



**El despido de los
trabajadores enfermos
“con procesos de larga
duración”: Cambio
jurisprudencial a raíz
de la doctrina Daouidi**

**Lucía Fernández
González**

RESUMEN

La calificación de los despidos de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal ha sido cambiante en el tiempo. Los afectados han alegado vulneración de diferentes derechos fundamentales pero la jurisprudencia española se ha venido posicionando en favor de la improcedencia, en lugar de la nulidad, durante los últimos años. Sin embargo, no todas las situaciones de incapacidad temporal son iguales ni merecen el mismo grado de protección. La nueva doctrina emanada de los tribunales europeos ha comenzado a considerar nulos los despidos de aquellos trabajadores incapacitados cuya situación, aun no reconocida formalmente, resulta equiparable a la discapacidad.

Palabras clave: *trabajador, despido, enfermedad, discapacidad, incapacidad temporal.*

ABSTRACT

The description of employment termination due to temporary disability has changed over time. Those affected have alleged violation of several fundamental rights. However, in recent years, spanish jurisprudence has positioned itself in favour of inadmissibility rather than nullity. Nevertheless, not all cases of temporary disability are equal or deserve the same degree of protection. A new doctrine issued by european courts has begun to consider null all temporary impaired employee dismissals whose situation, although not formally recognized, could be compared to a full dissability.

Keywords: *employee, employment termination, disease, full disability, temporary disability.*

EL DESPIDO DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS “CON PROCESOS DE LARGA DURACIÓN”: CAMBIO JURISPRUDENCIAL A RAÍZ DE LA DOCTRINA DAUIDI

Lucía Fernández González

Grado en Derecho

Facultad de Derecho / Universidad de León

lfernng07@estudiantes.unileon.es

Recibido: 24/11/19 Aceptado 30/12/19

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos de estudio propios del Derecho laboral con especial trascendencia hoy en día, es sin duda el ámbito de los despidos de los trabajadores. Y ello porque se trata de un elemento muy presente en la realidad jurídico-social cotidiana, influye en la economía tanto de empresas privadas como del Estado, y además condiciona los recursos de la población y, como consecuencia, su calidad de vida.

En particular, merecen especial atención aquellos despidos que, con independencia de la causa que los motiva (disciplinaria u objetiva), afectan a personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, porque ello produce un mayor desequilibrio respecto al preexistente entre las partes contratantes -empresario y trabajador-.

El legislador ya se ha preocupado de dotar a determinados colectivos de una protección reforzada (mujeres embarazadas, trabajadores que estén disfrutando de permisos o excedencias, trabajadoras víctimas de violencia de género...)¹. Pero todavía existen grupos que podemos considerar de especial vulnerabilidad que no gozan de ninguna tutela jurídica específica en este sentido. Uno de estos colectivos lo constituyen las personas cuyas enfermedades o padecimientos no permiten su reincorporación laboral a corto plazo, pero a su vez no cumplen los requisitos necesarios para optar a una prestación de incapacidad total o perma-

¹ Art. 55.5. ET

nente. Este grupo de personas con habitualidad son objeto de despido y acuden a los tribunales en busca de una tutela que nuestro ordenamiento por el momento no les ofrece. Su principal pretensión es la nulidad, basándose en la vulneración de derechos fundamentales por causa de su enfermedad o padecimiento.

La tendencia jurisprudencial ha sido cambiante a lo largo de los años, pero los recientes pronunciamientos de los órganos judiciales nacionales, influenciados en cierta medida por la doctrina de los tribunales europeos, han comenzado a considerar la nulidad de este tipo de despidos a través de una nueva vía interpretativa: la equiparación de estos trabajadores a las personas con discapacidad.

2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS

Los trabajadores en situación de incapacidad temporal mantienen su contrato laboral en una especial situación, la suspensión². La doctrina define la suspensión del contrato como una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo, y cuya finalidad es proteger los intereses de las partes, pero más en concreto los del trabajador, puesto que el contrato de trabajo es para el trabajador algo más que un simple vínculo jurídico: es la realización práctica de ese difuso “derecho al trabajo” garantizado constitucionalmente³ y es, en definitiva, su medio de subsistencia (VIDA SORIA, 1966).

La suspensión del contrato evita que determinadas circunstancias conlleven de forma automática la terminación del contrato de trabajo. Y ello porque produce tres efectos: (i) permite al trabajador conservar su puesto de trabajo, aunque no preste servicios, (ii) impone al empresario la obligación de conservarle ese puesto y (iii) reactiva la relación contractual con todos sus efectos, desde el momento en que desaparece la causa suspensiva (BOTANA LÓPEZ, 2002).

Es importante destacar que la suspensión mantiene con plena vigencia la mayoría de los derechos y obligaciones recíprocos del trabajador y del empresario. Así ocurre con los derechos básicos⁴ y con los derechos económicos del trabajador. Respecto a las obligaciones, la suspensión interrumpe la obligación básica del trabajador de prestar servicios y también la obligación básica del empresario

2 Art. 45. 1. c) ET.

3 Art. 35.1. CE.

4 Estos derechos se recogen en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores.

de remunerar el trabajo (CARRIZOSA PRIETO, 2008). Sin embargo, la obligación de la buena fe contractual persiste para ambas partes, y se manifiesta durante la suspensión: para el trabajador, respetando la no concurrencia desleal y para el empresario, evitando las conductas que dificulten la curación del trabajador enfermo (JOVER RAMÍREZ, 2004).

La ley actual no dota a todas las enfermedades recurrentes o crónicas del trabajador de una protección especial (ARETA MARTÍNEZ, 2009). El art.108.2 LRJS enumera de forma exhaustiva los despidos que merecen la calificación de nulidad, y aunque recoge despidos en diferentes situaciones de suspensión (maternidad, lactancia natural, adopción...), entre ellos no se encuentra la suspensión del contrato laboral por enfermedad. Por lo tanto, estos despidos solo pueden calificarse como procedentes o improcedentes, ya que no entran en los supuestos de nulidad.

Tampoco en otras normativas aplicables aparece la enfermedad en sentido genérico como causa de discriminación. No lo recoge la propia Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la cual ya forma parte de nuestro ordenamiento⁵. Esta norma tiene como objetivo la creación de un mercado de trabajo que favorezca la integración social, y en ella se destaca la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de discapacidad (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2015).

En este sentido, el art. 17.1. ET, que contempla diferentes causas de discriminación, directa o indirecta, tampoco incluye expresamente la enfermedad del trabajador, pero sí reconoce como nulas las decisiones del empresario que originen situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de la discapacidad, lo que, como veremos, constituye los cimientos de la doctrina del TJUE.

Precisamente la omisión de la enfermedad en la normativa laboral suscita en la doctrina la creencia de que existe una gran permisividad respecto a la voluntad extintiva del empresario, y prácticamente el único factor limitante es la alegación de alguna causa de discriminación recogida en la CE o la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (ARETA MARTÍNEZ, 2009).

⁵ Se traspuso mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Y es que la alegación genérica de que el despido únicamente viene motivado por el padecimiento de una enfermedad no es razón suficiente como para considerar que tal conducta sea discriminatoria -aunque su licitud sea cuestionable-, pues de serlo así, todos los despidos en situación de incapacidad temporal, fueran por el motivo que fueran, recibirían la calificación de nulidad (POQUET CATALÁ, 2017).

La jurisprudencia en España se ha venido pronunciado durante años en el sentido de que el despido motivado por la enfermedad padecida por el trabajador no constituye un factor de discriminación porque no se utiliza la enfermedad como elemento discriminatorio sino como la causa que provoca que el mantenimiento del contrato de trabajo ya no sea rentable para el empresario.

Así lo confirma el propio TC: *“Una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria”*⁶.

En este sentido también se ha pronunciado el TS: *“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 por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene”*⁷.

De plena vigencia es la reciente derogación del despido objetivo por faltas de asistencia justificadas⁸, cuya constitucionalidad había sido ratificada por el Tribunal Constitucional en octubre de 2019⁹. El Tribunal consideró que tal precepto no vulneraba ninguno de los derechos alegados¹⁰ y que su regulación respondía al objetivo legítimo de la empresa de proteger la productividad y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empresario.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional número 62/2008, de 26 de mayo.

7 Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2001 (rec.1566/2000).

8 Art. 52.d) ET (derogado por el Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero)

9 Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019, en relación a la cuestión de inconstitucionalidad número 2960-2019.

10 Se alegaba que el precepto vulneraba el derecho a la integridad física del art. 15 CE, el derecho al trabajo del art. 35.1 CE y el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE.

Y es que, a pesar de la supresión del despido objetivo por faltas de asistencia justificadas, lo cierto es que para el empresario sigue existiendo la posibilidad de despedir a un trabajador en incapacidad temporal, ya sea por la vía de un despido disciplinario (como por ejemplo, por faltas repetidas e injustificadas de asistencia¹¹ o por disminución continuada y voluntaria del rendimiento¹²), por la vía de un despido objetivo (por ejemplo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹³) e incluso, y si cabe, mediante una resolución contractual en virtud del incumplimiento del rendimiento mínimo pactado¹⁴.

Pero, realmente, en los casos en los que es la propia enfermedad la que motiva el despido, la causa utilizada no tiene trascendencia más allá de que se llegue a considerar que el despido constituyó una verdadera discriminación, en cuyo caso sería nulo. En el resto de los casos, y a pesar de la causa utilizada, la consecuencia será la mera improcedencia.

Es decir, cuando la causa última de la extinción se basa en la disminución de la productividad del trabajador, derivada de la reducción de productividad causada por la situación incapacitante, el despido no será considerado nulo.

Y, al contrario, si la enfermedad se utiliza como un medio de discriminación en atención a ese propio padecimiento, el despido será nulo, siempre que se acredite la vulneración de algún derecho fundamental: *“cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”*¹⁵.

El problema deriva del hecho de que, si únicamente se consideraran nulos tales despidos, y sistemáticamente el resto se calificaran con la mera improcedencia, se estaría dando vía libre a los empresarios para articular despidos cuando el trabajador se encuentra de baja -lo que no significa que nuestro ordenamiento lo considere como una justa causa para el despido, simplemente que los efectos negativos de su calificación son menores: se considera ilícito pero no discriminatorio (MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, 2017).

11 Art. 54.2. a) ET

12 Art. 54.2. e) ET

13 Art. 52. c) ET

14 Art. 49.1. b) ET

15 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014).

Desde un punto de vista pragmático esto supone un vacío legal para los supuestos en los que el trabajador padece una enfermedad previsiblemente duradera que afecte a su prestación laboral, pero que no haya obtenido el reconocimiento administrativo de discapacidad, ni una prestación de incapacidad total o permanente. Y es que, en la práctica, este trabajador con una enfermedad previsiblemente duradera recibe el mismo tratamiento y protección que un trabajador con una enfermedad transitoria.

Además, desde una concepción general de justicia social, el hecho de que un despido que se basa exclusivamente en la enfermedad que padece el trabajador, sin justificar ninguna otra causa seria y objetiva, sea calificado como improcedente y no nulo, en ocasiones no es del todo razonable (MONEREO PÉREZ, 2019).

Desde el año 2013 el TJUE viene consagrando una doctrina que ha enervado el criterio pacífico mantenido por los tribunales españoles en estos casos, y ha comenzado a declarar la nulidad de los despidos de los trabajadores que se encuentren en situación de IT de larga duración y pronóstico incierto, por considerar que puede ser asimilada a las situaciones de discapacidad. Es decir, el trabajador que no ha obtenido el reconocimiento de discapacitado, pero cuya situación es similar a la de una persona con discapacidad, por padecer una enfermedad que realmente le limita a largo plazo, afectando también a su vida profesional, también merece la misma protección.

De esta manera, se elimina la posibilidad de extinguir el contrato del trabajador que padece una enfermedad de larga duración, mediante la entrega de una cantidad económica, derivada de la calificación del despido como improcedente por falta de motivo justificado (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2015), lo que a su vez supondría dejarle con pocos ingresos y pocas posibilidades de regreso al mercado laboral.

3. SIMILITUDES ENTRE LA ENFERMEDAD Y LA DISCAPACIDAD

A los efectos de comprender en qué situación se encuentra el trabajador, es preciso delimitar las zonas comunes de los términos centrales del trabajo, y concretar sus diferencias. Aunque la comparativa puede resultar mucho más compleja, de forma general y a los efectos de lo aquí analizado, los conceptos de enferme-

dad y discapacidad se asemejan porque ambos constituyen limitaciones, ya sean físicas o psíquicas, que afectan a la vida cotidiana y al entorno de la persona que las padece. La diferencia esencial que separa ambos conceptos, a priori, puede concretarse en su evolución en el tiempo: mientras que la enfermedad muestra una evolución más o menos previsible y, en principio, sin vocación de permanencia, la discapacidad se presenta como una situación definitiva a largo plazo y que afecta en un mayor grado a la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad, en igualdad de condiciones que el resto.

Un primer acercamiento entre ambos conceptos procede de la reciente jurisprudencia del TJUE en la que, partiendo de la Directiva 2000/78/CE, el tribunal ha comenzado a delimitar de forma más precisa la transición de la enfermedad hacia la discapacidad y, lo que es más importante, hasta qué punto las enfermedades prolongadas en el tiempo pueden ser asimiladas a la discapacidad.

Esta novedosa jurisprudencia surge de la necesidad de proteger los derechos y de ofrecer tutela a las personas afectadas por enfermedades de cierta gravedad y duración, que no han obtenido la condición de persona con discapacidad (ESTEBAN LEGARRETA, 2017).

El TJUE, para avalar su tesis sobre la nulidad de los despidos de trabajadores en situación de IT de larga duración, establece que el concepto de discapacidad debe interpretarse como la *“condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, ya sean físicas, de actitud u organizativas, 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”*¹⁶.

Lo relevante en este concepto es la exigencia de que exista una limitación real en la participación plena en la vida profesional, que origine una reducción de la capacidad del trabajador, con independencia del motivo que la haya ocasionado, pues no se distingue entre contingencias comunes o profesionales. Si esto se produce, la enfermedad quedará incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

De esta forma el TJUE no lleva a cabo una equiparación total del concepto de enfermedad y discapacidad, sino que crea una tercera categoría: la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador. Es

16 Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Ring).

este último tipo de enfermedad, y no la enfermedad en sentido genérico, la que se asimila al concepto de discapacidad y, por lo tanto, la que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2015).

La enfermedad, cuando reúne determinadas características, puede ser asimilada a la discapacidad y los despidos basados en ella pueden ser merecedores de la tutela antidiscriminatoria prevista por nuestro ordenamiento (ENJUTO JAREÑO, 2008).

4. POSIBLES DERECHOS VULNERADOS

Los trabajadores han intentado sobrepasar las rígidas fronteras de la improcedencia, implantadas por el TS hasta hace pocos años, alegando la vulneración de distintos derechos fundamentales.

4.1 ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

El art. 14 CE fue el primer derecho fundamental invocado y el más utilizado por los trabajadores demandantes en este tipo de litigios. Sin embargo, en la literalidad del artículo no se prevé la enfermedad como causa concreta de discriminación.

Para una parte de la doctrina este precepto contiene una doble vertiente: de un lado, una declaración de igualdad ante la ley o prohibición de trato desigual; de otro, una prohibición de discriminación, destinada a tutelar aquellos grupos sociales históricamente victimizados por diferencias de trato desfavorables por cualquier razón, ya sea de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (POQUET CATALÁ, 2017). Para otro sector doctrinal, ambos incisos del art. 14 CE constituyen una unidad, y la prohibición de discriminación no sería más que la otra cara de la moneda del principio de igualdad de trato (CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 2005).

Esa prohibición de discriminación se aplica a circunstancias concretas que el ordenamiento ha querido tutelar especialmente, y respecto a las cuales, un tratamiento desigual se considera absolutamente indeseable (CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 2005). Se trata de una mención expresa a factores de discrimi-

nación apreciados históricamente tanto en la realidad social como en la jurídica (nacionalidad, orientación sexual, religión...).

Además de esas causas, el precepto también contempla la cláusula genérica prevista para *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, que es precisamente donde se ha pretendido encuadrar la enfermedad como una causa más de especial tutela antidiscriminatoria.

Es decir, la conexión entre el derecho de igualdad del art. 14 CE y la nulidad se podría justificar en base a que los despidos por causa de enfermedad vulneran la prohibición de discriminación por cualquier motivo, entre los que cabría entender la propia enfermedad padecida por el trabajador.

Este criterio ha sido apoyado por el TC: *“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 art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”* pero considera que eso sucederá solo *“cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”*¹⁷. Y precisamente en ese mismo pronunciamiento, el TC consideró que *“la enfermedad desde la óptica con que ha sido analizada no constituye un factor de discriminación”* para declarar la improcedencia del despido y no la nulidad¹⁸.

En este sentido, parte de la doctrina considera que para que un factor de discriminación -no expresamente mencionado en el listado del artículo 14 CE- se pueda incluir en la cláusula genérica de prohibición de discriminación, ello no puede implicar de forma automática que comprenda cualquier condición o circunstancia, pues, de ser así, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato (BARREIRA IGUAL, 2018).

El propio TS establece la exigencia de que tal condición o circunstancia *“sitúe a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE”*¹⁹. El Alto Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario al Tribunal Constitucional, y ha

17 Sentencia del Tribunal Constitucional número 62/2008, de 26 de mayo.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional número 62/2008, de 26 de mayo.

19 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007 (rec. 4194/2006).

considerado que la enfermedad no puede enmarcarse en la prohibición genérica de discriminación porque “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 que resulte apreciable el elemento de segregación”. Sin embargo, a pesar de que deje abierta esa vía del elemento de segregación, realmente en ninguna sentencia tal elemento ha sido apreciado.

Es decir, el TS se ha pronunciado en el sentido de que el despido que tiene por única causa la enfermedad del trabajador, sin concurrir elementos de segregación, no incurre en la discriminación prohibida por el art. 14 CE, y por ello, no es un despido que deba ser calificado como nulo sino improcedente: “no son las disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales las que motivaron el despido sino la reiterada permanencia en situación de baja”²⁰.

En el mismo sentido se manifiestan los tribunales inferiores, como el TSJ de Cataluña: “aunque el proceso inicialmente pudiera reputarse de largo, sin otras circunstancias, no coloca al actor en una situación de discapacidad protegida por el artículo 14”²¹.

El TSJ de Castilla y León también se ha pronunciado conforme a esta doctrina, manifestando que la baja laboral constituye “una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que “el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa”. De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido (...) pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación”²².

4.2 ART. 15 DE LA CONSTITUCIÓN: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

En relación directa con la situación de los trabajadores enfermos que ven extinguido su contrato de trabajo, se encuentra el derecho a la integridad física.

20 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 (rec. 449/2002).

21 Sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2018 (rec. 3562/2018).

22 Sentencia del TSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2016 (rec. 521/2016).

Más allá de la prohibición absoluta de cualquier tipo de violencia en el trabajo, la integridad física o moral es un derecho que se pone en riesgo de otras formas durante el ejercicio de la actividad laboral del trabajador, quien se expone a determinados peligros para su integridad, e incluso para su vida.

Así pues, debe buscarse un equilibrio entre el derecho a la integridad física y psíquica de los trabajadores y la existencia de riesgos para la salud en el ámbito laboral. El derecho a la integridad física y moral de los trabajadores se concreta, de un lado, en la prohibición absoluta de violencia en el trabajo y de otro lado en la prevención de riesgos laborales (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2013/2014).

Por lo tanto, en el ámbito de los despidos del trabajador enfermo, la invocación de este derecho cabría si efectivamente concurriera un riesgo real o un daño efectivo en la salud del trabajador como consecuencia de la conducta empresarial.

Así lo establece el TC: *“no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”*. Por lo tanto, consideran que no solo acciones sino también omisiones del empresario podrían provocar su vulneración: *“una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental que aquí se invoca”*²³.

Por ejemplo, este derecho se vería vulnerado si el empresario presiona al trabajador enfermo y de baja para que se incorpore a su trabajo, sin estar en condiciones de hacerlo, de forma que el trabajador se ve obligado a incorporarse sin haberse recuperado, poniendo en peligro su salud y su integridad física. También podría considerarse que este tipo de despidos implican una cierta coacción tácita hacia el común de los trabajadores, que podrían verse sometidos a la presión de no pedir la baja por temor al despido, lo que también pondría en juego su integridad física, y vulneraría tal derecho.

Así lo apreció el TS en uno de los pocos supuestos en los que se calificó el despido como nulo en base a este derecho porque el trabajador enfermo fue coaccionado por el empresario para pedir el alta: *“la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello,*

23 Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de junio de 2017 (rec. 290/2017).

*una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física*²⁴.

Y, siguiendo la doctrina del TC, establece que este derecho podrá lesionarse *"no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos -como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral- que deberían ser amparadas por los Tribunales si como consecuencia de aquéllas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo (...) una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador"*²⁵. Es decir, no basta con alegar la vulneración genérica de tal derecho, sino que se debe concretar qué actuación u omisión empresarial concreta lo ha conculcado y si ha existido un daño o riesgo real y efectivo.

De esta forma la doctrina judicial ha entendido que no se puede configurar el despido del trabajador enfermo como un acto atentatorio contra este derecho sin aportar indicio alguno de la concurrencia de una acción u omisión concreta del empresario que ponga en riesgo la salud del trabajador, pues no cabe considerar este derecho como un derecho fundamental a la baja laboral, sino que debe concurrir una actuación empresarial como evidencia o indicio de riesgo o daño a la salud personal del trabajador (POQUET CATALÁ, 2017).

En este sentido también se pronuncia el TSJ de Castilla y León, en un caso en el que rechaza la nulidad del despido porque *"en puridad el despido se produce por la situación -inicialmente transitoria- de incapacidad para el trabajo, no por el parte de baja, que es materialización oficial de aquella imposibilidad laboral"*²⁶.

4.3 ART. 43.1. DE LA CONSTITUCIÓN: EL DERECHO A LA SALUD

En estrecha relación con el anterior derecho a la integridad física, se encuentra el derecho a la salud, recogido en el art. 43.1. CE, que a su vez encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas, de prestaciones y de servicios necesarios.

También se encuentra recogido en el art. 42.1. a) de la LGSS, que incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social *"la asistencia sanita-*

24 Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 (rec. 1532/2010).

25 Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017 (rec. 7675/2016).

26 Sentencia del TSJ de Castilla y León de 20 de julio de 2017 (rec. 484/2017).

ria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”.

El derecho a la salud se incluye dentro del grupo de derechos que gozan de un nivel mínimo de protección dentro de la Constitución (arts. 39 a 52), aquellos que no reciben el tratamiento propio de los derechos, y son los llamados principios rectores de la política social y económica. Entre ellos se encuentra el precepto dedicado a la protección de la salud (art. 43) y la mayor parte de los conectados con él, a excepción del art. 15, que, como hemos visto, es un derecho fundamental con más nivel de protección.

Este ha sido precisamente uno de los motivos principales por los que este derecho tampoco ha sido acogido por los tribunales para avalar la nulidad del despido de los trabajadores enfermos. Consideran que la nulidad no puede sostenerse en la conculcación de un derecho cuya ubicación sistemática no se encuentra en la categoría de los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero), que son precisamente a los que se refiere el art. 108.2 LRJS en referencia a los despidos que merecen la calificación de nulidad.

Afirma el TS que a este tipo de derechos son *“a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo”*²⁷. En concreto, el derecho a la salud se desarrolla mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los tribunales no han aceptado que este derecho justifique la nulidad de los despidos de los trabajadores enfermos porque, de ser así, su alcance llegaría a integrar un derecho fundamental independiente, o un derecho fundamental a la baja laboral (VELASCO PORTERO, 2014).

Así lo determina el TS cuando discrepa de *“la “inaceptable asimilación” del derecho fundamental a la vida y a la integridad física [art. 15 CE] con el derecho a la protección de la salud [el art. 43.1 CE], pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen [art. 53.3 CE], pero no puede ser objeto de la “tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley”.*

27 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014).

Es decir, los tribunales consideran que no se puede apreciar la infracción de este artículo solo porque el despido responda a una situación de incapacidad temporal, sin indicio alguno de la concurrencia de acción u omisión del empresario que ponga en riesgo la salud del trabajador: *"en puridad el despido se produce por la situación -inicialmente transitoria- de incapacidad para el trabajo, no por el parte de baja, que es materialización oficial de aquella imposibilidad laboral"*²⁸.

Ya que el derecho a la salud, como tal, no es objeto de amparo constitucional por no ser un derecho fundamental, no es muy abundante la jurisprudencia constitucional al respecto. El TC se ha pronunciado en contadas ocasiones y cuando lo ha hecho, ha seguido la doctrina del TS, declarando que el derecho a preservar la salud queda comprendido en el derecho a la integridad personal: *"el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal"*²⁹.

En atención a todo ello, parece que la vulneración de este precepto sólo puede provocar la improcedencia del despido. Algunos autores opinan que hubiese resultado interesante un pronunciamiento sobre las obligaciones empresariales derivadas del mantenimiento del derecho a la salud de los trabajadores, pero el TS obvia expresamente tan importante cuestión (CARRIZOSA PRIETO, 2008).

4.4 ART. 24.1. DE LA CONSTITUCIÓN: LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD COMO DERECHO INTEGRADOR DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra la llamada garantía de indemnidad, que protege al trabajador en el ejercicio de cualquier derecho constitucional frente a represalias de los poderes privados, especialmente en aquellos casos en que el afectado se encuentra sujeto a un vínculo de subordinación, que en este caso se encuentra intrínseco en la relación laboral.

Por ello, en el ámbito del trabajo, la garantía de indemnidad impide que el empresario tome medidas de represalia derivadas del ejercicio, por parte del trabajador, de sus derechos, ya que uno de ellos es, precisamente, el derecho a ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo³⁰. Ello incluye

28 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008 (rec. 3591/2006).

29 Sentencia del Tribunal Constitucional número 35/1996, de 11 de marzo.

30 Art. 4.2. g) ET.

tanto la interposición de la acción judicial como los actos preparatorios o previos al mismo, incluso reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso³¹.

Este derecho también aparece recogido en el Convenio número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982, como uno de los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo.

En caso de que el empresario realice una actuación perjudicial derivada del ejercicio del trabajador de sus derechos, entonces estará vulnerando el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE y de forma automática, tal acto se considerará nulo y deberá retrotraerse.

En los despidos de trabajadores enfermos, la invocación de este derecho fundamental se basa en la tesis de que el despido constituye una represalia frente al ejercicio por parte del trabajador de su derecho a conservar la salud (CARRIZO-SA PRIETO, 2008).

El TC, al igual que en el derecho a la salud, entiende que el derecho del art. 24.1. CE en el contexto del despido por enfermedad, queda incluido dentro del derecho a la integridad personal: *“la declaración de la eventual existencia de las lesiones del art. 24 CE denunciadas e imputadas a la Sentencia de apelación recurrida, sólo tendría un efecto retardatario para la efectiva tutela del derecho a la vida e integridad física”*³².

Sin embargo, el TS, en vez de encuadrar este derecho en el art. 15 CE, directamente considera que no existe una relación directa entre el ejercicio por parte del trabajador de su derecho a la asistencia sanitaria y las prestaciones de seguridad social y el despido efectuado por el empresario, puesto que la motivación de la empresa para extinguir el contrato de trabajo no es otra que la pérdida de interés productivo en el trabajador, y no una represalia por causar la baja médica (VELASCO PORTERO, 2014): *“la trabajadora ha utilizado pacíficamente su innegado derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones que para la incapacidad temporal previene la norma y ninguna relación existe entre la utilización del derecho como tal y la acción empresarial”*³³.

31 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2019 (rec. 3701/2016).

32 Sentencia del Tribunal Constitucional número 35/1996, de 11 marzo; número 220/2005, de 12 de septiembre; número 62/2007, de 27 de marzo.

33 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (rec. 4646/2002).

4.5 LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La regla general en el proceso laboral es que sea el empresario quien debe probar los hechos que fundamentan la causa o causas imputadas en la carta de despido³⁴. Si el empresario no consigue probar la causa del despido, entonces se declarará improcedente (con salvedad de las situaciones protegidas del art. 55.5. ET, en cuyo caso será automáticamente nulo).

En este sentido se pronuncia el TS: *“los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio, cuya carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario”*³⁵.

Sin embargo, cuando el trabajador invoca la vulneración de un derecho fundamental para conseguir la declaración de nulidad de un despido, debe aportar indicios suficientes que generen una sospecha o apariencia de discriminación, de modo que, solo si lo consigue, trasladará el *onus probandi* al empresario, quien tendrá entonces que acreditar la existencia de un motivo de entidad que fundamente el despido, y que sea completamente ajeno a la vulneración de tal derecho (ARETA MARTÍNEZ, 2009).

No se impone al empresario una prueba diabólica de un hecho negativo de no discriminación, sino la prueba de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales: *“se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador”* Y ello, como justifica el TC, por *“la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración.”*³⁶.

Es decir, el empresario, para evitar la nulidad, deberá probar que el despido respondía a una causa real, y aunque tal causa pueda no ser suficiente como para declarar la procedencia, si pueda desmontar los indicios de vulneración de derechos fundamentales.

También los TSJ han establecido la *“necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental o libertad pública”*, y ello para *“poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de*

34 Art. 105.1. LRJS.

35 Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017 (rec. 2185/2015).

36 Sentencia del Tribunal Constitucional número 125/2008, de 20 de octubre.

aquél”-del despido-. Y tal indicio, establecen, “no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido”.

De esta forma, el trabajador debe “desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación”, mientras que el empresario deberá “probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada”³⁷.

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 1 DE DICIEMBRE DE 2016 (ASUNTO C-395/15, DAOUIDI)

Como se adelantaba al inicio, con esta sentencia el TJUE estableció una nueva concepción y un cambio interpretativo en las consecuencias de este tipo de despidos, que, con carácter general, se venían considerando improcedentes por los tribunales españoles. Este nuevo planteamiento abrió paso a la declaración de nulidad cuando existen indicios objetivos que demuestren la previsible duración de la IT.

El Juzgado de instancia nº 33 de Barcelona planteó al TJUE mediante auto de 14 de julio de 2015 una serie de cuestiones prejudiciales, derivadas del caso de un trabajador despedido por causas disciplinarias durante un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo, en concreto por una dislocación de codo.

El TJUE se pronunció al respecto el día 1 de diciembre de 2016 y llegó a la conclusión de que, para poder calificar a un trabajador como una persona con discapacidad, este debe padecer dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que supongan una barrera para el desarrollo su vida laboral en condiciones de igualdad con los demás trabajadores, conforme al concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE.

Parte del razonamiento se centró en determinar qué se entiende por una limitación de carácter “duradero”. En primer lugar, para determinarlo, el tribunal consideró que la limitación debe valorarse en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, es decir, en la fecha del despido. Partiendo de ahí, concluyó que existen diferentes indicios para calificar de “duradera” una limitación: (i) que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finali-

37 Sentencia del TSJ de Madrid de 12 de julio de 2019 (rec. 177/2019).

zación a corto plazo, (ii) que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente. El tribunal determinó que el análisis de la durabilidad corresponde al juez nacional con ayuda de todos los elementos objetivos de que disponga, sobre todo, certificados y documentos médicos y científicos relativos al estado de la persona.

A raíz de esta doctrina el Juzgado de instancia consideró que se trataba de un despido de apariencia disciplinaria cuya motivación real era la situación de incapacidad, de duración incierta, derivada del accidente laboral, y estimó la nulidad del despido del trabajador basándose en diferentes indicios, entre ellos, que la empresa ya conocía que la reincorporación del trabajador no sería inmediata y que, en la fecha del despido, la limitación que padecía el trabajador no *"presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo"*, sino que se trataba de una *"limitación duradera"* y, por consiguiente, una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78³⁸.

Sin embargo, recurrida en suplicación, esta sentencia fue revocada por el TSJ de Cataluña, que calificó el despido de improcedente. El tribunal basó su decisión en que el trabajador *"se encontraba en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera"*, que pasó escaso tiempo desde el inicio de la IT hasta la fecha del despido, y que el hecho de haber solicitado la declaración de IP no puede servir como alegación automática válida para calificar ciertas limitaciones como duraderas³⁹. Esta sentencia de suplicación devino firme al haberse inadmido -por motivos formales- el recurso de casación unificadora interpuesto contra ella⁴⁰.

Pues bien, aunque finalmente el TSJ en este caso no apreció la nulidad, la Sentencia del asunto Daouidi marcó un antes y un después en la calificación de los despidos de trabajadores en IT incierta o previsiblemente duradera.

Como el acceso al recurso de casación resulta difícil por no existir dos asuntos idénticos, los pronunciamientos del TS en esta materia son escasos, y en los pocos que existen posteriores a la sentencia Daouidi, el Alto Tribunal todavía se muestra reticente a la plena aplicación de esta nueva doctrina, pues sigue declarando la improcedencia y no la nulidad⁴¹.

38 Sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016, autos 1291/2014.

39 Sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (rec. 2310/2017).

40 Auto de 3 de mayo de 2018 (rec. 3639/2017).

41 Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre 2017 (rec. 782/2016), de 22 de febrero 2018 (rec. 160/2016) y de 15 de marzo 2018 (rec. 2766/2016).

Sin embargo, ya son numerosos los TSJ que se están decantando por otorgar la calificación de nulidad en este tipo de casos. Entre los procesos de IT que la jurisprudencia ha equiparado a una discapacidad se encuentran: infartos, enfermedades del aparato digestivo y del sistema endocrino-metabólico, latigazo cervical, limitaciones funcionales de la columna y las cervicales, lumbago, luxación de hombro, epicondilitis o codo de tenista, tumor cerebral, cáncer de mama, ansiedad, depresión, alergias o asma ocupacional⁴².

Es probable que esta doctrina comience a asentarse de cara al futuro, teniendo siempre como referencia la imprevisibilidad o durabilidad en el tiempo del proceso incapacitante.

6. CONCLUSIONES

Más allá de los diferentes supuestos de nulidad previstos en nuestro ordenamiento, entre los cuales no se encuentra la enfermedad, los trabajadores despedidos afectados por una IT de imprevisible o larga duración han intentado obtener esta calificación alegando diferentes derechos recogidos en la Constitución. Pero hasta el momento, los tribunales los han rechazado en base a diferentes motivos:

- El art. 14 CE: el derecho a la igualdad y no discriminación solo podría verse vulnerado si concurren elementos de segregación con motivo de la incapacidad o si se estigmatiza a la persona enferma por el hecho de serlo.

- El art. 15 CE: el derecho a la integridad física y moral podría verse amenazado solo si concurre un peligro grave y cierto en la salud del trabajador, causado por una acción u omisión del empresario.

- El art. 43.1. CE: el derecho a la salud no se incluye dentro de los derechos fundamentales sino dentro de los principios rectores de la política social y económica y por tanto no merece la misma protección.

42 Sentencia del TSJ de Madrid de 8 de marzo de 2017 (rec. 1172/2016); Sentencia del TSJ de Galicia de 19 de noviembre 2018 (rec. 2342/2018) y de 10 de diciembre de 2018 (rec. 2530/2018); Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 4 de octubre 2018 (rec. 693/2018) y de 9 de noviembre 2018 (rec. 1371/2018); Sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero 2019 (rec. 833/2018); Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 5 de junio 2018 (rec. 119/2018); Sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de septiembre 2017 (rec. 1734/2017), de 10 de octubre 2017 (rec. 1824/2017), de 19 de diciembre 2017 (rec. 2345/2017), de 2 de mayo 2018 (rec. 731/2018) y de 6 de noviembre 2018 (rec. 2021/2018).

- El art. 24.1. CE: el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, no se ve vulnerado porque el despido no se considera una represalia hacia el trabajador que causa IT.

Sin embargo, los tribunales están empezando a validar una nueva vía para obtener la nulidad: la consideración de que el despido de estos trabajadores puede resultar discriminatorio cuando se equipara a las situaciones de discapacidad.

Este colectivo de trabajadores a menudo se ven afectados por despidos cuya causa no es real o no tiene la entidad suficiente. Para estos trabajadores, la calificación de improcedencia no compensa los efectos adversos de la situación en la que se encuentran, situación a la que probablemente deberán enfrentarse durante el resto de su vida o, al menos, durante un largo período de tiempo.

Lo habitual es que los trabajadores que se encuentran en situación de IT y son despedidos, recuperen su aptitud para el trabajo y puedan acceder de nuevo al mercado laboral. Sin embargo, los trabajadores despedidos cuyo estado de salud es impredecible, con frecuencia no tienen la oportunidad de reincorporarse de nuevo al trabajo. Y en algunos casos, su padecimiento no les hace beneficiarios de una IP ni les permite el acceso al grado de discapacidad previsto por el ordenamiento. Su perspectiva de futuro en el ámbito laboral es incierta, al igual que su enfermedad, y los recursos económicos derivados de la prestación que perciben pueden resultar insuficientes. Este colectivo de personas queda, de algún modo, desprotegido en el ámbito de las relaciones laborales.

Hasta hace poco tiempo se consideraba que este tipo de despidos merecían la misma calificación de improcedencia que el resto, sin más efectos que el otorgamiento de la correspondiente indemnización, lo que los convertía en despidos libres indemnizados. Pero este criterio dio un giro a raíz de la doctrina del TJUE, materializada sobre todo en la sentencia del asunto Daouidi, basada en que estos trabajadores se encuentran con barreras en su vida profesional que les colocan en una situación de desigualdad respecto al resto de trabajadores, y ello, junto con la durabilidad de su incapacidad, les equipara a las personas con discapacidad conforme a la Directiva 2000/78/CE.

La jurisprudencia europea ha querido dar respuesta a esta situación con la intención de otorgarles una mayor tutela y garantía de sus derechos, de forma que ha comenzado a considerar esos despidos como nulos y no improcedentes. Pero ¿deben ser los tribunales los encargados de aportar una solución a este problema?

¿Son suficientes los criterios establecidos por el TJUE para facilitar la tarea del juzgador?

Desde un punto de vista garantista y objetivo, los criterios adoptados por el TJUE resultan insuficientes para una fundamentada calificación del juzgador, y su ambigüedad podría provocar efectos adversos:

- Sería frecuente la presencia de errores en la apreciación de la durabilidad del proceso de IT. Como consecuencia, si finalmente el trabajador no generara una IT de larga duración (recordemos que esto puede pasar porque en cierto modo es impredecible), se estaría protegiendo especialmente una enfermedad común no equiparable a ningún tipo de discapacidad. Y ello acarrearía la nefasta e injusta consecuencia de desnaturalizar el concepto de la discapacidad, e igualar los derechos de dos colectivos que no deben ser tratados de igual forma.

- Hacer depender esa calificación de durabilidad exclusivamente del juez, en base a los datos objetivos de los que disponga, podría convertir pleitos de despido en verdaderos pleitos de seguridad social. Y es que, determinar si un padecimiento es previsiblemente duradero puede resultar complejo, y más para una persona sin conocimientos en esa área.

- La protección especial otorgada a este tipo de trabajadores podría causar que esta figura se convirtiera en un refugio para aquellos que pudieran prever la extinción de su contrato, pues alegarían una situación de IT duradera, aunque no lo fuera, como amenaza para evitar o dilatar el despido en el tiempo.

- Aumentaría de forma considerable la frecuencia de despidos por parte de los empresarios durante la primera fase de la IT, con el objeto de evitar que el proceso avance y se termine convirtiendo en un proceso previsiblemente duradero que supondría un mayor riesgo de nulidad.

- A su vez, la disparidad de criterios presente en los pronunciamientos judiciales provocaría una gran inseguridad jurídica que podría tener como último efecto un notable aumento de la litigiosidad en los juzgados de lo social derivada de este tipo de despidos.

Por todo ello, y con miras al futuro, resulta interesante el planteamiento de unos criterios que los jueces nacionales puedan aplicar para valorar si cada situación particular es verdaderamente equiparable a una discapacidad. En este sentido los criterios a seguir podrían ser los siguientes:

1. Durabilidad del proceso: lo primordial y más básico, como considera el TJUE, es determinar si la situación de IT es previsiblemente duradera o de duración incierta. El juez debe basarse en los elementos objetivos de que disponga, es decir, en documentos y certificados médicos y clínicos relativos al estado de salud del trabajador, a su posibilidad de recuperación y a las posibles secuelas a las que tenga que enfrentarse.

Un buen avance en este ámbito son los nuevos partes de baja médica, que incluyen apartados específicos para calificar el proceso como largo o corto, y para determinar si era una recaída de otro anterior.

Es cierto que la casuística en este sentido puede llegar a ser desbordante, pero podrían tomarse como referencia criterios regulados por el propio legislador, como el del art. 52. d) referente a la especial protección en los casos de enfermedad grave o cáncer.

En definitiva, se trata de que el juez alcance el convencimiento de que ese proceso incapacitante puede llegar a impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional, en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

Ciertos indicios, tales como el hecho de que el trabajador haya solicitado la IP, o que haya causado varias IT en el pasado, no pueden servir, por sí mismos, para determinar que el proceso sea calificado de larga duración.

Si del conjunto de datos objetivos, el juez considera que el proceso no es previsiblemente duradero ni de durabilidad incierta, sino que existen expectativas de recuperación, entonces no será equiparable a la discapacidad y por tanto el despido será improcedente.

Si, por el contrario, del conjunto de pruebas, el juez alcanza el convencimiento de que el proceso se presenta como duradero o de duración incierta, entonces tendrá que entrar a valorar otros factores añadidos que acrediten que el despido fue realmente discriminatorio.

2. Causa del despido: en caso de que el proceso se considere equiparable a la discapacidad, debe analizarse si el despido supuso un verdadero acto de discriminación hacia el afectado. Y ello dependerá de la existencia o no de la causa del despido, pues si la causa no era real, sino una maniobra ficticia para justificar el despido, entonces podría considerarse un verdadero acto de discriminación y merecería la calificación de nulidad.

Aquí, al igual que en cualquier supuesto donde entre en juego el respeto a los derechos fundamentales, debe aplicarse la inversión de la carga de la prueba, de modo que sea el trabajador el que aporte indicios suficientes de que el empresario ha vulnerado sus derechos, trasladándole así el *onus probandi* al empresario, que solo neutralizará esa presunción si prueba que existía la causa del despido y que era ajena a cualquier tipo de discriminación, aunque tal causa no resulte lo suficientemente relevante como para merecer la procedencia.

Es imprescindible que el trabajador consiga acreditar suficientes indicios como para invertir la carga de la prueba, pues de lo contrario, no podría probar que el despido supuso un acto discriminatorio, y sería declarado improcedente.

3. Número de despidos en estas circunstancias: otro factor susceptible de valoración de la conducta empresarial podría ser el número de despidos de trabajadores en estas circunstancias, pues cuanto más elevado sea en relación al número de trabajadores en plantilla, más peso tendrá este criterio para determinar que existe una conculcación sistemática de los derechos de este colectivo de personas.

A través de estos criterios se relaciona, por un lado, la existencia de una situación equiparable a la discapacidad, y por otro, la existencia de una verdadera vulneración de derechos fundamentales, combinación que vulnera todas las garantías y la especial protección que merece este colectivo de trabajadores.

Y es que, la jurisprudencia del TJUE está orientando a los tribunales nacionales hacia una nueva concepción de la discapacidad, superando aquella que solo comprende limitaciones funcionales, para abarcar también aquella que comprende limitaciones sociales y personales, que también impiden un desarrollo pleno de la persona en igualdad de oportunidades con los demás. Y en este sentido, el papel del Estado social y de derecho en el que vivimos es primordial para lograr hacer compatible el dinamismo de mercado que buscan las empresas con la garantía de derechos y protección debida a las personas especialmente vulnerables, como son las personas discapacitadas. De momento es la jurisprudencia la que está marcando el camino a seguir en este tema, pero en el futuro la legislación laboral debe comenzar a contener este tipo de supuestos.

Hasta entonces, es fundamental concienciar a todos los ciudadanos de que las personas con discapacidad, tanto funcional como social, tienen los mismos derechos y merecen las mismas oportunidades que los demás, y no solo a nivel de relaciones laborales sino a todos los niveles para alcanzar la plena igualdad social.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2013/2014). Tema 4. Integridad física y moral y protección frente a la violencia en la empresa, *Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo*, Universidad de Cádiz.
- ARETA MARTÍNEZ, M., LUJÁN ALCARAZ, J. (coord.) (2009). La calificación del despido por bajas médicas, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, nº. 21 (abril).
- BARREIRA IGUAL, M. B. (2018). Discapacidad y enfermedad en el despido: Aplicación práctica, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, nº. 4.
- BOTANA LÓPEZ, J. M. (2002). Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral, *RMTAS*, nº. 38.
- CARRIZOSA PRIETO, E. (2008). Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?, *Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social*, 96.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50-51.
- ENJUTO JAREÑO, D. (2008). ¿Nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia número 2451/2007 del TSJ de Cataluña, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 y la sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional, *Iuslabor*, nº. 1.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. (2017). El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RD Legislativo 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad, *Trabajo y Derecho*, nº 6.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. (2015). Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº. 1.
- JOVER RAMÍREZ, C. (2004) *La incapacidad temporal para el trabajo: Aspectos laborales y de seguridad social*, Tesis doctoral dirigida por Jesús Cruz Villalón, Universidad de Cádiz.

- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. (2017) La (siempre) controvertida calificación del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal: ¿Nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 45.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2019). Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: La protección garantista multinivel, *Lex social: revista de los derechos sociales*, nº. 1, (Homenaje al profesor Manuel Terol Becerra, valedor y guardián de los derechos sociales).
- POQUET CATALÁ, R. (2017). ¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº. 2.
- VELASCO PORTERO, M. T. (2014) El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39.
- VIDA SORIA, J. (1966). La configuración jurídica general de la suspensión del contrato, *RPS*, nº. 70.