29 de enero** aclaró su doctrina en relación con la consideración de este tipo de despidos como discriminatorios.

Esta sentencia trata el caso de un trabajador de una empresa de aguas que es despedido mientras se encuentra en una situación de IT. La empresa demandada alega como causa

⁸ Artículo 27: “La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

⁹ Beltrán Heredia, I (2023, 14 abril). A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2022/07/14/a-partir-de-la-ley-15-2022-puede-despedirse-injustificadamente-a-un-trabajador-enfermo-o-de-baja-por-incapacidad-temporal/>

del despido la finalización de la contrata que mantenía con el Consorcio para la Defensa del Riu Besos, a cuya ejecución estaba adscrito el actor. Sin embargo, quedó perfectamente demostrado que la empresa había utilizado una causa ficticia, pues la contrata fue renovada días después del despido.

En la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se argumentaba que, aunque el despido no era contrario al art. 15 CE, que regula el derecho a la vida y la integridad física y moral, se trataba de una decisión discriminatoria que contravenía el art. 55 ET vigente en el momento del despido, dado que con la decisión de extinguir el contrato de trabajo se trataba de forma peyorativa a un trabajador que por razones de salud se había visto obligado a acogerse a una IT.

Según el Alto Tribunal, esta argumentación es incorrecta, porque confunde dos principios constitucionales (el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria) que según la doctrina del propio TS tienen un distinto alcance: *“el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado”*¹⁰. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta distinción tiene especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato producidas en relaciones privadas, pues en dichas relaciones la igualdad de trato tiene que derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación.

El TS entiende que, tal y como argumenta la defensa del trabajador, el despido se había efectuado valiéndose de una causa ficticia, sin embargo, tal y como argumentaba la empresa mediante la sentencia de contraste aportada, no observa motivos suficientes para apreciar la nulidad del despido. Así, el TS estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina, considerando el **despido improcedente**, al apreciar que no existía en la decisión empresarial ningún móvil discriminatorio.

Además, deja claro que esta doctrina es aplicable a los supuestos, como el del caso concreto, en los que se descubre el motivo real del despido, y dicho motivo no esté recogido en el ordenamiento jurídico como una causa de despido, dado que en *“los supuestos en los que no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra en las tipificadas como determinantes de la nulidad la calificación aplicable es la de improcedencia.”*¹¹

En definitiva, la calificación como discriminatorio y por ende nulo, de cualquier despido de un trabajador enfermo, depende de la interpretación que se realice sobre el art. 14 CE, concretamente sobre el inciso final del mismo: que prohíbe la discriminación por **“cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”** De acuerdo con el TS, este inciso final no puede interpretarse de forma absoluta, es decir, dicho inciso no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia, puesto que se confundiría con un principio de igualdad de trato omnicompreensivo.

El TS explica que la especial intensidad de la prohibición de discriminación, así como su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, se explican a través de la protección que se pretende otorgar en la CE a una serie de factores de diferenciación que merecen especial rechazo por parte del ordenamiento, por haber estado ligados históricamente a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas. En este sentido, la enfermedad, en el sentido genérico de una persona incapaz de acudir a su puesto de trabajo, no puede considerarse, a la luz de este razonamiento, como un factor

¹⁰ STS 502/2001, de 29 de enero de 2001

¹¹ STS 502/2001, de 29 de enero de 2001

discriminatorio en el sentido estricto establecido en el inciso último del art. 14 CE. Si bien es cierto que el TS, en su argumentación, deja la puerta abierta a que, en determinadas circunstancias, en las que resulte apreciable el elemento de segregación, pueda ser considerado como discriminatorio un despido de similares características.

En resumen, el TS entiende que el despido del trabajador es una mera medida de conveniencia de la empresa, que pretender ahorrarse costes mediante el despido de un trabajador que había tenido prolongados periodos de IT en los meses precedentes a la resolución de su contrato. No cabe duda de que esta situación no constituye una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, puesto que ni siquiera el absentismo por morbilidad del trabajador, recogido entonces en el art.52.d) ET, es una causa aplicable al caso,¹² puesto que establece una serie de condiciones cuantitativas que no se observaban en este caso concreto.

Por lo tanto, al no encontrarse dentro del ordenamiento jurídico como causa legal para la resolución del contrato de trabajo, ni tampoco observarse una conducta discriminatoria, se entiende que la calificación ha de ser la de despido improcedente y no nulo.

Como expresaba anteriormente, esta doctrina se ha mantenido vigente hasta la disruptiva aprobación de la Ley 15/2022, por ello es considerada una sentencia fundamental para comprender la posición de los tribunales españoles en relación con el despido de trabajadores enfermos.

Posteriormente, en el año 2007 el TS tuvo la oportunidad de completar su doctrina en relación con determinados casos en los que puede apreciarse un elemento de segregación, cuya posible calificación como nulos había dejado entreabierto en la argumentación realizada en el fundamento de derecho segundo de la sentencia anteriormente analizada.

En concreto, nos referimos a las sentencias del TS **9075/2007 de 11 de diciembre, 885/2007 18 de diciembre (rec.4194/2006) y 759/2008 22 enero**, que responden a sendos recursos planteados frente a las sentencias del TSJ de Cataluña, que versaban sobre diferentes despidos realizados por la empresa SEAT a trabajadores en situación de I.T. Se analizará por todas, la primera de ellas, pues marca la doctrina repetida en las siguientes.

La empresa realizó en aquellos momentos 41 despidos por la vía disciplinaria, alegando en todos de forma genérica la disminución continuada del rendimiento laboral y reconociendo posteriormente en las conciliaciones previas a los juicios la improcedencia de los despidos.

Sin embargo, tanto el Juzgado de lo Social nº19 de Barcelona como el TSJ de Cataluña, estimaron las pretensiones del actor, declarando el despido como **nulo**, de la misma manera que procederían con los otros despidos realizados por la empresa en idéntica situación.

El Juez de primera instancia explica que, tras la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, realizada a través de la Ley 62/2003¹³, ha de calificarse como *discriminatoria* toda conducta que provoque situaciones desfavorables por razón de **discapacidad**, que a su juicio ha de considerarse asimilable a la incapacidad temporal. Por ende, el despido de una persona en situación de IT, cuyo motivo real sea dicha situación de indisponibilidad para el trabajo, habría de calificarse como nulo.

No obstante, la sentencia recurrida, es decir, la del TSJ de Cataluña, no lleva a cabo el mismo razonamiento, aunque sí llega a la misma conclusión. En su argumentación el TSJ

¹² "Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses".

¹³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

de Cataluña pone el foco sobre el tratamiento a nivel general que la empresa ha realizado con los trabajadores en situación de IT. Es decir, no se juzga el caso individual propiamente dicho, sino el modo en el que la empresa había actuado con 41 de sus trabajadores en situación de baja.

El TSJ entendió que los despidos eran discriminatorios, y, por tanto, nulos. Argumentaron que en este caso no se había objetivado la enfermedad como una causa genérica de incapacidad para realizar el trabajo en el que se sustenta una relación laboral, sino que se había utilizado la enfermedad como criterio para *seleccionar y distinguir* a un importante grupo de trabajadores.

Pues bien, el TS rechazó esta argumentación, haciendo referencia a su jurisprudencia sobre este tipo de despidos a lo largo de los años, desde la sentencia de 29 de enero de 2001 a la STS de 23 de mayo de 2003, que la propia SEAT, S.A. utilizó como sentencia de contraste para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina. En resumen, el TS repite el paradigma de su doctrina: En todos aquellos casos en los que la empresa no haya alegado y probado una causa justificada de extinción objetiva del contrato recogida en el Estatuto de los Trabajadores, el despido de un trabajador enfermo o en situación de IT merece la calificación de improcedente y no nulo.

Si bien es cierto que en este caso se introducía un factor de diferenciación, la existencia de una pluralidad de trabajadores despedidos en situación de IT, el TS explica que esta situación se deriva de las dimensiones de la empresa enjuiciada, teniendo en cuenta que el número de trabajadores despedidos (41) es realmente bajo en relación al total de trabajadores en situación de IT (872) y respecto al total de trabajadores de la empresa, por lo que no es posible detectar ningún propósito de segregación por parte de la mercantil. A mayor abundamiento, se argumenta que no se ha realizado en ningún momento un análisis de los padecimientos de los 41 trabajadores despedidos, por lo que tampoco es posible identificar un ánimo de segregación respecto de aquellos trabajadores afectados por un tipo concreto de padecimiento o enfermedad.

Por último, tal y como se explicará en el siguiente apartado del trabajo, el TS delimita la aplicación de la Ley 62/2003, en el sentido de limitar la aplicación extensiva que muchos juzgados pretendían hacer en torno a la *discriminación por discapacidad*, cuya interpretación como veremos, ha sido objeto de numerosos debates.

2.2.- LA DOCTRINA DEL TJUE

La Directiva 2000/78/CEE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, introdujo la discriminación directa e indirecta por razones de discapacidad, este texto legal ha sido objeto de numerosas interpretaciones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, a la larga, han desembocado en una nueva doctrina con relación al despido de trabajadores enfermos.

Merece especial consideración, la inclusión de la *discriminación indirecta* como causa de discriminación¹⁴, que analizaremos posteriormente, con especial atención al despido por faltas de asistencia, recogido en el derogado art. 52.d) de nuestro Estatuto de los

¹⁴ Art.2.2 Directiva 2000/78 “ existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

Trabajadores, así como, la obligatoriedad de realizar *ajustes razonables* ¹⁵. Básicamente, la Directiva obliga a los empresarios a tomar medidas para facilitar el acceso al empleo de las personas con discapacidad, siempre y cuando dichas medidas no sean especialmente gravosas para la empresa.

Esta importante Directiva se transpone a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 62/2003, mencionada en el apartado anterior.

Concretamente, la Ley 62/2003 en su capítulo III "Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato" que modifica los arts.4 y 17 del ET, prohibiendo la discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral y disponiendo la nulidad de los reglamentos, cláusulas, pactos y decisiones empresariales que contengan cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, que afecten a personas discapacitadas.

El objeto de estos cambios legislativos no es otro que blindar los derechos de acceso y permanencia en puestos de trabajo de las personas con discapacidad, y evitar que se produzcan diferencias de trato que menoscaben sus derechos fundamentales.

La asimilación de la enfermedad a la discapacidad y, consecuentemente, la posible calificación del despido por enfermedad como discriminatorio, generó dudas entre los operadores jurídicos.

Esta cuestión fue resuelta en la **STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05 (Chacón-Navas)**.

Los hechos que motivan la sentencia nacen cuando una trabajadora de la empresa Eurest, es despedida tras permanecer más de 6 meses en situación de IT, no alegando la empresa motivo alguno, limitándose simplemente a reconocer la improcedencia de la decisión extintiva.

En este contexto, Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid al TJUE, elevó una cuestión prejudicial al TJUE para aclarar si la mencionada Directiva incluía dentro de su ámbito protector a una persona trabajadora que hubiese sido despedida exclusivamente por encontrarse enferma. Es decir, si el concepto de discapacidad es asimilable a la enfermedad como *discapacidad temporal* o subsidiariamente si la enfermedad pudiese ser considerada como un motivo a añadirse a otros en relación con los cuales la Directiva prohíbe la discriminación¹⁶.

El Tribunal expone que, la Directiva, ni define el término *discapacidad* ni tampoco se remite a la legislación de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto, por ello, a ojos del TJUE el alcance de ese término debía ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la UE que debe buscarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa. El Tribunal entiende que la Directiva 2000/78 tiene por objetivo luchar contra, en el ámbito laboral, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en su articulado, entre los que está la discapacidad.

Por ello, para el Alto Tribunal la discapacidad ha de entenderse como una "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional", destaca en su sentencia que el

¹⁵ Art.5 Directiva 2000/78 "A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".

¹⁶ de Faramiñán Gilbert, J. M. (2009). LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS DURANTE 2005 y 2006. ANÁLISIS y VALORACIONES DE LA PRÁCTICA JUDICIAL. Revista de Derecho Comunitario Europeo. pp 200-210.

legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad, por lo tanto, se debe excluir la equiparación pura de ambos conceptos.

Además, el TJUE aclaró que la enfermedad en sí misma no podía considerarse un motivo adicional a aquellos en los cuales la Directiva prohíbe cualquier tipo de discriminación.

Esta decisión se explica en el carácter temporal de la enfermedad frente a la perpetuidad de la discapacidad, tal y como explica el propio tribunal en su sentencia¹⁷.

El TJUE con su sentencia perfiló de una manera notable los casos en los que se podía aplicar esta figura, y por ende, limitando la posibilidad de apreciar nulidad en las amortizaciones de puestos de trabajo llevados a cabo por las empresas.

La jurisprudencia del TJUE, se mantuvo inalterada hasta la **STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, (Ring y Skouboe Werge)** que tienen por objeto unas peticiones de decisión prejudicial planteadas por la jurisdicción danesa, vino a introducir importantes fisuras en esta doctrina.

Esta sentencia versa sobre el despido de dos trabajadoras danesas fruto de faltas de asistencia a sus respectivos puestos de trabajo, motivadas por dolencias lumbares que les inhabilitaban para realizar un trabajo a tiempo completo.

En este contexto, el juzgado nacional planteó una serie de cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si dentro del concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78 se encuentra la situación de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar a cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo limitadamente, durante un periodo de tiempo que se ajusta al requisito de duración especificado en la STJUE de 11 de julio de 2006; en segundo lugar, planteó si dicho concepto comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada como incurable, o puede considerarse discapacitado a un individuo cuya patología se considera curable; por último, planteó la posible influencia de las medidas tomadas por el empleador en la consideración del estado de salud de la persona agraviada.

El tribunal abordó las dos primeras preguntas de manera conjunta, concluyendo que la Directiva 2000/78 incluye en su definición de “discapacidad” cualquier condición resultante de una enfermedad, ya sea curable o incurable, diagnosticada médicamente. Esta enfermedad debe causar una limitación, ya sea física, mental o psíquica, que, al interactuar con diversas barreras, puede obstaculizar la plena y efectiva participación del individuo en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores. Esta limitación debe ser de larga duración. La asunción por parte del empleador de ajustes razonables no es relevante para determinar si el estado de salud de una persona se ajusta a este concepto. En otras palabras, el TJUE define la discapacidad como una enfermedad de larga duración que implica limitaciones en la vida profesional del individuo, debiendo ser de larga duración.

Es conveniente resaltar que esta sentencia abre el abanico de casos en los que se puede apreciar discapacidad, extendiendo dichos efectos a las enfermedades curables, que habían sido tácitamente excluidas en sentencias anteriores del TJUE. Este cambio jurisprudencial está íntimamente ligado, dicho sea de paso, a la ratificación por parte de la UE de La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas¹⁸.

¹⁷ Velasco Portero, cit.

¹⁸ Dicha convención recoge en su preámbulo que: “*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” Para completar la definición que esta sentencia ofrece sobre el concepto de discapacidad, es necesario señalar la precisión incluida, a sugerencia del Abogado General de la UE: “no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por

El TJUE aclara que las enfermedades curables pueden constituir una discapacidad, siendo requisito indispensable que las limitaciones o deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales se manifiesten en un largo periodo de tiempo, sin necesidad de ser consideradas irreversibles.

Otra cuestión relevante aclarada en esta sentencia es que, de acuerdo a los razonamientos del tribunal, la discapacidad no requiere la exclusión total del trabajo, bastando con que las patologías o lesiones padecidas por el trabajador supongan un obstáculo para ejercer la actividad profesional, no la imposibilidad como tal.

Además, el tribunal aclara que la discapacidad no se determina en función de la implementación o no de ajustes razonables¹⁹. Entiende que estas medidas son **consecuencia** del acceso al empleo de una persona discapacitada, sin que puedan suponer una carga excesiva para el empleador. Sin embargo, el hecho de que una empresa realice actos asimilables a “ajustes razonables” no es condición suficiente para que se considere que un trabajador es discapacitado en relación con la definición de ese término otorgada en la sentencia.

Como vemos, el TJUE va perfilando su doctrina en relación a la asimilación de la enfermedad a la discapacidad en relación a las cuestiones prejudiciales emitidas desde los distintos juzgados nacionales de la Unión. A finales de 2016, el TJUE tuvo la posibilidad de sintetizar su doctrina mediante la relevante **STJUE Daouidi (STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15)**.

Esta sentencia del TJUE se produce en el marco de una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº33 de Barcelona en relación con el despido del Sr. Daouidi, que trabajaba como ayudante de cocina. El actor sufrió un accidente laboral por el que se dislocó el codo izquierdo, iniciándose un proceso de IT de duración indeterminada, previsiblemente prolongada, circunstancia que la empresa aprovechó para realizar un despido disciplinario por falta de rendimiento, que posteriormente reconoció como improcedente.

El juzgado de instancia tenía claro que atendiendo a la jurisprudencia y legislación españolas ni las enfermedades ni las consecuencias derivadas de un accidente laboral se podían considerar como factores de discriminación, por lo que no era posible declarar la nulidad del despido vía art.55 ET.

No obstante, se preguntaba si por mediación del Derecho Comunitario, concretamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, podía interpretarse que los despidos por causa de accidente laboral atentan contra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, así como, el derecho a la integridad física y a la salud, y el derecho al trabajo, todos ellos recogidos en la Carta²⁰, en cuyo caso, podría considerarse nulos despidos como el del caso.

una enfermedad”...” si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal 10 enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”.

¹⁹ Definidos en el art.5 de la Directiva 2000/78: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

²⁰ Beltrán Heredia, I (2017). Caso Daouidi (TJUE): incapacidad temporal, despido y discriminación. UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2016/12/02/caso-daouidi-tjue-incapacidad-temporal-despido-y-discriminacion/>.

El juzgado plantea 5 cuestiones prejudiciales al TJUE. Las cuatro primeras estaban relacionadas con el contenido de la Carta, concretamente, la interpretación de diferentes preceptos como la prohibición general de discriminación o la protección en caso de despido injustificado, y su posible aplicación por parte de un juez nacional²¹.

El TJUE se centra en la quinta cuestión prejudicial²², declarándose incompetente para contestar las cuatro preguntas anteriores, por entender que “no estaba acreditado que la situación controvertida entrase en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta”

Para responder a la cuestión el TJUE realiza las siguientes consideraciones:

- El hecho de que un trabajador esté en situación de IT de duración incierta a causa de un accidente laboral no implica que sus padecimientos y limitaciones para trabajar sean consideradas automáticamente “duraderas” con arreglo a la definición de discapacidad otorgada por la legislación y jurisprudencia europea
- Para acreditar el carácter duradero de una limitación el juzgado debe valerse de todos los elementos objetivos a su alcance, cobrando especial importancia los documentos y certificados relativos al estado de su salud de la persona damnificada.
- Además, hay algunos indicios fundamentales, como la ausencia de perspectiva de mejora en el momento del hecho discriminatorio.

En síntesis, la sentencia ahonda en la doctrina, haciendo hincapié en la necesidad de acreditar la duración de la limitación como base para asimilar una enfermedad/ accidente laboral a una discapacidad.

En este sentido, el Alto Tribunal europeo reconoce que ni la directiva, ni la Convención de las Naciones Unidas describen cuando existe una limitación a largo plazo, por lo que esta circunstancia tiene que ser analizada de forma autónoma por los diferentes juzgados siguiendo las pautas del TJUE.

La doctrina del TJUE ampliada y sintetizada en esta sentencia fue posteriormente ampliada mediante el *Asunto Ruiz Conejero y Noble Plásticos*.

La STJUE de 18 de enero de 2018 (*Asunto Ruiz Conejero*) surge a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº1 de Cuenca, en relación con el caso de un trabajador con una discapacidad reconocida del 32% debido a las limitaciones físicas producidas por una importante obesidad, entre otros factores. Dichas limitaciones le llevaron a encadenar varios procesos de IT prácticamente consecutivos durante los años 2014 y 2015, lo que justificó la decisión de la empresa de amortizar su puesto de trabajo en virtud del art. 52 d) del ET vigente en aquel momento”.

En este contexto, el Juzgado de lo Social de Cuenca elevó una cuestión prejudicial al Alto Tribunal europeo, para aclarar si se podría considerar como *discriminación indirecta*, el hecho de que la normativa nacional española amparase al empresario a despedir a un trabajador en virtud de una serie de faltas de asistencia, numerosas, pero justificadas, que se podrían atribuir a las consecuencias de la discapacidad padecida por el despedido.

El TJUE aclara en su sentencia, que la obesidad, siempre y cuando suponga una limitación a la participación efectiva de la persona obesa en la vida profesional, ya sea producida por limitaciones en su movilidad, o por patologías derivadas de la misma, podría ser considerada como una discapacidad.

²¹ STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15.

²² 5ª Cuestión prejudicial planteada en el caso: “¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente”.

Sin embargo, precisa que el hecho de que el despedido tenga reconocida la condición de discapacitado por el Derecho español, no es condición necesaria, ni suficiente, para considerarlo discapacitado en relación con la normativa europea, sino que corresponde al juzgado de instancia verificar si las limitaciones padecidas por el trabajador se adaptan a las definidas por el TJUE en su doctrina.

En definitiva, el TJUE considera que el art. 52 d) ET vigente en aquel momento, tenía un trasfondo legítimo, pues es lógico que los empresarios pretendan combatir el absentismo y ahorrar costes. Sin embargo, responde a la cuestión prejudicial argumentando que el art.2.2 b) se oponía a una normativa nacional que amparase a un empresario a despedir a un trabajador discapacitado (circunstancia que debe acreditar el juez nacional en cada caso) debido a sus faltas de asistencia, cuando dichas faltas sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del despedido²³.

En resumen, a pesar de que el mencionado artículo del ET era aparentemente neutral, de facto, implicaba una discriminación hacia las personas discapacitadas, dado que el legislador no había tenido en cuenta a la hora de ponderar las faltas de asistencia al trabajo, que este colectivo soporta un mayor riesgo a enfrentarse a situaciones de IT, fruto de su situación personal.

Por último, es necesario realizar una serie de consideraciones acerca de la **STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18**. Este último asunto versa sobre la impugnación de un despido por causas objetivas de una trabajadora a la que la patología conocida como “codo de tenista” le había llevado a pasar por varios periodos de IT.

Pues bien, la empresa inició una reestructuración en el departamento de la trabajadora, que se saldó con 10 despidos por causas organizativas, esos diez trabajadores, fueron elegidos en función de una serie de parámetros como: rendimiento por debajo del 95%, escasa polivalencia o mayores porcentajes de absentismo. Para la defensa de la trabajadora, estos criterios generaban una situación de discriminación por discapacidad, debido a la patología que sufría.

En este sentido, es conveniente señalar que la trabajadora había obtenido la calificación de “apta con limitaciones” en los diferentes reconocimientos médicos llevados a cabo en los últimos años de su vida profesional. En virtud de dichos reconocimientos, pidió la adaptación de su puesto de trabajo a otro cuyas funciones fueran menos lesivas para su condición física, algo que la empresa hizo, pero de forma insuficiente, a ojos de la Inspección de Trabajo.

El Juzgado de lo Social de Barcelona nº3, planteó, en relación con los mencionados hechos, cuatro cuestiones prejudiciales, para preguntar, en esencia, al TJUE si una persona calificada como “especialmente sensible” a los riesgos inherentes del trabajo, podía ser considerada como discapacitada a la luz del derecho europeo, y, por ende, si sería discriminatorio el despido de una persona en esas circunstancias.

El TJUE en su respuesta, indica que “que el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78,” argumentando que, la definición

²³ En la STJUE de 18 de enero de 2018, el juzgado promotor acoge la respuesta del TJUE y explica que, a su juicio, el art. 52.d) del ET contenía una “discriminación indirecta por causa de discapacidad” pues las personas discapacitadas, por el hecho de serlo, tienen una mayor probabilidad de acumular faltas intermitentes a su puesto de trabajo fruto de procesos de IT, corriendo un riesgo alto de llegar a los límites expuestos en el mencionado pretexto legal, y por tanto, de ser despedidos.

que el art. 25 de la LPRL otorgaba tenía su base en requisitos que no son idénticos a los definidos en el apartado 41 de la sentencia²⁴.

Finaliza su sentencia, recordando una vez más que le corresponde al órgano jurisdiccional nacional, comprobar si el estado de salud de la persona que supuestamente ha sufrido el acto discriminatorio cumple los requisitos expresados por la jurisprudencia europea, y recordados en esa misma sentencia para considerarla “discapacitada”, sólo en ese caso, debería considerarse que la afectada era una persona discapacitada en el momento de su despido a la luz de la Directiva 2000/78.

2.3.- LA DIRECTIVA 2000/78/CE. CONCURRENCIA Y DIÁLOGO DE JURISDICCIONES

Como introducía en los dos apartados anteriores, la jurisprudencia española parecía tener una postura ciertamente contundente en relación con los despidos de trabajadores enfermos sin una causa legal correctamente justificada, inclinándose por la declaración de improcedencia de los mismos. Sin embargo, las sentencias del TJUE analizadas con anterioridad, obligaron al legislador y los juzgados nacionales a replantear su postura, en aras de acoger los pronunciamientos llegados desde Luxemburgo.

Tanto el TS como el TC mantuvieron una cierta distancia ante los pronunciamientos del TJUE. Por ejemplo, en **la STC 62/2008 de 26 de mayo**, que juzgaba el caso de un trabajador despedido por ocultar una patología en el momento de su contratación que le había provocado varios procesos de IT.

El TC argumenta que no todas las decisiones en relación empresariales en relación con una persona “enferma” pueden considerarse discriminatorias a la luz del art. 14 CE, puesto que, como afirmaba el TS en su jurisprudencia, es necesario diferenciar la prohibición de discriminación del art. 14.2 de la obligación de igualdad de trato expuesta en el art. 14.1. En este sentido, corrobora la jurisprudencia del TS, dando por hecho que la decisión de despedir a un trabajador por motivo de su enfermedad puede saldarse con la declaración de procedencia o improcedencia del despido, en virtud de que se pueda demostrar la existencia de la causa alegada, y de que esta inhabilite, o no, al trabajador para realizar las funciones de su puesto, oponiéndose de esta manera a la objetivación de la discriminación en los despidos de trabajadores enfermos, destacando, además, la necesidad de acreditar la estigmatización o discriminación por razón de enfermedad para poder declarar la nulidad de un despido.

Tras la publicación por parte del TJUE de las sentencias *HK Danmark y Daouidi*, analizadas en el apartado anterior, la opinión mayoritaria entre los operadores jurídicos preveía que el TS y el TC se verían obligados a modificar la doctrina avalada en la STC 62/2008.

Así las cosas, la primera ocasión en la que el TS tuvo la oportunidad para valorar de nuevo el despido de un trabajador en situación de IT, tras las mencionadas sentencias, fue en la **STS de 3 de mayo de 2016, rec. 3348/2016**. En esta sentencia, el TS mantiene su doctrina tradicional, realizando una serie de matizaciones con el objetivo de adaptarla a la jurisprudencia europea²⁵.

²⁴ “El Tribunal de Justicia ha considerado que el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, apartado 38, y de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C 270/16, EU:C:2018:17, apartado 28).”

²⁵ Cordero Gordillo, V (2023). El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 13 (1), 11-15

El caso juzgado relata la situación de un trabajador que recibe, estando en situación de IT, una comunicación de despido disciplinario que alega la siguiente causa: “*por efectiva disminución de su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd. en periodos anteriores, y transgresión de la buena fe contractual*”. El TSJ de Cataluña, en su sentencia de **1 de julio de 2014 (rec. 956/2014)** recoge que el propio empresario reconoció la falsedad de la causa alegada, sin embargo, contradiciendo el pronunciamiento del juez de primera instancia, el TSJ no apreció conducta discriminatoria, y por tanto, declaró la improcedencia del despido.

El recurrente alega que el hecho de despedir a un trabajador mediante un despido disciplinario por el mero hecho de encontrarse en una situación de IT constituiría una conducta discriminatoria contra la persona enferma, mereciendo, por tanto, el despido la calificación de nulo, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE en el caso HK Danmark. El TSJ de Cataluña se opone a este razonamiento, argumentando que la decisión extintiva de la empresa no trata la enfermedad desde un punto de vista discriminatorio, sino desde un punto de vista estrictamente funcional, en el sentido de que incapacita al actor para el trabajo, acogiéndose básicamente a la doctrina que el TS había expresado hasta ese momento.

Por su parte, el TS expresa que no se puede considerar el despido por enfermedad, sin más, como un despido merecedor de la declaración de nulidad, incluyendo en su argumentación la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial en el asunto *Chacón-Navas*, en el sentido de que enfermedad y discapacidad no son conceptos equiparables conforme a la Directiva 2000/78. Expone el Tribunal que no se puede considerar la situación de la trabajadora como una discapacidad, puesto que solo había permanecido 10 días de baja antes del momento de su despido, por lo que entiende que no estamos ante una limitación de larga duración. En definitiva, entiende el tribunal que el despido de la trabajadora no es el de una persona discapacitada, ni su IT deriva de una discapacidad, por lo que se debe calificar como improcedente y no como nulo^{26 27}.

Otras sentencias, como la **STS de 21 de diciembre de 2017 (rec.782/2016)**, llegan a la misma conclusión incorporando, además, no solo la doctrina del Caso *Danmark*, sino también incluyendo la doctrina *Daouidi*. Concretamente, esta sentencia explora el caso de una trabajadora que había sido despedida por faltas de asistencia al trabajo “provocadas por distintos episodios de enfermedad común”.

La trabajadora padecía una patología cerviceo lumbar que fue interpretada por el TSJ de Galicia, como una “discapacidad” en relación con el derecho europeo, calificando el despido como nulo, fruto de la “discriminación indirecta” producida hacia la trabajadora, mediante la aplicación de las reglas del art.52 d) ET, en un caso que recuerda en parte, al asunto Ruiz-Conejero, explicado previamente en el trabajo.

Sin embargo, el TS, realizó una interpretación contraria a la del TSJ de Galicia²⁸ interpretando que la situación de la despedida no constituía una limitación derivada de

²⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: laprotección garantista multinivel”, Lex social, 2019, Vol. 9, nº 1, p. 709.

²⁷ Esta sentencia recibió críticas de diversos autores, como por ejemplo Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca quien en su libro *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador* expone que, a su juicio, la valoración del carácter duradero o no de una limitación no ha de hacerse en función de la fecha del despido, sino teniendo en cuenta parámetros objetivos fruto del análisis de documentos médico científicos.

²⁸ “No cabe prescindir de la vía de razonamiento observada por la sentencia recurrida que, alejándose de la descripción de dolencias, descritas en el cuarto de los hechos declarados probados, diferentes entre sí y que se corresponden con las que refiere la carta de despido, ha optado por fundar lo resuelto en otras dolencias lumbares, y en los efectos secundarios de su medicación. Ha aludido a la adaptación del puesto de trabajo, aun añadiendo que para el TJUE la constatación de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, así mismo, tiene en cuenta que la juzgadora de instancia ha considerado que los padecimientos pueden ser

dolencias físicas, mentales o psíquicas que supusiesen un obstáculo para su participación en la vida profesional a largo plazo, y, por lo tanto, el despido no sería un acto discriminatorio, y, por ende, no sería nulo y sí, improcedente.

Cabe destacar, que esta sentencia generó una gran polémica entre los operadores jurídicos pues se habían generado muchas expectativas en torno al posible cambio de doctrina del TS tras la promulgación de la sentencia *Daouidi*.

Otro caso que merece especial mención es el de la **STS de 22 de febrero de 2018 (rec.160/2016)**, que analiza la situación de una trabajadora que había sido despedida por ineptitud sobrevenida.

Para analizar este caso debemos prestar atención, en primer lugar, al cuadro clínico que presenta la demandante. Básicamente, padece estrés post traumático desde que se produjese un atraco en la sucursal del banco donde trabajaba mientras ella realizaba labores de caja, es decir, de atención al público. Existen informes de psiquiatría que avalan dicho diagnóstico e inclusive, un informe de su médico, en el que se recomienda que la actora no trabaje nunca de cara al público y a poder ser lo haga en oficinas “grandes”, es decir, con equipos de trabajo numerosos.

La empresa, atendiendo a las indicaciones y recomendaciones de los doctores, adaptó a lo largo de los años las funciones de la trabajadora sus limitaciones, alejándola del servicio de caja y empleándola en labores en las que no tuviese que atender directamente al público.

Fruto de una reestructuración a gran escala, fue reubicada en una oficina, que le evocaba recuerdos del atraco sufrido, lo que le genero un episodio de ansiedad por el que, en el momento de su despido, se encontraba en situación de IT.

El TS, teniendo en cuenta todo ello, explica que el despido merece la calificación de improcedente, como así lo habían hecho el juzgado de primera instancia y el TSJ, porque, aunque la trabajadora pueda ser considerada discapacitada en relación con la doctrina del TJUE, para que el despido fuese discriminatorio habría de observarse la “*la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.*”, de acuerdo con el art.2.2. b) de la Directiva.

El Alto Tribunal entiende que la empresa ha cumplido con sus obligaciones, realizando *ajustes razonables* para permitir a la actora el acceso al empleo en igualdad de condiciones con sus compañeros.

El TS argumenta que la empresa ha cumplido sobradamente sus obligaciones y no ha dispensado un trato discriminatorio a la despedida, por tanto, no puede considerarse nulo.

En este caso, el despido es considerado improcedente, pese a apreciar que la patología sufrida por la actora pudiera ser asimilable a la discapacidad, argumentando que aún sin existir justa causa para la decisión empresarial, la empresa no había discriminado a la trabajadora.

Sin embargo, no ha sido habitual que el TS reconociese la condición de “discapacitado” a un trabajador despedido. En este sentido se pronuncia la **STS de 15 de marzo de 2018 (rec. 2766/2016)**, que resulta muy interesante de analizar, pues tanto el Juzgado de lo Social de Lugo, como el TSJ de Galicia, habían considerado el despido como nulo, decisión que fue recurrida por la empresa, aportando como sentencia de contraste la STSJ Cataluña de 1 de julio de 2014, una sentencia en la que el TSJ había revocado la decisión de calificar un despido como nulo, entendiendo que la enfermedad de la actora no era un motivo de

crónicos, pero no graves. Dicha gravedad no ha sido afirmada en ninguna de las instancias del procedimiento, habido rechazado la sentencia de suplicación las dos modificaciones fácticas solicitadas, ni tampoco que exista una ‘discapacidad derivada de la interacción de las dolencias de la demandante con diversas barreras’.

Ni por referencia a las previsiones del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho mención y en parte reproducido, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante por lo que el recurso deberá ser estimado”

discriminación, y argumentando que en virtud de la doctrina europea, las limitaciones padecidas no eran asimilables a una discapacidad.

Ambas sentencias parten de un despido a una trabajadora en situación de IT, si bien es cierto que en la sentencia que se aporta como contraste, el despido se había producido tan solo diez días después de iniciar el proceso de incapacidad, y en este caso, el periodo era mucho más prolongado.

Pues bien, el TS realiza un repaso al iter jurisprudencial que el TJUE había dejado con relación a la definición de discapacidad, y los casos en los que la conducta de una empresa podría considerarse discriminatoria, llegando a la conclusión de que las patologías que sufría esta trabajadora no eran asimilables a la discapacidad porque no había pruebas suficientes a cerca de la duración del proceso de IT de la trabajadora.

Es decir, el TS explicó que para la asimilación de la enfermedad a la discapacidad era fundamental acreditar que las patologías sufridas eran previsiblemente duraderas. Este caso supone una vuelta de tuerca más, pues si bien la patología parecía cumplir con los requisitos de la legislación europea para ser considerada como una discapacidad, el TS impuso su doctrina, valiéndose de la incierta duración de la incapacidad de la trabajadora.

Para terminar con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a esta cuestión, analizaré una de las sentencias más recientes, la **STS 31 de mayo de 2022 (rec. 109/2020)**.

Esta sentencia analiza el caso de un despido disciplinario efectuado por una cadena hotelera a un trabajador que se encontraba en situación de IT desde hacía escasas dos semanas en el momento de la decisión empresarial.

El trabajador formuló demanda ante el Juzgado de lo Social de Tenerife que calificó el despido como nulo, decisión que posteriormente fue revocada por el TSJ de Canarias, que lo calificó como improcedente.

Básicamente, en primera instancia, el juez estimó el recurso del demandante, asimilando la situación del actor, que padecía una enfermedad de larga duración, a la discapacidad en relación con la mencionada doctrina del TJUE, considerando el despido como discriminatorio.

El caso llega hasta el TS, que, en primer término, desestima el recurso por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, alegando que la parte recurrente no cumplía los requisitos del art. 219 LRJS. Sin embargo, el TS argumenta que, en el caso de la sentencia recurrida, no se puede hablar de discriminación, porque la situación del actor no es asimilable a la discapacidad, ya que la duración de la baja tenía una estimación de 51 días, lo que en ningún caso puede considerarse un periodo *duradero*, como vemos, la doctrina de la anterior sentencia analizada se asentaba en el TS²⁹

Tal y como exponía anteriormente, la doctrina del TJUE no permeó en la línea argumental del TS que, por lo general, fue reacio a declarar nulos los despidos de trabajadores en situación de IT, pese a que en muchas ocasiones los TSJ si habían apreciado indicios de discriminación, y, por ende, situaciones asimilables a la discapacidad.

²⁹ Esta es la argumentación textual del TS “*para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación de “dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social*”.

Para terminar este apartado, repararé en algunas sentencias de TSJ en las que sí se equipararon las dolencias sufridas por personas trabajadoras a una discapacidad, y que no han sido revocadas por posteriores sentencias del TS.

Comenzando por la **STSJ de Canarias de 12 de noviembre de 2019 (rec.516/2019)** que versa sobre el despido de una trabajadora, que había sido despedida, mientras se encontraba en situación de IT, alegando la mercantil demandada en la comunicación del despido que había tenido “*un comportamiento contrario a los principios de la buena fe durante su incapacidad temporal*”, la empresa argumentaba en la carta de despido que la actora había participado en la organización de eventos, realizaba “*una vida normal*” acudiendo a la playa o conduciendo su vehículo personal, sin menoscabo de su integridad física ni apreciación de sus limitaciones en el pie izquierdo, que la mantuvieron de baja por el periodo máximo.

El TSJ de Canarias, realizó un breve repaso a cerca de la evolución jurisprudencial europea en torno a la asimilación de la enfermedad a la discapacidad a la luz de la Directiva 2000/78, en relación con la doctrina jurisprudencial expuesta y en cuanto a la alegación por parte de la empresa, relativa a que el despido no supone una represalia y por ende, no es discriminatorio, la Sala del TSJ de Canarias comparte el razonamiento y la conclusión del Juez de instancia, que había declarado el despido como nulo por discriminatorio. La Sala entiende que la empresa utiliza argumentos insuficientes que son meras excusas para despedir a una trabajadora que llevaba un año y medio de IT y había presentado diversas denuncias a la empresa, por ejemplo, por deudas con respecto a su salario.

Con respecto a la situación de “discapacidad” el TSJ entiende que, en el momento del despido, la trabajadora no presentaba una perspectiva bien delimitada de recuperación a corto plazo, de hecho, un mes después del hecho discriminatorio, el único tratamiento que se le ofrecía a la ahora demandante era la cirugía, por lo que la recuperación de la actora se vislumbraba muy a largo plazo³⁰.

Para finalizar con este apartado, comentaré dos sentencias más de los TSJ de Cantabria y Asturias, la primera de ellas por resultar especialmente interesante, al ser la enfermedad padecida por la actora una patología femenina, y la segunda por ser posiblemente el pronunciamiento judicial más relevante que haya habido en nuestra región relativo a esta cuestión.

Así bien, la **STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 (rec.833/2018)**, aclara que el despido de una trabajadora en situación de IT por padecer cáncer de útero, sin haber alegado la empresa causa alguna para proceder a la amortización del puesto de trabajo, debe calificarse como nulo por ser discriminatorio. La sentencia realiza una importante síntesis de la jurisprudencia europea y constitucional, en la que diferencia a la perfección los conceptos de enfermedad y discapacidad, el Tribunal entiende que en este caso, pese a que la actora llevaba en situación de IT pocos días cuando se produce un hecho discriminatorio, pues hay que entender el cáncer como una enfermedad a largo plazo, ya que su tratamiento implica cirugías, radioterapia, quimioterapia, en definitiva, si llegase a producirse una eventual curación, ésta no acontecería en el corto plazo.

³⁰ Así, lo expresa en su sentencia la Sala “ En definitiva, es posible hablar de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de la Convención de la ONU sobre discapacidad, al concurrir limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Y en tal sentido, la pretensión de nulidad por razón de discapacidad ha de prosperar igualmente (...) En efecto, la lesión, de larga duración (ya iba camino de los 18 meses, con previsión de una intervención quirúrgica), no presentaba una perspectiva bien delimitada de recuperación a corto plazo, concurriendo por ello el requisito de la durabilidad que exige la jurisprudencia; configurándose como una enfermedad discapacitante, por lo que el motivo ha de ser igualmente desestimado en este punto”.

Por ello, siendo el cáncer de útero una enfermedad de larga duración, que limita la participación plena y efectiva en la vida profesional, el despido se consideraría un acto discriminatorio contra una persona en una situación asimilable a la discapacidad y por lo tanto, como decía antes, nulo. Obsérvese que pese a ser el cáncer de útero una enfermedad que sólo puede afectar a las mujeres, el Tribunal se ciñe a la jurisprudencia europea y no introduce valoración alguna sobre la perspectiva de género del caso.³¹

Por su parte, **la STSJ de Asturias de 14 de mayo de 2019 (rec.780/2019)**, versa sobre el despido disciplinario de un trabajador que se encontraba en situación de IT tras sufrir un infarto, la empresa fundamentó la decisión en que el trabajador había realizado supuestamente actividades contrarias a su baja médica, entre otras, actividad física exigente.

Estos actos no fueron suficientemente probados por la mercantil en el acto del juicio, de hecho, fueron desvirtuados por la defensa del despedido mediante informes médicos que acreditan una patología incompatible con dicha actividad. A mayor abundamiento, quedó sobradamente demostrado que la compañía ejerció presión sobre el enfermo para que dejase voluntariamente su trabajo, llegando incluso a no abonarle los salarios de los meses de julio y agosto

El TSJ cita la STS de 15 de marzo de 2018, con el objeto de recoger la doctrina europea en la materia, para acabar argumentado que la situación del actor no es asimilable a una discapacidad, pues la baja por el infarto tenía una duración estimada de 86 días, aunque cuando fue despedido el trabajador ya llevaba seis meses de baja. Desde mi punto de vista, en vista a los informes médicos y la evolución del actor, el TSJ debía haber apreciado el carácter duradero de la limitación, pero ello será objeto de debate más adelante.

Sin embargo, el despido sí fue calificado como nulo, amparándose en una violación de los derechos fundamentales del actor, al intentar la empresa obligarle a firmar la baja voluntario, llegando incluso al punto de no pagarle su salario para ejercer presión.

Una vez analizada en profundidad la jurisprudencia nacional en relación con los despidos de trabajadores en situación de IT en relación con la doctrina europea emanada de la Directiva 2000/78/CE, se puede asegurar que no era una cuestión pacífica, existiendo numerosas aristas interpretativas que llevaban a los casos a vivir en una constante zona de grises, lo que generaba sin duda una importante inseguridad jurídica³².

Sin embargo, la Ley 15/2022 cambia el panorama, pues en su art.2 recoge a la enfermedad como una causa de discriminación por sí misma, lo que acaba con la disyuntiva de la asimilación de la enfermedad a la discapacidad, que tantos problemas planteó durante años en los tribunales españoles. El legislador, con la introducción de la enfermedad como causa de discriminación, pretende proteger a los trabajadores enfermos de las decisiones empresariales que atenten contra sus derechos.

Así, en el siguiente apartado del trabajo realizaré un análisis exhaustivo del texto de la Ley 15/2022, las implicaciones judiciales que ha tenido, y los diferentes problemas que se pueden plantear en su aplicación.

3.- LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

El 14 de julio de 2022 entró en vigor la Ley 15/2022, que tiene por objeto “garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igualdad, dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”, de

³¹ Noguero Moll, Rafael “La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más? Labos, Vol. 2, No. 2, pp. 83-98

³² Moreno Gené, J. (2022), cit.

acuerdo con lo expuesto en su art. 1.1. Es una ley muy ambiciosa, pues en su preámbulo se pone como objetivo “prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador” y “pretende hacer frente de manera omnicomprendensiva a todas las formas de discriminación... que existen y a las que están por venir³³”.

3.1.- NOVEDADES NORMATIVAS

La novedad más importante introducida por esta Ley es la ampliación de las causas de discriminación y los supuestos discriminatorios. En su art. 2.1 incorpora, junto a los seis motivos recogidos en la Carta Magna (nacimiento, raza, sexo, religión o creencias y orientación sexual), los motivos de **edad, discapacidad, o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua y situación socioeconómica.**

Esta ampliación de motivos encaja como un guante en el art.14 CE, pues, como sabemos, su cláusula de cierre (“o cualquier otra circunstancia personal o social”) permite ampliar la protección otorgada por dicho artículo a cualquier otra causa discriminatoria dispuesta en el ordenamiento jurídico.

A efectos de este trabajo, resulta especialmente importante la introducción, como causas de discriminación, de la enfermedad o condición de salud y el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Pero antes conviene señalar que la Ley 15/2022 amplía también los diferentes tipos de discriminación, o más bien, recoge las diferentes formas de discriminación que los Tribunales habían tenido ocasión de enunciar, pero que no se prevenían legalmente de forma expresa.

En su art.6 la Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico causas de discriminación como, la discriminación por asociación y error o la discriminación múltiple o intersectorial, que, si bien habían sido definidas en sentencias nacionales o europeas, no tenían una definición legal como tal.

A efectos del presente trabajo, destaca especialmente la incorporación de la *discriminación por asociación y por error*, a diferencia de la discriminación directa e indirecta que se basan en el trato dispensado, voluntaria o involuntariamente a una persona en relación con el conocimiento de sus circunstancias personales, la discriminación por asociación y por error, se basan en una percepción incorrecta de las características de la persona discriminada. En el caso de la discriminación por asociación, los actos vejatorios se basan en la relación del discriminado con una persona/ personas con determinados rasgos físico-sociales, por ejemplo, relación con personas homosexuales, y en el caso de la discriminación por error, se trataría de una mala interpretación por parte del autor de la discriminación, por ejemplo, discriminar a una persona por ser homosexual, sin que lo sea.

Para terminar con este apartado, conviene destacar las *garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminaciones* introducidas en el Título II del texto legal, que disponen la **nulidad de pleno derecho** de “*las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley*”. Así como, la obligación de la persona física o jurídica que cause el daño de repararlo proporcionando una indemnización y restituyendo la situación al momento anterior, que será objeto de análisis individualizado en un apartado posterior.

Una vez analizadas las principales novedades legislativas de la Ley 15/2022, nos centraremos en los siguientes apartados en la prohibición de discriminación por motivos de

³³ Goñi Seín, J. L. (2023). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad. Revista Justicia & Trabajo. pp 10-25

enfermedad, y las implicaciones que esta nueva realidad están teniendo en nuestros tribunales.

3.2.- SUPUESTOS Y CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN RELACIONADOS CON LA SALUD

A partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2022 se abrió un nuevo panorama en relación con la protección de los derechos de los trabajadores enfermos, pues la enfermedad, junto a la condición de salud, el estado serológico y la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, pasaron a ser motivos de discriminación análogos a los recogidos en el art. 14 CE, adquiriendo ese grado de protección.

La nueva Ley identifica a la enfermedad como un motivo de discriminación independiente a la discapacidad, lo que implica, entre otras circunstancias, una ampliación del abanico de supuestos en los que el despido de un trabajador pueda devenir nulo³⁴.

De acuerdo con el análisis realizado en el apartado anterior, hasta julio de 2022, la posible nulidad del despido por razón de una enfermedad se podía enmarcar en cuatro supuestos:

1. Estigmatización por sufrir una determinada patología: Si la empresa, por ejemplo, tomase como criterio para realizar un despido colectivo, despedir a todos los trabajadores que estuvieran padeciendo un cáncer.
2. Vulneración del derecho fundamental a la integridad física: Entendiendo que se produce esta circunstancia cuando la empresa trata de impedir el disfrute de una baja médica por parte del trabajador.
3. Cuando la enfermedad pudiera ser equiparada a la discapacidad, de acuerdo con la Directiva 2000/78 y las sentencias del TJUE previamente analizadas: La enfermedad para ello tiene que acarrear una limitación duradera que impida el desarrollo del trabajo en circunstancias similares a las de los compañeros)
4. Cuando las circunstancias del trabajador despedido vengán recogidas en el art.55.5 letras a) b) y c): Relacionadas con la protección de las personas embarazadas, con contratos suspendidos por nacimiento y cuidado de hijo, o, recién incorporados tras disfrutar de estos.

Cabe destacar, que la Ley 15/2022 diferencia entre enfermedad y condición de salud³⁵, el uso de una conjunción disyuntiva entre ambos términos puede parecer circunstancial, sin embargo, es muy relevante, porque implica que enfermedad y condición de salud NO pueden ser tratados como sinónimos. De acuerdo con diferentes autores, entre otros Luis Gordo González o Raquel Aguilera Izquierdo, la condición de salud es un término más amplio al de enfermedad, pues el primero abarca situaciones como el embarazo, el envejecimiento, el estrés, la obesidad que no implican una alteración del organismo, como sí hacen las enfermedades, pero favorecen la aparición de patologías. Es decir, la enfermedad implica una alteración del estado físico normal de una persona y el estado de salud, no.

Con este cambio legislativo, se protegen las conductas discriminatorias, por ejemplo, contra una persona por el hecho de ser obesa, una circunstancia que, si bien puede ser

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación". Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 4 (2022): pp. 38-42

³⁵ "Artículo 2. *Ámbito subjetivo de aplicación.* 1. *Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*"

considerada una patología en una estadía muy avanzada, normalmente, no tiene dicha consideración.

En el mismo sentido opera la introducción del estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, como causas de discriminación, pues el legislador extiende la protección de la salud a nuevas fronteras. Protegiendo, por ejemplo, a los trabajadores con anticuerpos del VIH, y mediante la protección a las personas con “predisposición genética a sufrir patologías y trastornos” no sólo protege la discriminación contra la enfermedad, sino contra la mera sospecha de su padecimiento presente o futuro.

Ahora bien, la discriminación basada en estas dos últimas circunstancias tendrá que ser estudiada en profundidad, pues la obtención de la empresa de datos médicos tan concretos puede colisionar con la esfera privada de su intimidad y lesionar los derechos a la protección de datos de los trabajadores³⁶.

Pese a la ampliación de los supuestos de protección del estado de salud de las personas trabajadoras, conviene destacar que no toda decisión empresarial vinculada a la enfermedad o estado de salud de un trabajador va a ser considerada como discriminatoria, el legislador no introduce una causa de nulidad objetiva del despido.

Además, aunque la enfermedad se contemple como una causa de discriminación, el propio texto de la Ley 15/2022 incluye excepciones, como por ejemplo las del art. 2.3³⁷. Esto implica que la protección que ofrece la Ley a los trabajadores enfermos no es absoluta, pues, siempre y cuando medien motivos de limitación objetiva para el desempeño de la actividad profesional, se podrían dar despidos por motivos de enfermedad, que no merezcan la calificación de nulos³⁸.

Esta situación tiene como fundamento el principio de libertad empresarial, proclamado en el art. 38 CE, que, como ha explicado el TC en su sentencia STC 118/2019, puede suponer limitaciones en el derecho al trabajo, ya que la libertad de empresa legitima al empresario a tomar determinadas decisiones, como la extinción de un contrato, en favor de sus intereses económicos y productivos, amparándose en sus poderes de gestión.

Si la intención del legislador hubiera sido introducir una nueva causa de nulidad objetiva hubiera modificado los arts. 53.4 y 55.5 ET, así como los arts. 108.2 y 122.2 de la LRJS, de hecho, en sentido contrario la Ley introduce en su artículo 30 la posibilidad de invertir la carga de la prueba en los procedimientos en los que se alegue discriminación, siempre y cuando, se aporten indicios fundados de la existencia de la misma, correspondiéndole en ese caso a la parte demandada, justificar la razonabilidad de la medida adoptada³⁹.

En caso de descartarse un móvil discriminatorio el despido podría calificarse como procedente, siempre y cuando la empresa acredite una causa justificada, o improcedente en ausencia de dicha acreditación, cuando la motivación sea ajena a la enfermedad del trabajador. Es decir, dependerá de la sala crítica de los jueces decidir caso por caso sobre la posible nulidad de las decisiones empresariales en estas circunstancias⁴⁰.

³⁶ Gordo Gonzalez, Luis (2023). Labos, Vol. 4, Número extraordinario ‘Tormenta de reformas’, pp. 103-121.

³⁷ “3. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

³⁸ Moreno Domínguez, J. F. (2023). La revitalización de la protección de la denostada doctrina Dauoidi a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 13(2), 1–15.

³⁹ La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación *Femeris*, Vol. 8, No. 2, pp. 32-40.

⁴⁰ Cordero Gordillo, cit.

En relación con la interpretación que los jueces les den a las novedades legislativas, cobra especial importancia la excepción del art. 2.3 que mencioné anteriormente. “*La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que se deriven... de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades*”. Pues una interpretación extensiva de esta excepción podría dejar sin utilidad el derecho de la persona trabajadora a no ser discriminada por su enfermedad. Es decir, si los jueces interpretasen que cualquier situación de IT da pie a una limitación objetiva para la realización de las tareas propias de la actividad profesional, se dejaría sin efecto la prohibición de discriminación.

Sin embargo, la intención del legislador al configurar la enfermedad como causa autónoma de discriminación, desvinculándola de esta manera de la discapacidad, parece otorgar una mayor protección a los trabajadores que se enfrentan a una enfermedad grave o limitar el despido de un trabajador cuyas patologías no son asimilables a la discapacidad, pero suponen un “problema económico” para la empleadora⁴¹.

3.3.- Implicaciones de la ley 15/2022 en la jurisdicción social

En el momento de realización de este trabajo, no podemos hablar de una doctrina judicial en torno a la nueva realidad relativa a los despidos de trabajadores enfermos, pues, aunque tenemos un buen número de sentencias, en su mayoría de Juzgados de lo Social, que abordan esta cuestión, ni muchos TSJ, ni por supuesto el TS han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de las implicaciones prácticas de la nueva legislación.

En un primer momento se produjeron numerosas sentencias que desestimaban la calificación como nulo del despido, por haberse producido antes de la entrada en vigor de la nueva ley, por todas: STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2022 (rec. 830/2022) o la STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2022 (rec.879/2022), alegando en estos casos los Tribunales que, en virtud de la jurisprudencia del TJUE recogida en numerosas sentencias por el TS, al no ser casos de enfermedad asimilables a la discapacidad, los despidos merecían la calificación de improcedentes, al no haber una causa legal para el despido, pero nunca nulos.

Las dos primeras sentencias relativas a despidos de trabajadores enfermos, en estos casos en situación de IT, producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma, llegaron en noviembre de 2022, procedentes de los Juzgados de lo Social de Vigo y Gijón. Ambas sentencias merecen ser analizadas individualmente pues son las primeras representaciones prácticas de la nueva regulación en España.

Así, la SJS/1 Gijón de 15 de noviembre de 2022 (rec.467/2022) declara la nulidad del despido efectuado sobre una trabajadora que se encontraba en situación de IT, en relación con una operación a la que se iba a someter pocos días después. La empleadora, concedora de esta situación, decide despedirla, informándole vía Whatsapp que sería contratada de nuevo una vez finalizase el periodo de baja porque estaban muy satisfechos con su rendimiento. El caso, por tanto, no ofrece debate, la empresa toma la decisión de extinguir el contrato de la trabajadora con el único objetivo de ahorrar costes durante su periodo de incapacidad temporal.

El juez en su sentencia expone que la promulgación de la Ley 15/2022 produce un cambio de panorama en relación con casos como el relatado, pues el art.26 dispone la nulidad de pleno derecho de las cláusulas o negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el art.2, entre los que como sabemos, se encuentra la enfermedad. Aclara, además, que la enfermedad no debe revestir una especial consideración ni ser especialmente duradera, pues se deja atrás la tradicional

⁴¹ Agustí Maragall, Joan (2022). “LA NUEVA LEY 15/2022 INTEGRAL PARA LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y EL DESPIDO POR ENFERMEDAD O CONDICIÓN DE SALUD: EL FIN DE LA ANOMALÍA” Revista Jurisdicción Social.

equiparación a la discapacidad. Además, de acuerdo con el art.30 de la ley, corresponde a la empresa la aportación de una justificación objetiva y razonable, pues con las pruebas aportadas, está claro que la trabajadora había aportado indicios de discriminación suficientes para que se produjese la “inversión de la carga de la prueba”.

Así, en virtud de las pruebas y alegaciones aportadas por ambas partes, el juez considera probado que el despido constituye un acto discriminatorio, puesto que está motivado únicamente por la IT de la trabajadora, “para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad”.

Sin embargo, lo más llamativo de este caso, no es la declaración de nulidad, que, con la Ley en la mano no ofrece demasiadas dudas, teniendo en cuenta que el propio empleador le había reconocido a la trabajadora por escrito el móvil del despido, sino la interpretación que el juez le da al art. 27 de la Ley 15/2022⁴².

En relación con este artículo el juez expone que la restitución en casos de despido se cumple con la readmisión del trabajador, sin embargo, es necesario reparar el daño causado mediante el pago de una indemnización, aun cuando como en este caso, la parte afectada **no haya reclamado dicha indemnización**. El juez explica que, al tratarse de una vulneración de un derecho fundamental, resulta de aplicación el art. 183 LJS, por lo que le corresponde al juez pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que le corresponde al demandante, en función “*tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.*”

Con respecto a la cuantía de la indemnización, no se otorgan directrices concretas en el texto legal, ante la ausencia de pautas para delimitar esta indemnización, el juez acude a “criterios prudenciales”, ateniendo a la duración de la relación, pero también la necesidad de la despedida de ser atendida por los servicios de salud mental, así como, la actuación completamente contraria a la ley llevada a cabo por la empresa, por lo que acuerda una indemnización de 3500 euros que se corresponden con los tres meses de salario que habría percibido durante el periodo de IT⁴³.

Prácticamente al mismo tiempo que se dio a conocer la anterior sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, llegó la Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Vigo de 13 de diciembre de 2022 (nº473/2022), que trata el despido de un trabajador que había sido contratado vía contrato temporal para realizar las funciones de soldador en la ejecución de una obra, junto con otros cuatro trabajadores. Sin embargo, la empresa anuló la obra para que el demandante había sido contratado y destino a los trabajadores a otros proyectos. Tiempo después, el trabajador entró en IT por problemas psíquicos, indicándose en el parte de baja el periodo sería de corta duración, durante su ausencia, la empresa tomó la decisión

⁴² “Artículo 27. Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño.

1. La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

2. Serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25”.

⁴³ Beltrán, I., (2022, 23 diciembre). El despido (injustificado) durante la incapacidad temporal es nulo: Primeras reacciones en la instancia (JS Gijón y JS Vigo) a la Ley 15/2022. UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2022/12/23/el-despido-durante-la-incapacidad-temporal-es-nulo-primeras-reacciones-en-la-instancia-js-gijon-y-js-vigo-a-la-ley-15-2022/>

de amortizar su puesto de trabajo, manteniendo la relación laboral con los otros 4 trabajadores que habían sido contratados en iguales circunstancias.

En primer lugar, se determina la relación entre la empresa y el trabajador como indefinida, al no estar ligada a una obra o servicio determinado, como requería el art.15.1 a) de hecho el resto de los trabajadores pasaron a trabajar en otros proyectos de la empresa, además, se aportó una grabación en el que el delegado de personal de la mercantil demanda admitía que el despido tenía como causa la incapacidad temporal del trabajador.

En virtud de lo expuesto, el juez declaró el despido nulo, por discriminatorio, otorgando además una indemnización al trabajador de 3.000, rebajando los 10.000 que solicitaba la parte actora⁴⁴.

En la misma línea que los dos anteriores, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada de 15 de febrero de 2023 (núm. 753/2022), que resulta de mucho interés por la pormenorizada explicación acerca del cambio introducido por la nueva ley con respecto a la doctrina emanada del TJUE que se venía aplicando en estos casos, la asimilación de la enfermedad a la discapacidad, y la objetivación de la enfermedad como un factor de discriminación por sí misma.

Esta sentencia recoge el despido de un trabajador de una empresa que organiza trayectos recreativos en barco, donde el despido realizaba las funciones de patrón. Tras sufrir un accidente durante su jornada laboral, y tramitar su baja en la mutua, la empresa rescindió su contrato sin entregarle una comunicación de despida alguna⁴⁵.

Pues bien, el juez entiende que despedir a un trabajador inmediatamente después de tramitarse su IT por accidente laboral, constituye una discriminación directa por enfermedad en virtud del art. 6.1 de la Ley 15/2022, por lo que en relación con lo dispuesto en el art.55 ET, el despido habrá de considerarse nulo, al estar la *enfermedad* recogida como causa de discriminación en la mencionada ley.

El juez explica en su sentencia que incluso sin la aplicación del art.55 ET a este tipo de despidos, la propia ley llevaría a un desenlace idéntico, pues el art. 26 de la Ley 15/2022 impone la declaración de nulidad de todos los actos que causen discriminación de acuerdo con los motivos expresados en el art.2. Además, por la aplicación del art.27 de la Ley es posible otorgar a la persona despedida una indemnización tal y como dispone el Estatuto en el caso de los despidos nulos.

Termina el juez realizando un muy acertado repaso en relación con la jurisprudencia relativa a la aplicación de la LISOS como parámetro para cuantificar la indemnización por daño moral, siempre difícil de objetivar en números. La parte actora, reclamaba una indemnización de 12.000 euros, que el juez rebaja a 5.000, atendiendo a la escasa antigüedad del trabajador, la novedad de la norma y el hecho de que la declaración de nulidad del despido devuelve al trabajador su puesto de trabajo, por lo que entiende el juez que resarce en parte al agraviado.

Tal y como explicaba anteriormente, la Ley 15/2022 no introduce ninguna causa de nulidad objetiva del despido, por lo que el hecho de despedir un trabajador enfermo o en situación

⁴⁴ Beltrán, I. (cit)

⁴⁵ *“El trabajador suscrito cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa arriba indicada, y recibe en este acto la liquidación de partes proporcionales, en la cuantía y detalle que se expresa a continuación, con cuyo recibo reconoce hallarse saldado y finiquitado, por todos y cuantos devengos salariales le pudieran corresponder, por razón de trabajo en la mencionada empresa, quedando totalmente rescindida su relación que le unía a la misma”*

de IT no tiene por qué desembocar en la declaración de nulidad de la decisión empresarial, el juez debe apreciar que la decisión supone una forma de discriminación.

En este sentido se pronuncia la **SJS de Salamanca de 14 de marzo de 2023 (núm. 122/2023)**, que recoge el caso de una camarera, que fue despedida tras permanecer 8 meses en situación de IT, en noviembre de 2022, procediendo la empresa a su despido sin observar los requisitos formales exigidos por el ET, pues, simplemente, la trabajadora fue dada de baja en la SS sin existir preaviso alguno.

En su demanda, la parte actora recoge la jurisprudencia del TJUE en relación con la asimilación de la enfermedad a la discapacidad, argumentando que el proceso padecido por la despedida desde febrero de 2022 se corresponde con la definición que la jurisprudencia europea ha otorgado al término “discapacitado”, mereciendo, por ende, el despido la calificación de nulidad.

La parte actora alega, además, que la situación se había visto alterada por la entrada en vigor de la Ley 15/2022, que el despido de un trabajador que esté en situación de IT sería nulo, y no improcedente, por el mero hecho de la promulgación del texto legal.

El juez, no comparte esta interpretación, pues como se ha explicado, la Ley no introduce nuevas causas de nulidad objetiva de despido. De hecho, desestima la demanda de la trabajadora, interpretando que, dado el elevado tiempo transcurrido entre el inicio de la IT y el despido, diez meses, no cabe apreciar una *conexión temporal* entre ambas. Argumenta, además, que al no haber finalizado la trabajadora los primeros 12 meses de IT, no puede interpretarse que su baja será de larga duración, en relación con la equiparación de la enfermedad a la discapacidad alegada por la demandante.

Como vemos, la Ley 15/2022 no ha solucionado las dudas interpretativas en relación con los despidos de trabajadores enfermos, pues tal y como dispone el art. 30 de la Ley, es necesario que el trabajador acredite *indicios de discriminación* para que la empresa esté obligada a probar la idoneidad de la decisión extintiva. Ello provoca que en aquellos casos en los que se realice una argumentación simplista, entendiendo que el mero hecho de que el trabajador se encuentre en situación de I.T lleva a la nulidad objetiva de la decisión empresarial, puede tener un efecto radicalmente contrario.

Las representaciones letradas de los trabajadores deberán fijar sus esfuerzos en demostrar que los despidos están motivados por la *enfermedad o condición de salud* del trabajador, no bastando con demostrar la concurrencia de una situación de IT en el momento de la decisión.

El punto clave para la definición de las disputas relativas a la nulidad de los despidos tras la promulgación del nuevo texto legal, parece la interpretación de los indicios de discriminación aportados por los trabajadores, cuestión que deberá ser analizada caso por caso en nuestros tribunales.

Así, por ejemplo, en la **STSJ de Castilla la Mancha de 5 de octubre de 2023 (rec.571/2023)**, el Tribunal revoca la decisión de Juzgado de lo Social que había declarado la improcedencia del despido, precisamente, por no observar indicios de discriminación suficientes. En este caso, el despido de la trabajadora se había producido unos 20 días después de iniciar esta un proceso de IT, sin que la empresa remitiese comunicación de despido alguna, simplemente, tramitaron su baja en la SS.

El TSJ entendió que en el juicio no se había acreditar ninguna causa de despido distinta a la situación de IT del trabajador, siendo la empresa incapaz de acreditar causa alguna que justificase la decisión, mereciendo el despido, por tanto, la calificación de nulo.

Como última nota destacable de esta sentencia cabe destacar la ausencia de indemnización por vulneración del derecho fundamental a la integridad física y discriminación por enfermedad, por no haberse reclamado en trámite de recurso.

En cambio, la reciente **STSJ de Asturias de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1364/2023)** se pronuncia en sentido contrario. Esta sentencia analiza el despido de un trabajador que había necesitado asistencia médica tras sufrir un accidente de trabajo, sin embargo, de los hechos probados en el juicio de instancia, no se podía dilucidar con exactitud si el trabajador había estado en situación de I.T, ni mucho menos si lo estaba en el momento de su despido.

Si bien, la fecha entre la asistencia médica y el despido son ajustadas, la parte actora no pudo probar suficientemente ni que el trabajador hubiese estado en IT, ni que el despido de la empresa se debiese los padecimientos del trabajador. No sólo eso, sino que la empresa pudo acreditar que, al mismo tiempo de su despido, tomó una decisión idéntica con otro trabajador, utilizando la misma fórmula de despido objetivo, alejando de esta manera el móvil del despido de una posible causa de discriminación.

Por ello, el TSJ de Asturias mantuvo la decisión del Juzgado de lo Social, que previamente había calificado el despido como improcedente, por ausencia de requisitos formales, al entender que no se podía apreciar la nulidad, no cabiendo ni siquiera la inversión de la carga de la prueba prevista en el art. 30 de la Ley 15/2022.

Una vez analizadas las consecuencias que el cambio legislativo ha tenido en la jurisdicción social, podemos asegurar que esta cuestión va a seguir en el epicentro del debate entre los operadores jurídicos, pues queda claro que aún quedan diferentes aristas interpretativas, que, el TS tendrá posibilidad de resolver más pronto que tarde.

CONCLUSIONES

El derecho laboral supone un reto para todos los profesionales que se dedican a ello pues es una de las disciplinas más cambiantes, esto se debe a que el entorno laboral, las relaciones empresa trabajador, las nuevas formas de trabajo, la ampliación de derecho, etc. Producen un panorama de evolución continua, que nos obliga, como profesionales de la abogacía a estar en continuo aprendizaje.

Sin embargo, el problema a cerca de los derechos, o la falta de éstos, de los trabajadores enfermos parece vivir una etapa cíclica, pues la promulgación de la Ley 15/2022 repone a los trabajadores en una situación muy similar a la que tenían antes de la reforma laboral de 1994.

Tras la modificación vía Ley 11/1994 de la protección ante el despido para los trabajadores “con el contrato suspendido”, se inició una larga etapa en la que las empresas podían optar ante una baja laboral, de corta o larga duración, a extinguir el contrato de trabajo sin causa justificada, abonando únicamente la indemnización por despido improcedente.

A lo largo de los últimos 20 años, el TJUE ha tenido numerosas oportunidades para pronunciarse sobre la calificación de despidos de trabajadores en situación de IT, o más bien, sobre si hubiera que calificarlos como discriminatorios. La sentencia del *Asunto Daouidi* supone un pormenorizado resumen de la doctrina del Alto Tribunal Europeo a cerca de esta cuestión.

En síntesis, se podía considerar discriminatorio el despido de un trabajador en IT, siempre y cuando su situación fuese asimilable a una discapacidad, de acuerdo a la definición que la ONU otorga a ese término. Es decir, se debe poder acreditar **en el momento del despido** que las limitaciones producidas por la enfermedad, curable o incurable, padecida por el trabajador iban a tener un carácter **duradero**.

El TJUE no otorga unos parámetros objetivos para determinar cuándo una limitación es duradera, de hecho, encarga a los tribunales nacionales que se encarguen de determinarlo caso por caso, haciendo uso siempre de parámetros objetivos, especialmente todos los informes médicos que tengan a su alcance.

Pues bien, los tribunales españoles, con el TS a la cabeza, han mantenido una postura inmovilista con respecto a los avances doctrinales llegados desde Luxemburgo, impidiendo que la jurisprudencia europea tuviese una traducción en los pronunciamientos de los juzgados nacionales, pues hay muy pocos ejemplos en los que se haya declarado la nulidad de un despido por discriminación a un trabajador “discapacitado” en España.

En este contexto, surge la Ley 15/2022, que supone una protección, sin paliativos, a los trabajadores enfermos. El texto legal dificulta la adopción de medidas unilaterales por parte de las empresas en caso de baja laboral. Esta ley desarrolla el art.14 CE incorporando como motivos discriminatorios autónomos, la enfermedad o la condición de salud, establece la nulidad de los despidos basados en dichas causas de discriminación, la aplicación de la inversión de la carga probatoria, así como, la necesidad de restaurar el daño, presumiendo la existencia de daño moral en todo caso en este tipo de despidos. Todo ello, supone un hito en la protección de las personas enfermas injustamente despedidas.

Sin embargo, no es todo oro lo que reluce, pues la nueva ley no introduce una causa objetiva de nulidad del despido, por lo tanto, para que un despido sea calificado como discriminatorio, por ende, nulo, no bastará que se produzca durante la enfermedad del trabajador, sino que se tendrán que aportar indicios suficientes de discriminación, para que se produzca la inversión de la carga probatoria, y sea la empresa la que tenga que explicar la idoneidad y razonabilidad de la medida apropiada.

En mi opinión, aunque la ley invita al optimismo a todos aquellos que reivindican una mayor protección para los trabajadores, todo va a depender de la interpretación que nuestros tribunales, en especial el TS, den a la nueva norma. Ya hemos visto sentencias en las que

Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia, no aprecian indicios suficientes de discriminación, y mantienen la calificación de improcedentes en despidos sin causa de trabajadores enfermos.

En este sentido, es fundamental la labor de los abogados, tanto en el asesoramiento a las empresas, como en la defensa a los trabajadores.

Una mala estrategia procesal por parte de la empresa puede llevar a la nulidad del despido, con la obligación de readmitir al trabajador y el coste económico que ello supone. Es fundamental, en caso de tener la intención de despedir a un trabajador en situación de IT, revestir el despido con causas amparadas por la ley, no llevar a cabo el despido de forma "inmediata" tras conocer la situación del trabajador, y por supuesto, no incluir en la comunicación de despido remisión alguna a patología o condición de salud del trabajador.

Por su parte, aquellos letrados que se encarguen de defender los intereses de los trabajadores despedidos deben centrar su defensa en la relación de causalidad entre la situación del trabajador, y la decisión de la empresa. Recordemos, que la enfermedad no tiene que revertir una especial gravedad, basta con que el despido tenga como móvil los padecimientos del trabajador, para que sea considerado discriminatorio.

En definitiva, la polémica Ley 15/2022 altera las normas del juego en las relaciones entre empresa y trabajador, aumentando la protección de los trabajadores ante despidos injustificados. Sin embargo, no cumple con las expectativas de aquellos que pretendían blindar la posición de los trabajadores como ya ocurría antes de la reforma de 1994. Al no producirse la modificación del art.55.5, y depender la calificación de nulidad de la apreciación por parte del juez de un móvil discriminatorio en las decisiones empresariales, creo que la influencia de la ley no va a responder a las expectativas generadas.

Al fin y al cabo, supone un conflicto entre los intereses económicos de las empresas, y la protección de los derechos de los trabajadores, hasta ahora, nuestra legislación favorecía sin paliativos a los primeros, y aunque esta ley es un primer paso hacia una mayor protección de los segundos, los tribunales españoles, no se han caracterizado, al menos en la recepción de la doctrina europea, por ser especialmente estrictos en el castigo a las malas praxis empresariales.

En definitiva, creo que los avances producidos por la nueva Ley son significativos, no sólo por el desarrollo del art. 14 CE ampliando las causas de discriminación, sino por la batería de medidas introducidas como la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, las novedades en materia de contratación, obligaciones en materia de retribución, distribución en los puestos directivos ... Sin embargo, a la espera de la interpretación que el Tribunal Supremo le dé a la nueva norma, creo que salvo en casos indiscutibles, como la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, será difícil que los tribunales aprecien la nulidad de forma habitual.

No estamos ante un hito definitivo en las relaciones jurídico-laborales, pero sí, ante un punto de partida, o más bien de retorno, hacia un sistema más garantista con los derechos de los trabajadores. Como siempre, los abogados laboristas tendrán que mantenerse actualizados, asimilando los pronunciamientos que vayan llegando de los tribunales y estudiando las diferentes vías que surjan a partir de la aplicación de la ley en el día a día de las relaciones laborales.

BIBLIOGRAFÍA

Beltrán Heredia, I (2023, 14 abril). “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?” UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES.

Beltrán, I., (2022, 23 diciembre). “El despido (injustificado) durante la incapacidad temporal es nulo: Primeras reacciones en la instancia (JS Gijón y JS Vigo) a la Ley 15/2022.” UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES.

Cordero Gordillo, V. (2023). “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 11-15

de Faramiñán Gilbert, J. M. (2009). “LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS DURANTE 2005 y 2006. ANÁLISIS y VALORACIONES DE LA PRÁCTICA JUDICIAL”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 200-210

Ginés Fabrellas, A.: “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2010.

Goñi Seín, J. L. (2023). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad. *Revista Justicia & Trabajo* pp. 10-25

Gordo Gonzalez, Luis (2023). *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario ‘Tormenta de reformas’, pp. 103-121

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4 (2022): pp. 38-42

Monereo Pérez, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex social*, 2019, Vol. 9, nº 1, p. 709.

Moreno Domínguez, J. F. (2023). La revitalización de la protección de la denostada doctrina Dauoidi a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 13(2), 1–15.

Moreno Gené, J. (2022). “LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO TRAS LA LEY 15/2022: VALORACIÓN DE LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.” *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* 64 (2022). 67-77

Noguero Moll, Rafael “La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más? *Labos*, Vol. 2, No. 2, pp. 83-98

Velasco Portero, T. (2014). “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 39 (2014)