

**LA “ENFERMEDAD ASIMILADA A DISCAPACIDAD” COMO LÍMITE AL
DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE GALICIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2015 (JUR 2016\25104)¹**

Josep Moreno Gené²
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

Abstract

Este trabajo analiza como los órganos judiciales han acudido a la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación como una posible vía para evitar los efectos no deseados de la configuración actual del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo.

This paper analyzes how Spanish courts have applied Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation as a way to avoid the unwanted effects of the current configuration of the dismissal of the worker due to absences from work.

Title: Disease assimilated to disability as a limit to the dismissal of the worker by his absences to work

Palabras clave: absentismo, enfermedad, discapacidad, despido, discriminación, Directiva 2000/78.

Keywords: absenteeism, illness, dismissal, disability, discrimination, Directive 2000/78.

IUSLabor 2/2016, p. 1-23, ISSN 1699-2938

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2013-47917-C2-1-R, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título “Edad, empleo y vulnerabilidad social”.

² El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2014 SGR 241.

Sumario

1. La configuración del despido por absentismo del trabajador y su discutible adecuación a la Directiva 2000/78/CE
2. La “enfermedad asimilada a discapacidad” como vía de inaplicación del artículo 52 d) ET
3. Un nuevo supuesto de inaplicación del artículo 52 d) ET a un supuesto de “enfermedad asimilada a discapacidad”: la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015
 - 3.1. Supuesto de hecho y la cuestión litigiosa
 - 3.2. La doctrina contenida en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015
4. Valoración final

1. La configuración del despido por absentismo del trabajador y su discutible adecuación a la Directiva 2000/78/CE

La redacción actual del apartado primero del artículo 52 d) ET prevé la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda extinguirse “*por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% 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 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses*”. El apartado segundo del citado precepto matiza el alcance de dicha causa extintiva del contrato de trabajo al prever que no se computarán como faltas de asistencia las enumeradas de un modo expreso en dicho precepto. Entre las causas computables para actuar esta causa de extinción del contrato destacan las ausencias por enfermedad o accidente no laboral, aún justificadas, inferiores a una determinada duración, las cuales se configuran como el origen más habitual de las inasistencias justificadas que penaliza el artículo 52 d) ET. El artículo 52 d) ET, por tanto, no habilita al empresario a extinguir el contrato de los trabajadores ante cualquier ausencia de los mismos, sino que únicamente se apareja esta posibilidad a aquellos supuestos de absentismo que el legislador considera suficientemente relevantes³.

Tradicionalmente, esta relevancia o suficiente entidad del absentismo se había vinculado al cumplimiento simultáneo de una doble exigencia cuantitativa. La primera exigencia, vigente aún en la actualidad, consiste en que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje. La segunda exigencia, suprimida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012), consistía en que el resto de la plantilla del centro de trabajo también superara una determinada barrera de absentismo en los mismos períodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador, la cual, si bien se había fijado inicialmente en un 5%, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010) había quedado reducida al 2,5%. Tras la Ley 3/2012, por tanto, para que las ausencias al trabajo del trabajador sean relevantes a los efectos de esta causa de extinción del contrato será suficiente con que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje, habiéndose suprimido, por el contrario, cualquier exigencia de que el empresario sufra al mismo tiempo un determinado nivel de absentismo global.

³ Para un estudio sobre la configuración de esta causa extintiva tras la reforma laboral de 2012 *vid.* J. MORENO GENÉ, y A. M. ROMERO BURILLO, *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013 y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

La eliminación de la exigencia de que el empresario sufra un determinado nivel de absentismo global para justificar el despido del trabajador por sus ausencias al trabajo previsto en el artículo 52 d) ET que se llevó a cabo con la reforma laboral de 2012 ha incidido de un modo determinante en el fundamento de esta causa de extinción del contrato, puesto que permite proceder a la misma en cuanto se constata la excesiva onerosidad que suponen para el empresario las faltas de asistencia al trabajo de un determinado trabajador sin necesidad de constatar al mismo tiempo los perjuicios que para el normal funcionamiento y la productividad de la empresa acarrea la concurrencia de un determinado nivel global de absentismo, amparándose aún más si cabe de este modo el interés del empresario de extinguir la relación laboral que se considera excesivamente onerosa frente al interés del trabajador en conservar su puesto de trabajo. La supresión del requisito del absentismo total de la plantilla supone, por tanto, un indiscutible debilitamiento de esta causa de extinción del contrato, no en vano, al suprimirse el umbral colectivo de absentismo se hace desaparecer el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia⁴. Se introduce así de un modo buscado por el legislador una fuerte presión dirigida a que el trabajador renuncie a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por el miedo a estar por encima de los umbrales fijados en la normativa, fomentándose de este modo un cierto “presentismo” de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo.

Una reforma tan intensa de esta causa extintiva como la expuesta, como no podía ser de otro modo, enseguida levantó fuertes críticas en un sector de la doctrina, que tras mantener que *“el nuevo artículo 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración”* y que *“la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho”*, concluía que *“es evidente la contradicción de este precepto con (...) el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles”*⁵.

⁴ Vid. M.M. RUIZ CASTILLO, “El despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en las reformas de 2012”, en *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, p. 360. En la misma dirección, vid. N. SIRVENT HERNÁNDEZ, “La nueva regulación del absentismo laboral como causa de despido objetivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, comunicación presentada al *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en San Sebastián, mayo de 2012.

⁵ Vid. A. BAYLOS GRAU, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 13.

Paralelamente, se han planteado dudas sobre la adecuación de la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador prevista en el artículo 52 d) ET a la normativa comunitaria y, en particular, a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78). En este punto, la pionera sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 ya procedió a declarar la nulidad de la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora por ausencias al trabajo derivadas de la enfermedad crónica que la misma sufría, en base al carácter discriminatorio que dicha extinción contractual suponía, acudiendo para ello a la Directiva 2000/78 y a la interpretación que de la misma ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶.

A tal efecto, en este trabajo se pretende poner de manifiesto como ante las aparentes dificultades de acudir al marco constitucional como vía de limitación del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo, ya sea acudiendo al derecho a la integridad física y a la protección de la salud del trabajador, o bien, al derecho a la igualdad y no discriminación⁷, los órganos judiciales están acudiendo a la normativa comunitaria y, en particular, a la Directiva 2000/78, como una posible vía para evitar los efectos no deseados de la configuración actual del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo.

2. La “enfermedad asimilada a discapacidad” como posible vía de inaplicación del artículo 52 d) ET tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013

El punto de partida al que han acudido los órganos judiciales para llevar a cabo una interpretación del artículo 52.d) ET que permita su inaplicación en determinados supuestos en que las ausencias se deben a la enfermedad del trabajador, en particular, cuando se deban a una enfermedad crónica o de larga duración, se encuentra en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que parece llevar a cabo una ampliación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el artículo 2.2. b) de la Directiva 2000/78 al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –

⁶ JUR 2013\311901. Un comentario a esta resolución judicial en J. MORENO GENÉ, “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador, *Aranzadi Social*, nº 9-10, 2014, p. 291 a 301 y C. MOLINA NAVARRETE, “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 370, 2014, p. 189 a 192.

⁷ Sobre estas dificultades, vid. J. MORENO GENÉ, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

curables o no- generen limitación en el trabajo. En este contexto, el redactado actual del artículo 52 d) ET en algunos supuestos podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/78, cuando establece que “*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas*”.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (asunto Ring), al conocer del caso de dos trabajadoras danesas despedidas por reiteradas inasistencias al trabajo derivadas de dolencias lumbares y cervicales, mantiene que “el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”⁸.

Esta interpretación de lo que deba entenderse por “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78 y que ahora pasa a comprender también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, constituye una evolución sustancial de la anterior doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia, recogida en la Sentencia de 11 de julio de 2006 (Asunto Chacón Navas)⁹, que diferenciaba más nítidamente el concepto de “enfermedad” y el de “discapacidad”, lo cual permitía concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, no en vano, los motivos de discriminación recogidos en el artículo 1 de la citada directiva constituyen una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación¹⁰. A tal efecto, se ha considerado que la interpretación

⁸ Un comentario de esta resolución en B. CUBA VILA, "Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: medidas de ajuste razonable", *Revista de Información Laboral*, nº 3, 2014.

⁹ Vid. R. DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, “El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 719, 2006.

¹⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea distingue entre “discapacidad” y “enfermedad” y define “discapacidad” como una “*limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas*” y que supone “*un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*”. El Tribunal considera que el legislador comunitario deliberadamente escogió el término “discapacidad” para excluir la enfermedad del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Asimismo, afirma que la Directiva no contiene ninguna indicación que sugiera que los trabajadores se encuentren protegidos tan pronto aparezca

dispensada en la Sentencia de 11 de julio de 2006 era incluso más restrictiva que la efectuada por el Tribunal Supremo, que al menos dejaba abierta una posibilidad de que en algunos casos la enfermedad se pudiera subsumir en el inciso final del artículo 14 CE (en concreto, cuando se trata de una causa de segregación)¹¹.

Esta evolución del concepto de discapacidad tal vez se deba a la ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, en cuyo artículo 1 dispone que son personas con discapacidad aquellas “*que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás*”.

A partir de este nuevo concepto de discapacidad, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 concluye que “*la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente*”. A tal efecto, la resolución pone de manifiesto que “*un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado (...) que un trabajador sin discapacidad. En efecto (...) un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite de 120 días (...). Por tanto, queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trabajo indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78*”¹².

La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 ha sido calificada por algún autor como una verdadera rectificación de

cualquier enfermedad, al contrario, considera que ésta tiene por objeto proteger a las limitaciones de larga duración.

¹¹ En esta dirección, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, p. 11.

¹² La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 parece extender esta misma doctrina al caso de la obesidad del trabajador, al establecer que la obesidad, cuando suponga una limitación de larga duración que pueda limitar el ejercicio de la actividad profesional del trabajador puede ser considerada como una discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

la doctrina¹³. Para otros autores, sin embargo, se trata no tanto de una rectificación sino de una matización, ya que se mantienen los requisitos exigidos por la STJCE de 2006 en el sentido de que se produzca una limitación derivada de dolencias, que sea un obstáculo para la vida profesional, y que sea de larga duración¹⁴.

En este contexto, la nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se acaba de exponer, que procede a asimilar o integrar en el concepto de “discapacidad” a las enfermedades de larga duración que generen limitación¹⁵, obliga a efectuar una interpretación del artículo 52 d) ET que se adapte a este nuevo concepto ampliado de discapacidad y, por tanto, al mayor ámbito de protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78 y, muy especialmente, a la prohibición de despedir por causa de discapacidad que se deriva del artículo 2.2.b) de la misma, cuando dispone que “*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas*”. En esta línea parece manifestarse, aunque sin entrar en el fondo del asunto, la STS de 25 de noviembre de 2014 al afirmar que a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 hay que matizar o precisar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación, recogida entre otras en las sentencias de 22 de enero de 2008 y de 22 de noviembre de 2007¹⁶.

¹³ A.V. SEMPERE NAVARRO, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 866, 2013. Muy contundente al respecto se pronuncia S. Fernández Martínez, “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n° 1, 2015, p. 6, al concluir que dicha sentencia “*a pesar de que no se afirme expresamente, lleva a cabo una verdadera rectificación de lo señalado en la sentencia Chacón-Navas, lo que supone un cambio de enorme relevancia conceptual, sobre todo en los Estados en los que se niega la equiparación entre enfermedad y discapacidad (España, Alemania e Italia), que da lugar a una multiplicidad de consecuencias prácticas en diversas materias*”. Vid. también, S. GÁLVEZ DURÁN, “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor*, n° 3, 2015, p. 14.

¹⁴ M.T. VELASCO PORTERO, “El despido del trabajador en el contexto de una enfermedad y sus posibles colisiones con diversos derechos fundamentales”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Cínca, Madrid, 2014. De la misma autora vid. también “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 29, 2014.

¹⁵ S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, “Enfermedad crónica y despido...”, *cit.* p. 7, pone de manifiesto al respecto que la STJUE no lleva a cabo una equiparación total del concepto de enfermedad y discapacidad, sino que lo que hace es crear una tercera categoría: la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador, siendo “*este último tipo, y no la enfermedad en sentido genérico, la que se asimila al concepto de discapacidad y, por lo tanto, entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva*”.

¹⁶ RJ\2015\27. De la misma opinión, C. MOLINA NAVARRETE, “Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*.

3. Un nuevo supuesto de inaplicación del artículo 52 d) ET a un supuesto de “enfermedad asimilada a discapacidad”: la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015

3.1. Supuesto de hecho y la cuestión litigiosa

La STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 aborda un supuesto de resolución del contrato de trabajo de una trabajadora por la causa prevista en el artículo 52 d) ET y, en particular, por faltas de asistencia que superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en el periodo de doce meses, en concreto, en los meses de febrero, abril, octubre y noviembre de 2013, en los que se acredita que la trabajadora ha faltado 22 días laborales, siendo 74 las jornadas que le correspondería trabajar en dichos meses. En la relación de ausencias que figura en la carta de despido se indica que durante el mes de febrero de 2013 ha tenido dos ausencias al trabajo –días 18 y 19– por enfermedad consistente en dolor en el trapecio; en el mes de abril de 2013 inició proceso por bronquitis y sinusitis que se inició el día 2, permaneciendo en dicha situación hasta el día 15; en el mes de octubre inició proceso de incapacidad temporal el día 15, con diagnóstico de gastroenteritis, finalizando el día 17; y, finalmente, durante el mes de noviembre el día 15 se ausentó toda la jornada laboral por enfermedad, iniciando proceso de incapacidad temporal el 25 con pérdida de conocimiento, siendo dada de alta el día 2 de diciembre.

La trabajadora despedida se encuentra diagnosticada de incipientes cambios degenerativos discales con mínima pérdida de señal y mínimo abombamiento discal difuso L3-L4 y L4-L5 sin impronta significativa sobre el conducto raquídeo y sin signos de afectación radicular foramidal. Durante las fases agudas de dolor, ha estado medicada, entre otros fármacos, con gabapentina, amitriptilina, paracetamol y tramadol, sufriendo efectos secundarios tales como mareos, vómitos, náuseas que le incapacitan temporalmente para su actividad laboral.

La trabajadora reaccionó ante la decisión empresarial e impugnó la extinción de su contrato de trabajo, reclamando la nulidad y/o la improcedencia de la misma; pretensión que fue desestimada por el juzgado de lo social que conoció del asunto, que declaró la referida extinción contractual conforme a derecho.

Esta resolución fue, posteriormente, recurrida en suplicación por la trabajadora, alegando que la misma vulneraba los artículos 1 2 y 3 de la Directiva 200/78/CE en relación con los artículos 27.1. a) de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre

CEF, nº 398, 2016, p. 150, se refiere a la "aceptación del Tribunal Supremo, si bien aplazada de momento, por razones procesales". *Vid.* también, S. GÁLVEZ DURÁN, "El despido basado en la enfermedad..." cit. p. 23.

derechos de las personas con discapacidad, artículos 10 y 14.2 de la Constitución Española y artículos 4.2.c), 17.1 y 52.d) ET, en tanto que el despido de la trabajadora por faltas de asistencia al trabajo, en cuanto persona con discapacidad por patología cervicolumbar admitida por la empresa, incurable y que repercute en sus ausencias laborales impidiéndole el ejercicio pleno de su actividad profesional, constituye una medida discriminatoria, sin que el despido obedezca a absentismo laboral, pues su enfermedad fue la causa del absentismo y del despido. En consecuencia, con amparo en los artículos 55.5 ET y 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita que el despido sea declarado nulo al haberse producido con violación del derecho fundamental de la trabajadora a no haber sido discriminada por su condición de “discapacidad”.

En definitiva, el objeto principal del recurso resuelto por la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 consiste en determinar si el despido de la trabajadora llevado a cabo por la empresa en base a sus bajas laborales al amparo del artículo 52 d) ET, es o no discriminatorio por causa de discapacidad.

3.2. *La doctrina contenida en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015*

Como no podía ser de otro modo, la respuesta a la cuestión planteada obliga a abordar qué debe entenderse por discapacidad y cómo diferenciarla de la enfermedad. Para ello, el Tribunal acude al Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social; la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre Derechos de las personas con discapacidad; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, que establece el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la jurisprudencia comunitaria que ha procedido a interpretar el alcance de esta última norma. Veamos las conclusiones que el Tribunal obtiene del recurso a las diferentes normas citadas y, especialmente, a la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto.

En primer lugar, se acude al artículo 4.1 del Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, que define a las personas con discapacidad como aquellas que “*presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”.

En segundo lugar, se cita el artículo 1 de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre Derechos de las personas con discapacidad que define a las personas con

discapacidad como quienes *“tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

En tercer lugar, se reproducen diferentes preceptos de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, que establece el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a saber: el artículo 1, que establece que la citada directiva *“tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos ... de discapacidad, ... con el fin de que en los Estados Miembros se aplique el principio de igualdad de trato”*; el artículo 2, según el cual *“se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo”*; y, finalmente, el artículo 3, que prevé que *“dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos...”*.

Finalmente, como principal argumento al que acude la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, encontramos la jurisprudencia comunitaria interpretativa de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, que establece el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. A tal efecto, el tribunal recurre a las dos resoluciones ya expuestas en este trabajo que han abordado con mayor profundidad esta materia.

En primer lugar, el Tribunal acude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, de la cual extrae las diferentes consideraciones:

- a) El concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto.
- b) La Directiva 2000/78/CE tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en la norma, entre los que figura la discapacidad.
- c) Debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a 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.
- d) Al utilizarse en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de discapacidad, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad, de modo que es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.
- e) La Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad. Es decir, la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad y, en consecuencia, una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.
- f) La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en la Directiva, sí se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin que la enfermedad en cuanto tal pueda considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto Ring, de la que extrae las siguientes consideraciones:

- a) La discapacidad es un concepto que se refiere a 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, estas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser “a largo plazo”.
- b) No se aprecia que la Directiva sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad, no

- en vano, sería contrario al objetivo mismo de la Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de discapacidad.
- c) Procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva.
 - d) Una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva.
 - e) La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación.
 - f) El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.

Del análisis de la jurisprudencia comunitaria interpretativa de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia extrae la conclusión de que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto Ring, amplía el alcance de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, al permitir incluir en algunos supuestos a la enfermedad en el término de discapacidad. En consecuencia, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto Ring, cabe interpretar que la Directiva *“se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando estas bajas por enfermedad son “atribuibles total o parcialmente a su discapacidad”, ya que “un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad” y, por tanto, una normativa nacional “puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad ene. Sentido del artículo 2, apartado 2, letra b, de la Directiva 2000/78”.*

A partir de estas premisas, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia hace suya la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto Ring, según la cual, *“la Directiva (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo (...) si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad (...) cuando estas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”*, y, bajo este parámetro, procede a analizar el objeto del litigio.

Al tratarse de un supuesto en que se pretende la nulidad del despido y con cita de la STC 38/1981, la resolución judicial recuerda las reglas de distribución de la carga de la prueba, en virtud de las cuales, *“cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental”*, si bien, *“para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica”*.

Pues bien, en este punto, la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 recuerda que *“no existe duda acerca de la situación patológica de la actora, que padece dolencias lumbares, en cuyas fases agudas de dolor ha estado medicada con diversos efectos secundarios”*. Como refuerzo de esta conclusión, la resolución añade, en primer lugar, que a la trabajadora se le adaptó el puesto de trabajo, si bien, admite que la constatación de la existencia de discapacidad no depende de la naturaleza de tales ajustes, sino que, por el contrario, el concepto de discapacidad precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas; y, en segundo lugar, que sus padecimientos pueden ser crónicos, pero no graves, lo cual permite dar cumplimiento a la constatación de que la discapacidad exige que las dolencias sean previsiblemente permanentes. Todos estos argumentos permiten al Tribunal declarar la condición de “discapacitada” de la trabajadora.

A partir de esta calificación de la trabajadora como “discapacitada”, el Tribunal entra a valorar si la extinción de su contrato, con base al artículo 52 d) ET, vulnera o no la jurisprudencia comunitaria expuesta, es decir, si dicho precepto estatutario puede implicar una discriminación contra las personas discapacitadas, puesto que de ser así, la decisión empresarial extintiva debería ser calificada como un despido nulo.

A tal efecto, la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 pone de manifiesto que, de conformidad con la doctrina expuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “*el artículo 52 d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo*”.

La circunstancia de que “*el precepto estatutario –artículo 52 d) ET– pueda desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78*”, obliga al Tribunal a analizar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador.

Para resolver el juicio de proporcionalidad expuesto, el Tribunal recuerda los objetivos que *a priori* se perseguían con la reforma del artículo 52 d) ET llevada a cabo mediante Ley 3/2012, es decir, la finalidad de “*favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral*”. Pese a recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que “*los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo*”, también recuerda que ello será así sin perjuicio de que “*hay que comprobar si los medios para la consecución de estos objetivos son adecuados y necesarios y si no exceden de lo requerido para alcanzarlos*”, correspondiendo en cualquier caso al tribunal que conoce del asunto “*examinar si el legislador (...) al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad*”.

Pues bien, en el análisis de esta cuestión la resolución judicial toma en consideración los siguientes elementos:

- a) En primer lugar, la STS de 25 de noviembre de 2014 que tras declarar que “*las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de*

las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectas por enfermedades o dolencia simples” y que “los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restante dolencias o enfermedades”, añade que “a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 hay que matizar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación”.

- b) En segundo lugar, el Convenio 158 de la OIT, cuando establece que *“la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”* (artículo 6.1), así como también, que *“si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”* (artículo 10).
- c) Y, finalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la STC 62/2008 que, ante un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador entendió 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 art .14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo”,* lo cual, ocurriría *“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, 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”.*

La valoración conjunta de todas las consideraciones expuestas, llevan al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a declarar la nulidad, por discriminatoria, de la decisión empresarial extintiva del contrato de la trabajadora, al considerar que, aunque no todas sus faltas de asistencia aparecen ligadas a su discapacidad, sí que al menos dos de las mismas tienen como causa su patología lumbar y el tratamiento paliativo que observó, lo que permite apreciar que el despido de la trabajadora constituye *“una diferencia de trato (discriminación) indirecta por motivos de discapacidad”.*

En refuerzo de esta conclusión, la resolución indica que *“entender como únicamente ponderables los procesos patológicos derivados de la enfermedad incapacitante, podría encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional. En este aspecto, el transcrito concepto de discapacidad (deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes) trasciende de la previsión del artículo 52 d) ET, en cuanto limitado a trabajadores con un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”*¹⁷.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se apoya en la doctrina de suplicación contenida en la STSJ de las Islas Canarias de 25 de enero de 2011 que, en un supuesto análogo al presente, indica que la decisión empresarial extintiva de la relación laboral como causa única en las bajas del trabajador deja de lado, pues, la consideración del trabajador como persona, como ser humano; no en vano, el artículo 41 CE consagra el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica que informa el sistema jurídico; así como también, que la enfermedad como factor discriminatorio concurre cuando se dan circunstancias *“en las que resulte apreciable el elemento de segregación (...) y ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad. No parece coherente que la Constitución proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia –siendo expresión de ellos los derechos a la integridad física y la salud (artículo 15), el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social*

¹⁷ Respecto a lo que deba entenderse por enfermedad grave a los efectos de esta norma, *vid.* STSJ de las Islas Canarias de 11 de noviembre de 2015 (AS\2016\293). A tal efecto, esta resolución indica que *“la literalidad de la norma es clara en cuanto a que las ausencias excluidas del cómputo no son las ocasionadas por padecer un proceso oncológico o una enfermedad grave, sino las originadas por haber recibido tratamiento médico por cualquiera de esas entidades clínicas, es decir, en lo que el legislador está pensando es en el absentismo laboral intermitente y de breve duración provocado por la indisposición para trabajar causada por los efectos de los tratamientos dispensados a los trabajadores aquejados de afecciones de tales características. Respecto a que debamos entender por enfermedad grave, la propia técnica legislativa a la que ha recurrido el legislador, empleando un concepto jurídico indeterminado, evidencia que su voluntad no ha sido la de acotar el campo de aplicación de dicha exclusión, sino la de dejar abierta al intérprete y aplicador de la norma la posibilidad de integrarlo, incluyendo en dicha noción a cualquier patología que, por su entidad e importancia, médicamente sea susceptible de ser etiquetada como grave, efectuando la correspondiente valoración en atención a las características y naturaleza de la enfermedad de que se trate. Debemos descartar que la alusión al cáncer conduzca a la interpretación de que solo las dolencias a ella asimilables merezcan la calificación de graves, pues la redacción de la norma apunta claramente a lo contrario, al separar el texto legal con una conjunción disyuntiva la mención de dicha entidad clínica y la de las enfermedades graves, con lo que parece claro que lo que se está estableciendo es una neta distinción entre ambas categorías, no utilizando tampoco el precepto en su redacción ningún término gramatical que por su significación pudiera establecer ese criterio de asimilación”*.

(artículo 40), el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1), el derecho al trabajo (artículo 35 CE), el derecho a la Seguridad e Higiene en el trabajo (artículo 40.2) – y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo”.

4. Valoración final

La STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 declara nulo el despido de una trabajadora por la causa prevista en el artículo 52 d) ET en base, fundamentalmente, a la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, que procede a asimilar o a integrar en el concepto de “discapacidad” a las enfermedades de larga duración que generen limitación. Esta doctrina permite afirmar al Tribunal que, aunque el artículo 52 d) ET no contiene una discriminación directa, sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta, toda vez que el trabajador que sufre una enfermedad equiparable o asimilable a la discapacidad se encuentra mucho más expuesto al riesgo de despido que un trabajador que no la sufre, ya que es más probable que acumule días de baja por enfermedad y, por tanto, alcance el límite legal de absentismo previsto en el artículo 52 d) ET.

De conformidad con la doctrina contenida en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, cabe concluir, a los efectos de la causa extintiva prevista en el artículo 52 d) ET, que no deberían ser computadas entre las ausencias justificadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, hayan de ser incluidas en este concepto ampliado de “discapacidad” y, en caso de computarse, ello supondría una discriminación indirecta por razón de discapacidad y, por tanto, desencadenaría la nulidad de la decisión extintiva empresarial. En otros términos, según la citada resolución judicial, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, el supuesto de hecho descrito en el artículo 52 d) ET debería limitarse a aquellas enfermedades que no son objeto de protección por la Directiva 2000/78/CE, es decir, que no generan una limitación de larga duración y, por tanto, impeditivas de la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por el contrario, en caso de llevarse a cabo el despido del trabajador motivado en una enfermedad asimilada a la discapacidad, dicha extinción contractual debería ser declarada nula¹⁸.

¹⁸ Esta conclusión ya había sido avanzada por A.V. SEMPERE NAVARRO, “Discriminación laboral...”, *cit.*, que indica al respecto que “*un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente sino nulo; la extinción por causas objetivas (si las ausencias intermitentes traen su causa de la enfermedad asimilada) puede merecer esta misma consideración*”.

La inaplicación del artículo 52 d) ET en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo se deben a una enfermedad crónica o de larga duración, se configura de este modo como una de las primeras manifestaciones del cambio de doctrina que ha llevado a cabo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, según la cual el concepto de discapacidad también abarca a partir de ahora la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional y que supone extender la tutela antidiscriminatoria a estos supuestos, pero seguro que no será la única consecuencia de este cambio de doctrina, no en vano, como ya se ha anticipado por la doctrina, “*son múltiples las derivaciones prácticas que pueden extraerse en diversos órdenes (prevención de riesgos laborales, contratación, relaciones procesales, procedimientos judiciales, etc.)*”¹⁹.

A mayor abundamiento, podría añadirse que la extinción del contrato en estos supuestos no se puede encontrar justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del “absentista profesional” y de los “trabajadores que no sean suficientemente productivos”, puesto que aunque se admitiera la legitimidad de estas finalidades, en ningún caso los medios adoptados para la consecución de las mismas serían adecuados y necesarios, en tanto que dichas finalidades difícilmente podrían justificar una norma que habilita, indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna.

La doctrina contenida en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 ya había sido avanzada por la pionera sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, que dictaminó que la extinción del contrato de un trabajador por sus ausencias motivadas por la enfermedad crónica que el mismo padecía, debía quedar fuera del ámbito de cobertura del artículo 52 d) ET, no en vano, se fundamentaba en las situaciones de incapacidad temporal generadas por una enfermedad asimilada a la discapacidad, lo cual suponía una clara discriminación a tenor de lo dispuesto por el artículo 2 de la Directiva 2000/78, que cualifica como discriminación directa todo acto desfavorable por causa de discapacidad²⁰.

De consolidarse la doctrina recogida en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 supondría una “*importante carga de profundidad contra la reforma del artículo 52 d) ET (...) es evidente que su doctrina y razonamiento corrigen parte de la nueva potencialidad extintiva de aquella reforma, a través de una interpretación de sentido práctico de la*

¹⁹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, “Discriminación laboral...”, *cit.*

²⁰ C. MOLINA NAVARRETE, “La ilegitimidad constitucional del despido...”, *cit.* p. 192, ya puso de manifiesto las sólidas bases de esta interpretación. M.T. VELASCO PORTERO, “El despido del trabajador...”, *cit.* también calificó esta interpretación como “*muy interesante*”.

norma legal reformada que integra la más reciente jurisprudencia comunitaria –STJUE de 11 de abril de 2013, doctrina Ring– sobre el conocido concepto de “enfermedad equiparable” a la discapacidad. Consiguientemente, implica una considerable ampliación de la tutela antidiscriminatoria, trascendiendo la previsión textual del artículo 52 d) del ET, que solo tiene en cuenta las enfermedades graves”²¹.

En cualquier caso, como puede observarse, en estos supuestos no se fundamenta la nulidad del despido en el hecho de que la extinción del contrato se deba al estado de enfermedad del trabajador, sino en el hecho de que dicha enfermedad, al reunir determinadas características, puede ser asimilada a la discapacidad y, por tanto, ser merecedora de la tutela antidiscriminatoria prevista para estos supuestos por nuestro ordenamiento jurídico²². Por el contrario, aún quedan huérfanos de una tutela adecuada todos aquellos supuestos de enfermedad que no pueden ser asimilados a la discapacidad, para los cuales sigue siendo necesaria una intervención tuitiva del legislador que contemple a la enfermedad o al estado de salud como factor de discriminación.

Una manifestación del alcance aún muy limitado de esta doctrina la encontramos en la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 que al conocer de un despido por ausencias del trabajador en base al artículo 52 d) ET motivadas por diferentes patologías, entre las que se encontraban “*dolor de escápula, epicondilitis, problemas gástricos, fascitis plantar y prevención de la diabetes*” concluye que “*no encontramos conexión causal entre el caso presente y la STJUE 11-4-13 que se refiere a la “discapacidad” en el sentido de una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración 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. Las dolencias y limitaciones de la actora no han supuesto bajas ni limitaciones para trabajar de larga duración, no superando los 20 días, y desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor*

²¹ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, “Despido por enfermedad crónica...”, *cit.*, p.148.

²² D. ENJUTO JAREÑO, “Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia número 241/2007 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, 2008, p. 14 y 15, considera al respecto que la confusión entre enfermedad y discapacidad conlleva riesgos, en concreto el de que la imposibilidad de facto de despedir a trabajadores en situación de baja por incapacidad traiga como consecuencia que esta figura se convierta en un refugio para trabajadores que puedan prever la extinción de su contrato.

de ecápulas, facitis plantar y prevención de diabetes, epincondilitis y problemas gástricos”²³.

Argumentos parecidos a estos parecen haber justificado que finalmente la referida Sentencia del Juzgado de los Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 fuera posteriormente revocada por la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014²⁴. Esta última resolución, tras analizar la anterior doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este punto y compararla con la contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (asunto Ring), concluye que “*podemos afirmar que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, (misma conclusión se recoge en la sentencia del TSJ de Galicia de fecha 11-2-2014) salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada pues la antecedente sentencia no establecía limitación alguna y lo de que la limitación derivada de ella sea a largo plazo ya se contenía en el punto 45 de la sentencia de 2006*”. A partir de esta premisa y analizado el supuesto enjuiciado por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 concluye que el despido de la trabajadora no se fundamentó en un única dolencia –las migrañas–, sino que las bajas tomadas en consideración derivaron de diferentes causas, lo que impide que se cumpla el requisito de que la baja lo sea por enfermedad ligada a discapacidad.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido la oportunidad de abordar nuevamente el alcance de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto Ring, en su sentencia de 1 de julio de 2014, si bien, en esta ocasión, a propósito de un despido disciplinario llevado a cabo por una empresa que despide a una trabajadora a los pocos días de haber iniciado un proceso de incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de tráfico²⁵. Pues bien, a pesar que en la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 se sigue manteniendo la doctrina

²³ JUR\2014\242993. La STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 (AS\2014\184), a su vez, defiende la compatibilidad del artículo 52 d) ET y del Convenio nº 158 OIT, al considerar que “*no puede compartirse que exista contradicción entre el artículo 52 d) ET y el convenio 158 OIT, toda vez que la norma internacional habilita en esta manera concreta a la nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma legal española no desvirtúa lo dispuesto en el convenio, pues no se abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencias temporales por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados periodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes*”.

²⁴ JUR\2014\181119.

²⁵ AS\2014\2723. Un comentario de esta sentencia en S. GÁLVEZ DURÁN, “El despido basado en la enfermedad...”, *cit.*, p. 18 y ss.

mayoritaria según la cual la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha supuesto una *“alteración hermenéutica, ni la nueva sentencia producía una mutación en la aplicación normativa realizada en la precedente”*, incorpora un voto particular, que sí concede mayor relevancia y efectos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto Ring, recordando que *“aunque esta sentencia confirma reiteradamente el criterio genérico de la anterior sentencia del TJCE (...) incorpora claramente una definición de discapacidad que incluye las enfermedades definidas por la Convención de las NNUU, no ya como deficiencia permanente y derivada de limitación de nacimiento o de accidente, sino de enfermedad curable o incurable, que causa unas dolencias físicas, mentales o psíquicas, que no permite a la persona realizar el trabajo o que sólo le permite realizarlo de manera limitada, durante un período probablemente prolongado o permanente”*.

A partir de estas premisas, el citado voto particular concluye que *“la valoración en el sentido de que “discapacidad” es aplicable a la persona catalogada con un grado de más del 33% y “enfermedad” otro concepto diferente -no susceptible de ser incluido en la tutela antidiscriminatoria del artículo 14 CE y 17 ET, es un criterio que ya no es sostenible, ya que ciertas enfermedades graves o de larga duración, son o pueden ser efectivamente equiparables a la discapacidad, de acuerdo con la definición de la Convención de las NNUU de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, referente con el que se tiene que interpretar la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el trato en la ocupación y con la definición de la Ley transversal, que también debe ser interpretada de acuerdo con la Convención (...) Con el nuevo concepto de discapacidad, efectivamente hay enfermedades que tienen que gozar de la protección de la tutela antidiscriminatoria del artículo 17 ET y 14 CE, con las consecuencias del artículo 55.5 ET. En este sentido se ha pronunciado claramente un sector de la doctrina (Sempere Navarro) (...) llegando a la conclusión que un despido basado en la alteración de la salud padecida por el trabajador, en muchos casos, ya no será improcedente sino nulo”*.

En aplicación de esta doctrina, el voto particular contenido en la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 entra a resolver la cuestión litigiosa. A tal efecto, se mantiene que *“no está de más remarcar que se trata de un caso similar al de la Sra. María Purificación, caso en que la sentencia del TJUE analiza como de larga enfermedad no incluíble en el supuesto de la ley nacional que permite el despido. Pues bien, de acuerdo con lo que ha establecido el magistrado del juzgado de lo social, la sentencia despide a la trabajadora a los diez días de haber sufrido un latigazo cervical por accidente de tráfico, diagnóstico que es incierto respecto a la evolución de la patología pero que en todo caso no es leve (...) Por lo tanto, resulta adecuada la valoración de que se trata de una enfermedad de larga duración, causante de una dolencia física que no permite incorporarse al trabajo,*

*equivalente a una genérica definición de discapacidad. Por lo tanto la decisión de despedirla, sólo por haber causada baja médica por esta causa, vulnera el derecho fundamental de la trabajadora, y debe ser declarado nulo el despido, por imponerlo así el artículo 55.4 ET*²⁶.

En este contexto de dudas sobre el alcance que cabe atribuir a la doctrina introducida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 en relación con el tratamiento que cabe dispensar a los despidos por ausencias al trabajo de los trabajadores enfermos, en particular, cuando se trata de enfermedades crónicas o de larga duración, sin lugar a dudas va a jugar un papel trascendental la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, objeto de este comentario, puesto que va a posibilitar la necesaria contradicción que habilite al Tribunal Supremo para abordar y resolver definitivamente esta cuestión, concretando la aparente corrección de rumbo que, como ya se ha indicado, parecía anunciarse en su sentencia de 15 de enero de 2014.

Fecha recepción: 19.5.2016

Fecha aceptación: 14.7.2016

²⁶ A la misma conclusión llega la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014 (AS\2014\1728) que considera discriminatorio y, por tanto, nulo, el despido de un trabajador tras una baja por lumbalgia de tres meses y posteriormente declarado apto con limitaciones por el servicio de prevención ajeno de la empresa. E, incluso, aunque sin compartir el mismo razonamiento, parece llegar a una conclusión similar la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015 (AS\2015\1435).