



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**DESPIDO POR ENFERMEDAD CRÓNICA:
POSIBLES CALIFICACIONES Y SU
ADECUACION AL ORDENAMIENTO
VIGENTE**

Begoña de Otaola Arca

5º E-3, C

Área de Derecho del Trabajo

Tutor: María José López Álvarez

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

El trabajador con enfermedad crónica da lugar a una serie de costes indirectos para el empresario que lo pueden convertir en excesivamente gravoso para la empresa, llegando incluso a poner en peligro la viabilidad a largo plazo de la empresa. Por eso se hace necesaria una forma de despido que respete los derechos de los trabajadores, y a la vez permita a la empresa continuar su actividad.

Este tipo de despido se vuelve especialmente complicado con la jurisprudencia del TJUE, que amplía el concepto de discapacidad hasta incluir algunas enfermedades. En particular, la enfermedad crónica, por sus características, tiene más probabilidades de ser calificada como discapacidad que la mera enfermedad, lo que dificulta el despido. Para evitar la posible nulidad del despido en caso de que se califique la situación del trabajador como discapacidad, y que derivada de ella se observe discriminación, la mejor medida preventiva es la realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo. En todo caso, sería recomendable que se desarrolle una legislación específica para los casos de enfermedad crónica.

Palabras clave: enfermedad, enfermedad crónica, despido, discapacidad, ineptitud sobrevinida, despido objetivo, ajustes razonables.

ABSTRACT

The chronically ill worker gives rise to a series of indirect costs for the employer which can make it excessively burdensome for the company, even jeopardizing the company's long-term viability. This is why it is necessary to find a form of dismissal that respects the rights of the workers, while allowing the company to continue its activity.

This type of dismissal becomes particularly complicated with the case law of the ECJ, which extends the concept of disability to include certain illnesses. In particular, chronic illness, due to its characteristics, is more likely to be qualified as a disability than mere illness, which makes dismissal difficult. In order to avoid the possible nullity of the dismissal in the event that the worker's situation is qualified as a disability, and that discrimination is observed as a result, the best preventive measure is the provision of reasonable adjustments in the workplace. In any case, it would be advisable to develop specific legislation for cases of chronic illness.

Key words: illness, chronic illness, dismissal, disability, supervening ineptitude, objective dismissal, reasonable adjustments.

INDICE

| | |
|--|----|
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 3 |
| I. INTRODUCCION | 4 |
| CAPITULO I. OBJETO..... | 4 |
| CAPITULO II. JUSTIFICACION..... | 4 |
| CAPITULO III. METODOLOGIA Y ESTRUCTURA..... | 6 |
| II. EL DESPIDO POR ENFERMEDAD CRÓNICA..... | 8 |
| CAPITULO I. LA ENFERMEDAD CRÓNICA:..... | 8 |
| 1. EL PROBLEMA | 9 |
| 1.1 Diferencia entre discapacidad y enfermedad:..... | 12 |
| 2. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL PROBLEMA:..... | 14 |
| 2.1 Doctrina de la STS de 29 de enero de 2001:..... | 16 |
| 2.2 Relevancia de la calificación de discapacidad: ajustes razonables..... | 18 |
| 3. CASOS GENÉRICOS DE ESTUDIO:..... | 20 |
| 3.1 Enfermedad de larga duración que agota la IT..... | 20 |
| 3.2 Enfermedad con manifestaciones incapacitantes intermitentes:..... | 23 |
| 3.3 Conclusiones:..... | 24 |
| CAPITULO II. EL DESPIDO Y SU JURISPRUDENCIA..... | 25 |
| 1. EL DESPIDO..... | 25 |
| 1.1 Despido objetivo:..... | 26 |
| 1.1.1 Faltas de asistencias justificadas | 26 |
| 1.1.2 Ineptitud sobrevenida del trabajador | 29 |
| 1.1.3 Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones de su puesto | 30 |
| 1.1.4 Conclusiones..... | 31 |
| 1.2 Despido improcedente: | 31 |
| 1.3 Despido nulo: | 32 |
| 2. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA | 33 |
| 2.1 Antes de 2013:..... | 34 |
| 2.2 Después de 2013:..... | 35 |
| CAPITULO III. DESPIDO POR ENFERMEDAD CRÓNICA VÁLIDO | 37 |
| III. CONCLUSIONES | 42 |
| IV. BIBLIOGRAFIA..... | 45 |
| V. ANEXOS..... | 47 |

LISTADO DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| CE | Constitución Española |
| ET | Estatuto de los Trabajadores |
| IT | Incapacidad Temporal |
| LJS | Ley Reguladora de la Jurisdicción Social |
| LPRL | Ley de Prevención de Riesgos Laborales |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| TSJ AN | Tribunal Superior de Justicia Andalucía |
| TSJ AR | Tribunal Superior de Justicia Aragón |
| TSJ AS | Tribunal Superior de Justicia Asturias |
| TSJ C | Tribunal Superior de Justicia Cataluña |
| TSJ CA | Tribunal Superior de Justicia Cantabria |
| TSJ CL | Tribunal Superior de Justicia Castilla y León |
| TSJ CM | Tribunal Superior de Justicia Castilla La-Mancha |
| TSJ CV | Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana |
| TSJ EX | Tribunal Superior de Justicia Extremadura |
| TSJ GA | Tribunal Superior de Justicia Galicia |
| TSJ IB | Tribunal Superior de Justicia Islas Baleares |
| TSJ IC | Tribunal Superior de Justicia Islas Canarias |
| TSJ M | Tribunal Superior de Justicia Madrid |
| TSJ MU | Tribunal Superior de Justicia Murcia |
| TSJ NA | Tribunal Superior de Justicia Navarra |
| PSJ PV | Tribunal Superior de Justicia País Vasco |

I. INTRODUCCION

CAPITULO I. OBJETO

El presente trabajo se va a centrar en el análisis del problema de los despidos por enfermedad crónica, desde una perspectiva de empresa. Es decir, se busca en primer lugar analizar los extremos del problema: definición de enfermedad, discapacidad y enfermedad crónica. En segundo lugar, se busca estudiar las distintas posibilidades de despido y el conflicto de intereses que se da en cada caso, para a continuación estudiar las tendencias jurisprudenciales predominantes. En tercer y último lugar, se da respuesta a cuál es la forma más adecuada a derecho de despido de un trabajador con enfermedad crónica, de tal manera que se conjuguen los intereses económicos de la empresa con la protección de los trabajadores, permitiendo a su vez que se reduzca la litigiosidad. Y para todo lo anterior se atenderá tanto a jurisprudencia y doctrina nacional como europea.

Es necesario realizar una serie de matizaciones sobre lo dicho en el párrafo anterior. En el presente trabajo no se va a tratar en profundidad la discriminación en sí, pues no es este el objeto, sino que solo se considerará tangencialmente y desde el punto de vista de su relación con el despido nulo por enfermedad crónica. En relación con lo anterior, tampoco se tratan en este trabajo las discriminaciones por enfermedades vinculadas con el embarazo o la maternidad, pues estas son concreciones de la discriminación por sexo y por tanto tampoco son objeto de este trabajo.

Finalmente, el objeto de esta exposición es el despido del trabajador con enfermedad crónica, cuando su mantenimiento sea excesivamente gravoso para la empresa; pero este objeto debe entenderse siempre sin perjuicio que el empresario considere que no necesita llevar a cabo el despido – bien porque no perjudica bien porque no pone en peligro la continuidad de la empresa –, opción que requeriría otro estudio en profundidad sobre las distintas alternativas de modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional o reestructuración.

CAPITULO II. JUSTIFICACION

De acuerdo con datos del ministerio de industria, en España hay 1.326.961 empresas, de las cuales 1.322.261 son PYMES. Además, dentro de las PYMES, 1.143.015 (el 86%)

son microempresas con entre 1 y 9 trabajadores, y emplean a 3.018.571 personas (22% de los trabajadores por cuenta ajena)¹. Así pues, vemos como hay un elevado número de empresas que emplea a un porcentaje relevante de la población, empresas que por su tamaño no suelen tener un gran margen de beneficios y que por tanto se ven más expuestas a la influencia de algunos factores económicos, como puede ser tener uno o varios trabajadores enfermos. En estas empresas, el impacto relativo de que un trabajador acumule numerosas bajas o esté de baja durante un periodo largo de tiempo, es mucho más elevado que el impacto que podría suponer en una empresa de gran tamaño. Cuando el trabajador tiene una enfermedad, se derivan una serie de costes indirectos, costes que se multiplican cuando la enfermedad es crónica y por tanto más recurrente o larga que una enfermedad común. A los costes indirectos, que ya en muchos casos no son asumibles por las microempresas, se debe añadir la reducción de la productividad y la rentabilidad, lo que en suma implica una onerosidad excesiva para la empresa de forma que puede peligrar su estabilidad económica y su sostenibilidad en el tiempo si no despiden a ese trabajador.

En definitiva, el 86% de las empresas de España pueden ver su estabilidad a largo plazo afectada por la falta de medios humanos y la falta de recursos para contratar nuevos empleados al encontrarse con varios trabajadores con enfermedad crónica o en situación de baja o con limitaciones en el desarrollo de su puesto. Pero ¿realmente hay tantos trabajadores enfermos? De acuerdo con datos de 2019 de la Seguridad Social, la media **mensual** de bajas por IT entre los trabajadores por cuenta ajena es de:

- 119.379 por contingencias comunes a nivel nacional².
- 1.270 por accidente profesional a nivel nacional³.

¹ Ministerio de industria, comercio y turismo; “Cifras Pyme: Datos enero 2019”, Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (disponible en: <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>)

² Seguridad Social; “Instituto Nacional de la Seguridad Social – Incapacidad Temporal: Contingencias comunes (disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a60bc987-561f-4959-a18c-7ad2ed3e9cd7/2019_INS_COMUNES_DUR_1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-a60bc987-561f-4959-a18c-7ad2ed3e9cd7-n25vpBX))

³ Seguridad Social; “Instituto Nacional de la Seguridad Social – Incapacidad Temporal: Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” (disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/78408866-ece1-4e9c-8b70-fa1a07d1d434/2019_INS_PROFESIO_DUR_1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-78408866-ece1-4e9c-8b70-fa1a07d1d434-n25vPIO))

Esto supone una media acumulada mensual de 120.649 bajas por IT. En otras palabras, algo menos de un 1% de los trabajadores por cuenta ajena ha causado IT cada mes de 2019. Lo cual es claramente un número elevado.

Dejando a un lado los números y fijándonos en la normativa y la jurisprudencia, nos encontramos con una falta de tratamiento preciso y detallado de la enfermedad en general y de la enfermedad crónica en particular. Las definiciones en este ámbito suelen contener números conceptos jurídicos indeterminados (como veremos más adelante) y dan lugar a situaciones de gran incertidumbre, tanto para el trabajador como para la empresa. En particular, es relevante la dificultad de diferenciar entre la enfermedad crónica y la discapacidad ya que, aunque tradicionalmente era sencillo separarlas (la discapacidad requiere reconocimiento administrativo), reciente jurisprudencia europea ha desdibujado los límites entre estos conceptos hasta hacerlos prácticamente indiscernibles. En consecuencia, se vuelve más complicado saber qué normas deben aplicarse en cada caso, pues no coincide la legislación sobre la enfermedad y la discapacidad; en consecuencia, aumenta la litigiosidad sobre este punto.

En este contexto incierto, cuando el mantenimiento de un trabajador enfermo se vuelve excesivamente gravoso, nos encontramos con dos posiciones.

Por un lado, la empresa, para proteger sus intereses económicos y su supervivencia, querrá extinguir la relación laboral. Por otro lado, el trabajador, para proteger sus intereses económicos querrá mantener la relación laboral; especialmente si tenemos en cuenta que, en muchos casos, cuando un trabajador es despedido por enfermedad, le resulta más complicado conseguir un nuevo trabajo. En esta situación, el trabajador no puede tomar ninguna acción particular para lograr su objetivo, mientras que está en manos de la empresa tomar la decisión de despedir; por ello nos vamos a centrar en la perspectiva de la empresa en vez de la perspectiva del trabajador, pues son la “parte activa”.

Una vez se ha realizado el despido, el trabajador sí que puede actuar intentando justificar la nulidad o al menos la improcedencia del despido, y de ahí la litigiosidad derivada de estos casos. Las soluciones jurisprudenciales, de acuerdo con el principio de derecho laboral *in dubio pro operario*, tienden a proteger en mayor medida a los trabajadores; de ahí nuestro interés en la otra parte, la empresa, cuya postura es menos explorada.

CAPITULO III. METODOLOGIA Y ESTRUCTURA

En cuanto a la metodología, en primer lugar, se ha realizado un análisis jurisprudencial de las sentencias referidas al despido por enfermedad. Dentro de este análisis, se han estudiado todas las sentencias del TC y del TS desde 1980, todas las sentencias del TJUE desde 2000, las sentencias más relevantes de los TSJ desde 2015⁴, alguna sentencia especialmente relevante de Juzgados de lo Social. De este análisis jurisprudencial se ha obtenido, por un lado, una síntesis de la situación actual y las tendencias jurisprudenciales mayoritarias actualmente; y, por otro, una serie de problemas comunes y recurrentes que dificultan el despido por enfermedad crónica.

Además de la jurisprudencia, se ha consultado diversa legislación aplicable y artículos doctrinales; además de páginas oficiales de la Seguridad Social y de la ONU. La información de estas fuentes ha sido clave para delimitar los conceptos con los trabajamos a lo largo de esta exposición.

Realizado este estudio, hemos obtenido unos resultados y hemos comentado los mismos.

En cuanto a la estructura. Comenzamos planteando cual es el problema, para ello se dan una serie de definiciones y seguidamente se plantean los problemas de estas definiciones – que adelantamos que corresponden con la multitud de conceptos jurídicos indeterminados que presentan – con especial atención a la definición de enfermedad y discapacidad. Para esto último es de especial relevancia la doctrina jurisprudencial europea y la normativa internacional. A continuación, pasando al plano nacional analizamos las tendencias existentes en el despido por enfermedad crónica y su evolución, para lo cual, en paralelo, planteamos un análisis de la legislación más relevante nacional para este caso. De este análisis obtenemos cuál creemos que es la respuesta más adecuada y porqué, que esperamos que consista en la toma de medidas preventivas ante la falta de una vía clara para asegurar la validez del despido. Finalmente, en las conclusiones se hace un comentario del resultado obtenido.

⁴ Respecto a las sentencias de los TSJ, es preciso mencionar que se han estudiado aproximadamente 120, correspondientes con las más relevantes entre 2015 y enero de 2020 en el ámbito del despido de un trabajador enfermo, de acuerdo con la base de datos Aranzadi. Este estudio nos ha permitido establecer tendencias jurisprudenciales a nivel nacional y por territorios. Dado su elevado número, se ha considerado más adecuado referenciarlas de forma conjunta en una tabla en el ANEXO, en vez de en notas a pie de página.

II. EL DESPIDO POR ENFERMEDAD CRÓNICA

CAPITULO I. LA ENFERMEDAD CRÓNICA:

El diccionario jurídico de la Real Academia Española define enfermedad como “alteración de la salud”. Médicamente, enfermedad, es el estado contrario a la salud. En ambos casos nos encontramos con una definición extremadamente amplia que acoge todo tipo de dolencias o malestares, deterioros del organismo de cualquier tipo.

Este deterioro, en el caso del derecho laboral, es de gran relevancia, pues puede determinar la incapacidad del trabajador para desarrollar las funciones de su puesto de trabajo. Esto tiene consecuencias para el empresario, que pierde uno de sus factores productivos más importantes, pero sobre todo para el trabajador, que pierde su forma de generar la renta necesaria para cubrir sus necesidades. Por eso, en el sistema social democrático en el que vivimos, se busca proteger al más débil, que en este caso es el trabajador; para ello existe todo un sistema de seguridad social y servicios públicos de salud, además de una normativa laboral que garantiza que el trabajador pueda reincorporarse a su puesto de trabajo después de la enfermedad. Para que la carga de mantener a un trabajador no productivo sea menos pesada para la empresa, se permite que esta deje de pagar el sueldo del trabajador, el contrato queda en suspenso, pero no se extingue. Y para a su vez proteger al trabajador, se crean las pensiones por incapacidad temporal que son sufragadas a partir del 5 día de baja por la seguridad social, de forma que el trabajador enfermo siga percibiendo algún tipo de renta, y la empresa queda obligada a seguir cotizando por el trabajador. Además, es posible y frecuente que por convenio se incluyan complementos a la pensión por IT a cargo de la empresa. Así, en circunstancias normales, el peso de que un trabajador caiga enfermo recae sobre la empresa, pues es esta la que debe asumir un coste adicional.

Por tanto, cuando un trabajador cae enfermo, la empresa no puede (en principio) terminar la relación laboral, sino que esta se queda en suspenso, en un paréntesis hasta que el trabajador se recupere y se reincorpore a sus funciones. Pero ¿qué pasa cuando un trabajador está más tiempo de baja que en activo, cuando tiene multitud de bajas, aunque estas sean de corta duración, que interrumpen el funcionamiento normal de una empresa? ¿Debe seguir protegiéndose la relación laboral, impidiendo que esta se extinga; o es una

carga demasiado elevada para el empresario y se le debe permitir terminar la relación laboral y sustituir al trabajador?

Para dar respuesta a estas preguntas, el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁵ incluye una serie de supuestos en los que se puede extinguir la relación laboral mediante el despido por causas que no son imputables ni al trabajador ni a la empresa: es el caso de los despidos objetivos. En estos despidos entran en juego multitud de intereses y derechos a proteger y a ponderar para decidir qué intereses deben prevalecer en cada caso, como son la viabilidad económica de la empresa, el derecho al trabajo de los trabajadores, la libertad de empresa, la posibilidad de obtener rentas mediante el trabajo, etc. Y en el caso de los trabajadores enfermos, entran en juego incluso derechos más relevantes como la integridad física y la salud⁶. En particular, resulta relevante como a lo largo de la jurisprudencia relativa a los despidos de trabajadores enfermos, se estudian un elenco de derechos constitucionales: derecho a la igualdad (art. 14 CE), derecho a la integridad física (art. 15 CE), derecho al trabajo (art. 35 CE), libertad de empresa (art. 38 CE), derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Esta conjunción de derechos en conflicto hace que la resolución de las preguntas planteadas sea tan compleja.

1. EL PROBLEMA

En este marco del despido por enfermedad, que ya es complejo de por sí, hay una serie de casos que se sitúan en lo que podríamos denominar una “zona gris” dentro del ordenamiento. Este es el caso de lo que vamos a denominar de aquí en adelante “enfermedades crónicas”.

La Organización Mundial de la Salud⁷ define enfermedad crónica como “*enfermedades de larga duración y por lo general de progresión lenta*”; sin embargo, cuando a lo largo de esta exposición utilicemos esta expresión, será con énfasis en el adjetivo “crónico”, en el sentido de la habitualidad de la dolencia. Por tanto, nos alejamos del término estrictamente médico y englobamos bajo el nombre de “enfermedad crónica” dos supuestos: enfermedades que se manifiestan de forma continua durante largos periodos de tiempo y sin delimitación clara del tiempo necesario para su curación, y enfermedades en principio permanentes pero que se manifiestan e incapacitan al trabajador de forma

⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ STC núm. 118/2019, de 16 de octubre de 2019 (RTC\2019\118).

⁷ Organización Mundial de la Salud; “Enfermedades crónicas” (disponible en: https://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/)

discontinua y reiterada en el tiempo. La jurisprudencia española ha venido usando términos como enfermedades de larga duración, enfermedades permanentes, enfermedades crónicas o enfermedades intermitentes entre otros, para referirse a este tipo de enfermedades.

Hecha esta matización, ¿por qué decimos que las enfermedades crónicas se encuentran en una zona gris? Tradicionalmente, a efectos jurídicos, enfermedad ha hecho referencia a una alteración de la salud más o menos prolongada que acarrea una limitación temporal de la capacidad de trabajar; mientras que el concepto de discapacidad hacía referencia a una limitación permanente en esas capacidades, unido a un reconocimiento administrativo de la situación de discapacidad. Esta idea, ha permanecido casi de forma inalterable en nuestra jurisprudencia, llegando incluso hasta el año 2016⁸. Las enfermedades crónicas, según la definición que venimos usando, se caracterizan por su durabilidad; si bien es cierto que no son permanentes, como sí lo son en principio las discapacidades, es difícil estimar en el presente si una enfermedad va a curarse o dejar de manifestarse eventualmente (enfermedad crónica) o no (discapacidad), a lo que hay que sumar que no todo tipo de enfermedad permanente tiene el reconocimiento de discapacidad (una alergia a los frutos secos no da lugar a discapacidad, por ejemplo). Por ello ha venido siendo decisorio el criterio del reconocimiento administrativo de la discapacidad, pues de acuerdo con la normativa española, la discapacidad solo es tal cuando se ha reconocido previamente por la administración pública competente. En resumen, la mera enfermedad es de corta duración y no tiene reconocimiento administrativo, la enfermedad crónica es de larga duración y no tiene reconocimiento administrativo, la discapacidad es permanente y sí tiene reconocimiento administrativo. La legislación nacional en general sí hace referencia y trata de una forma diferente a la enfermedad y a la discapacidad, pues son conceptos claramente separados; pero al encontrarse las enfermedades crónicas a medio camino entre ambas calificaciones, resulta en ocasiones complicado decidir qué normativa es de aplicación. No tanto por el término asignado a la situación particular, que dependerá de su reconocimiento administrativo o

⁸ STS núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, Rec. 3348/2014: “Y así se rechaza esa equiparación firmando que *“la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. [...] La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”*”.

no, sino por el contenido de la norma: si una enfermedad dura 5 años, ¿es justo que se le aplique la normativa de la enfermedad, que está pensada para contingencias de corta duración, o debería ser de aplicación la normativa de la discapacidad? ¿Qué es lo más justo y coherente desde el punto de vista de justicia material? Las enfermedades crónicas no tienen reconocimiento como categoría independiente y distinta de la mera enfermedad y de la discapacidad, a pesar de que ya se ha planteado la necesidad de considerarlas aparte⁹ con una regulación específica, por lo que siguiendo la literalidad de la norma deberían ser de aplicación las disposiciones relativas a la enfermedad.

En el ámbito de los despidos, la normativa laboral no hace ninguna referencia específica a la enfermedad; sin embargo, sí se dice que un despido por discriminación es nulo, y la discapacidad puede dar lugar a una situación de discriminación, mientras que la enfermedad no. Esto último es una doctrina consolidada tanto del TS como del TC¹⁰. Al no haber una referencia específica a la enfermedad en el marco del despido, la forma más adecuada de extinguir la relación laboral cuando la situación se vuelve demasiado gravosa para el empresario, son los despidos objetivos que vienen recogidos en el art. 52 ET. Como mencionamos, estas causas no son imputables ni al empresario ni al trabajador dado que no son “culpa” de ninguna de estas partes; igualmente, tampoco es imputable a ninguna de las partes la enfermedad en sí, sino que se trata de una “*contingencia inherente a la condición humana*”¹¹. Ahora, no siendo imputable ni al trabajador ni a la empresa, sí que proyecta importantes consecuencias sobre ambos: el trabajador no puede trabajar, el empresario no puede producir. Ante esta situación, el empresario está interesado en extinguir la relación laboral – de ahí el despido – para poder sustituir al trabajador y recuperar la productividad de ese puesto de trabajo, mientras que el trabajador estará interesado en que se mantenga la relación laboral. En cualquier caso, ambas partes van a estar interesadas en conocer las expectativas de un posible litigio en relación con el despido y sus posibles calificaciones. Pero como vamos a ver a continuación, esto no es tan sencillo desde hace unos años, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado una nueva doctrina que difumina los límites entre la enfermedad y la

⁹ STC núm. 62/2008, de 26 de mayo de 2008, Rec. 3912/2005. En ella tanto el Ministerio Fiscal (Antecedente 8) como uno de los magistrados (Voto particular), insisten en la necesidad de reconocer al existencia de una categoría intermedia entre la discapacidad de la Directiva 2000/78/CE y la mera enfermedad. El Ministerio Fiscal la denomina “*disfuncionalidad periódica*”.

¹⁰ STS de 29 de enero de 2001 (EDJ 2001/1034) por todas, siendo esta la primera sentencia en sentar esta doctrina.

¹¹ STS de 11 de diciembre de 2007, Rec. 4355/2006

discapacidad, quedando la enfermedad crónica en mayor incertidumbre que antes. En esta situación, es más dificultoso elegir correctamente la normativa aplicable para así realizar un despido válido conforme a derecho; lo cual genera una gran inseguridad jurídica.

1.1 Diferencia entre discapacidad y enfermedad:

Ya hemos adelantado que inicialmente, y a pesar de las dificultades de situar las enfermedades crónicas dentro del ámbito de la enfermedad o la discapacidad, se diferenciaba cómodamente la discapacidad de la enfermedad en base al reconocimiento administrativo de la discapacidad.

Sin embargo, esta situación cambia drásticamente con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2013¹², en la que se revisa la definición de discapacidad a la luz de la ratificación por la Unión Europea de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante la Convención)¹³.

Antes de entrar en el giro conceptual, debemos analizar la situación de partida. Para ello es relevante la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante Directiva 2000/78/CE)¹⁴, que establece específicamente la prohibición de discriminación de discapacitados¹⁵. En base a esta Directiva, y dado que en la misma ni se da una definición de discapacitado ni se remite la misma a la normativa nacional, se plantea una cuestión prejudicial para aclarar el concepto de discapacidad. La respuesta del TJUE es que la discapacidad se trata de *“una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de la que se trate participe en la vida profesional”*¹⁶. Esta definición no es especialmente específica, y permite encuadrar dentro de ella la diferencia que se venía aplicando de acuerdo con la normativa española; más si cabe, si tenemos en cuenta que en esta sentencia se insiste en que enfermedad y discapacidad son dos conceptos distintos y no equiparables¹⁷. Por lo

¹² STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/2011

¹³ Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, completamente ratificada por la UE en 2011.

¹⁴ 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.

¹⁵ Art. 1 Directiva 2000/78/CE: *“la presente directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados Miembros se aplique el principio de igualdad de trato”*.

¹⁶ STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/2005, apartado 43.

¹⁷ STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/2005, apartado 44: *“Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término*

tanto, se sigue manteniendo el criterio del reconocimiento administrativo para calificar de discapacidad, y sigue siendo eficaz la doctrina del TS relativa la imposibilidad de discriminación por enfermedad.

Sin embargo, en la cuestión prejudicial de 2013¹⁸, se vuelve a analizar la Directiva 2000/78/CE, pero esta vez en conjunción con el articulado de la Convención. En particular, el apartado e) del preámbulo de dicha Convención reconoce que el concepto de discapacidad *“evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Además, el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención sí que ofrece una definición de discapacidad: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

A la vista de estas consideraciones, se da una nueva interpretación del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2013: *“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”*¹⁹. Esta definición es la vigente actualmente, y la que hace que el deslinde de la enfermedad y la discapacidad resulte tan difícil. Con este concepto pues, los requisitos para ser discapacitados son cuatro: tener una enfermedad (aunque no siempre los discapacitados son enfermos), que de esta enfermedad se deriven limitaciones, que estas limitaciones sean de larga duración e impidan la participación plena de la persona. Cada uno de estos requisitos, excepto la existencia de enfermedad en sí, son susceptibles de interpretación y por tanto generan incertidumbre. Recaerá en los tribunales calificar cada situación estudiando estos requisitos para definir si se trata de

que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.”

¹⁸ Vid. Nota 12.

¹⁹ Vid. Nota 12.

discapacidad o no; esto hace que la definición se vuelva totalmente casuística, al menos hasta que se vaya sentando doctrina del TS y del TC sobre supuestos que en principio sean o no discapacidad. Es también relevante, que esta calificación es independiente del reconocimiento administrativo de la discapacidad; esto queda claramente plasmado en la STJUE de 18 de enero de 2018²⁰, en la que se afirma que el reconocimiento nacional de discapacidad no implica necesariamente la discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE y que para calificar una situación como de discapacidad a efectos de dicha Directiva, hay que comprobar los requisitos de la definición que se da en la sentencia de 2013²¹. En otras palabras, el reconocimiento nacional de discapacidad ni implica ni excluye la calificación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78; para calificar de discapacidad hará falta en todo caso comprobar los requisitos que componen la nueva definición de discapacidad. Por último, también desaparece la tradicional diferencia temporal: no hace falta que una enfermedad genere limitaciones de carácter permanente para ser considerada discapacidad, sino que basta con que sean de larga duración.

2. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL PROBLEMA:

Ante este nuevo contexto, y retomando el problema de la definición de enfermedad crónica, vemos como la situación se ha vuelto aún más espinosa. Definíamos al inicio de este bloque enfermedad crónica como una enfermedad de larga duración, aunque no permanente. Esto supone que, de acuerdo con la nueva definición de discapacidad, las enfermedades crónicas cumplen desde el primer momento con tres de los requisitos: existe una enfermedad, genera limitaciones y es de larga duración. Por lo que solo se requiere justificar el impedimento derivado de la enfermedad para participar plenamente y en igualdad de condiciones en la vida profesional, lo cual es un concepto jurídico indeterminado y difícil de objetivar.

Entonces, ¿hasta qué punto una limitación va a considerarse obstáculo para la participación? Si un representante de una empresa está intentado conseguir nuevos clientes, y parte del plan consiste en acudir a las instalaciones del potencial cliente; si

²⁰ STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/2016: “32. *Ha de precisarse que el hecho de que se haya reconocido al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacidad a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78.* 33. *En este sentido, para determinar si, en el litigio principal, la situación en la que se encuentra el Sr. Ruiz Conejero está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva, tal y como se ha definido en el apartado 28 de la presente sentencia*”. El apartado 28 hace referencia a la mencionada STJUE de 11 de abril de 2013 (Vid. Nota 12).

²¹ Vid. Nota 12.

dicho representante es alérgico a los frutos secos y no puede acudir a las instalaciones de un potencial cliente productor de frutos secos, ¿eso implica que no está pudiendo participar activamente en la vida profesional? La alergia es una enfermedad que afecta al sistema inmunológico, las alergias son en general permanentes y suponen una limitación para la persona, y en el ejemplo dado efectivamente impide que desarrolle normalmente su trabajo. Ahora, este impedimento ¿es suficiente para calificar la situación como discapacidad? No hay un baremo ni una referencia que permita decantar la balanza hacia la enfermedad o la discapacidad. Al contrario, se deben estudiar las particularidades de la persona y las particularidades del puesto de trabajo. Puede servir de referencia que, en los casos de determinación del grado de incapacidad de un trabajador, el TS ha entendido que hay que tener en cuenta en relación con la capacidad para realizar las tareas del puesto de trabajo, la rentabilidad (productividad del trabajador), la continuidad (bajas medidas) y la profesionalidad y organización (dependencia)²². Luego no solo se atiende al cuadro médico que define qué capacidades se tienen, sino que hay que situar este cuadro médico en el contexto concreto del puesto que desarrolla la persona enferma.

En la misma línea, tampoco es sencillo determinar el momento a partir de la cual se entiende que una enfermedad es “de larga duración”. Es relevante analizar qué se considera larga duración en las bajas por IT, dado que la enfermedad entendida en sentido amplio de forma que incluya a los accidentes, es la causa de esa baja que a su vez da derecho a la pensión por IT; es decir, la pensión por IT es la consecuencia jurídica de la enfermedad, por ello podría ser interesante usar la misma referencia temporal para determinar cuándo una enfermedad es de larga duración. Dicho esto, se entiende que la incapacidad es de larga duración cuando se estima que el proceso de IT durará más de 61 días o más²³; en algunos estudios se considera que la IT es de larga duración cuando supera el doble del estándar de duración establecido para cada enfermedad²⁴; por su parte, la ley reconoce la pensión por IT durante un máximo de un año, con posibilidad de prórroga a otros 6 meses²⁵. Así pues, ni hay un criterio claro dentro de larga duración para

²² Benítez Sanabria, A.; “Argumentos incapacitantes y enfoque de los procesos de incapacidad permanente”; 13 de enero de 2020 (disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/argumentos-incapacitantes-y-enfoque-de-los-procesos-de-incapacidad-permanente#>)

²³ Seguridad Social – Incapacidad Temporal (disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28375>)

²⁴ Vaquero Abellán, M.; “Factores que influyen en la incapacidad temporal de larga duración. Propuesta de screening y de intervención.” Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2011 (disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5de6051c-cfc4-4e3e-9b27-9e01a4bb0c81/IT+larga+M+Vaquero+1_2011.pdf?MOD=AJPERES&CVID=).

²⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Artículo 169 referido a la Incapacidad Temporal.

la IT ni hay doctrina jurisprudencial consolidada a este respecto. Luego ni siquiera desde la IT podemos acercarnos a enmarcar qué es larga duración.

En conclusión, con la nueva definición de discapacidad, enfermedades crónicas que han venido considerándose mera enfermedad como pueden ser las migrañas o las lumbalgias leves, podrían ser consideradas discapacidades, lo que a su vez implica que la normativa aplicable es distinta. En particular, en el ámbito del derecho laboral y de los despidos, esto supone la consideración del articulado de la Directiva 2000/78/CE así como de la Convención. Mientras que en el caso de la enfermedad esta normativa no es, en general, relevante de cara al despido.

Esta incertidumbre sobre la normativa aplicable, como ya mencionábamos, se agudiza al corresponder a los tribunales nacionales calificar de acuerdo con la nueva definición de discapacidad. Esto supone dos niveles de diversidad de calificaciones. Por un lado, puede haber diferencias entre los distintos países miembros de la Unión Europea pues, aunque todos apliquen la misma definición jurisprudencial del TJUE, los principios jurídicos de cada país pueden hacer que sea más o menos relevante un determinado indicio a la hora de calificar una situación como discapacidad. El segundo nivel de diversidad es interno, pues incluso dentro del mismo país, los distintos tribunales pueden llegar a conclusiones opuestas antes los mismos hechos; si bien esto se puede unificar en España a través de la doctrina del TS y del TC, estos procedimientos duran años, lo que impide que actualmente se puedan identificar hechos o indicios que necesariamente impliquen o excluyan la calificación de discapacidad. Sí se pueden ver tendencias territoriales como, por ejemplo, que el TSJ de Cataluña tiene mayor tendencia a reconocer la procedencia o improcedencia en su caso del despido, y no la nulidad al entender que no hay discapacidad²⁶; pero cuando se recurren sentencias de TSJ en casación para la unificación de doctrina, el TS aún no tiene suficientes resoluciones como para presentar una línea detallada y clara de criterios para determinar la calificación.

2.1 Doctrina de la STS de 29 de enero de 2001²⁷:

²⁶ Destacan las siguientes dentro de las más recientes: SSTSJ Cataluña 1578/2017, de 3 de marzo de 2017, Rec. 7436/2016 (sentencia confirmada por el TS); 3767/2017, de 12 de junio de 2017, Rec. 2310/2017 (sentencia confirmada por el TS); 4227/2018, de 12 de julio de 2018, Rec. 3032/2018; 4537/2018, de 6 de septiembre de 2018, Rec. 3149/2019; 3472/2019, de 2 de julio de 2019, Rec. 1953/2019; 274/2020, de 17 de enero de 2020, Rec. 5532/2019.

²⁷ Vid. Nota 10.

La STS de 29 de enero de 2001 sentó una doctrina que sigue vigente hoy y se sitúa en el centro del problema que venimos planteando respecto de las enfermedades crónicas.

La doctrina, de forma simplificada, es la siguiente. El art. 4.2.c) ET establece el derecho de los trabajadores a la no discriminación; siguiendo esa línea, el art. 55.5 ET establece la nulidad de los despidos por discriminación. La enfermedad en sí no es un factor de discriminación, por lo que, si bien la enfermedad no es causa lícita para el despido, la calificación no puede ser de nulidad sino de improcedencia.

Siguiendo esta línea, se ha intentado la nulidad de los despidos por enfermedad argumentando que la enfermedad es un factor discriminatorio; algo que ha sido negado en repetidas ocasiones por el TS²⁸ al faltar el elemento de segregación de un grupo de personas definido. Al no reconocerse la enfermedad como causa de discriminación, no es posible calificar el despido como nulo desde esta perspectiva.

Sin embargo, dado que la Directiva 2000/78/CE reconoce como una de las causas de discriminación la discapacidad, desde las cuestiones prejudiciales ya explicadas²⁹ sobre su interpretación, hay un giro en el que se deja de intentar justificar la existencia de discriminación y se pasa a intentar justificar la discapacidad. Así, al reconocerse la discapacidad como una de las causas de discriminación, una vez justificada la discapacidad solo se requiere un indicio de discriminación para que recaiga sobre la empresa justificar la inexistencia de esta (se invierte la carga de la prueba de acuerdo con el art. 96 LJS³⁰). Esta línea ha monopolizado los litigios cuya pretensión es la declaración de nulidad del despido por enfermedad, usando la ya comentada nueva y amplia definición de discapacidad que da el TJUE en 2013³¹. Ahora, esta nueva vía argumentativa no deja sin efecto la doctrina de la STS de 29 de enero de 2001, ya que, si no se califica la situación de enfermedad como discapacidad, y por tanto decae la

²⁸ Por todas, STS de 12 de julio de 2004, Rec. 4646/2002: “*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 en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española*”.

²⁹ Vid. Nota 16.

³⁰ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. El art. 96.1 establece: “*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de [...] discapacidad [...], corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

³¹ Vid. Nota 12.

posibilidad de discriminación, el despido no será nulo sino improcedente o procedente en su caso.

2.2 Relevancia de la calificación de discapacidad: ajustes razonables.

Como vamos a ver en el capítulo siguiente, las consecuencias jurídicas de la nulidad y de la improcedencia son completamente diferentes. A modo de resumen, adelantamos que la nulidad (arts. 53.4 ET para el despido objetivo y 55.6 ET para el despido disciplinario) implica la readmisión del trabajador, es decir la restauración de la relación laboral como si nunca hubiera existido su extinción; mientras que la improcedencia (art. 56 ET) deja en manos del empresario la decisión entre la readmisión del trabajador restaurando la relación laboral, o la extinción definitiva de la relación laboral, pero con pago de una indemnización de 33 días por año trabajado.

En otras palabras, si los tribunales califican la situación del trabajador como de discapacidad, dado que esta puede dar lugar a la discriminación y esto implica la nulidad, el empresario puede verse obligado a mantener la relación laboral. Mientras que, si no se califica como discapacidad, sino como mera enfermedad, no cabrá la posibilidad de declarar la existencia de discriminación – al menos en lo referente a la enfermedad, sigue quedando abierta la posibilidad a otros tipos de discriminación como puede ser por razón de sexo³² o por ciertas enfermedades estigmatizantes como el VIH – lo que a su vez implica que quedará en manos del empresario mantener o no la relación laboral. Y como ya se ha mencionado, el interés del empresario estará en la extinción de la relación laboral, para así poder sustituir al trabajador enfermo.

Pero la verdadera repercusión para el empresario no es tanto el no poder despedir a un trabajador o el tener que despedirlo con una mayor indemnización, sino la obligación que tiene para con el trabajador. Hablamos de la obligación de realizar ajustes razonables. Para enmarcar el concepto de ajustes razonables debemos acudir a dos cuerpos normativos.

Por un lado, la Convención, que en su art. 2 define ajustes razonables como: *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para*

³² Es doctrina del TC que el despido de una mujer embarazada se considera automáticamente, ex art. 55.5.b) ET, despido discriminatorio y por tanto nulo. SSTC núm. 92/2008, de 21 de julio de 2008 (RTC\2008\92); núm. 124/2009, de 18 de mayo de 2009 (RTC\2009\124).

garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y lebradas fundamentales”.

Por otro lado, la Directiva 2000/78/CE. Esta Directiva recoge en su art. 5 la obligación del empresario de realizar ajustes razonables, ajustes que se materialización en la toma de medidas adecuadas a las necesidades del trabajador concreto, de forma que se logra la participación en el empleo en condiciones de igualdad de las personas discapacitadas. Igual que en la definición de la Convención, la Directiva 2000/78/CE limita las medidas cuando sean excesivamente onerosas para el empresario; sin embargo *“la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del estado miembro sobre discapacidades”*. El art.5 debe ser completado con los considerandos 16, 17, 20 y 21³³ de la Directiva 2000/78/CE. De ellos extraemos que las medidas de ajuste son esenciales para combatir la discriminación, y que estas deben adaptarse a las circunstancias y necesidades particulares de cada persona discapacitada. Ahora, esta protección especial al discapacitado no obliga a que se le mantenga dentro de una empresa si la persona no es competente o no está capacitada. Además, para saber cuando una medida es especialmente gravosa se deben tener en cuenta las circunstancias particulares de la empresa.

El TJUE ha dicho que este tipo de medidas *“pueden ser de orden físico, organizativo o educativo”*³⁴. Pero en todo caso, se trata de una obligación del empresario para con el trabajador discapacitado, no de una facultad. La derivada práctica de esta obligación es que, en los casos de despido de un trabajador discapacitado, si no se han hecho los ajustes razonables previamente, se va a declarar la nulidad de este. Por tanto, si la empresa quiere justificar la falta de capacidad del trabajador para desarrollar su puesto y consecuentemente la necesidad de despedirlo por el excesivo coste que supone, tendrá que justificar la falta de capacidad *“incluso con adaptaciones”*. Se convierte en un

³³ (16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad. (17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad. (20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. (21) Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

³⁴ Vid. Nota 12.

requisito *sine qua non* para poder siquiera plantearse justificar la falta de capacidad del trabajador. Esta doctrina está completamente consolidada a todos los niveles jurisdiccionales, si bien puede haber diferencias en la apreciación de la suficiencia de la adaptación o en el punto a partir del cual se vuelve demasiado gravosa para la empresa.

Por lo tanto, si se reconoce la condición de discapacitado a efectos de la Directiva 2000/78/CE, esto implica la posibilidad de considerar que ha habido discriminación; de hecho, la no realización de ajustes razonables se considera en sí una discriminación³⁵. Estos ajustes supondrán un mayor coste para la empresa: si son efectivos, las adaptaciones pueden haber sido costosas; y si no son efectivos, no solo se han gastado esos recursos, sino que además habrá que pagar una indemnización cuando se efectúe el despido.

3. CASOS GENÉRICOS DE ESTUDIO:

Ya adelantamos que, dentro de la definición de enfermedad crónica de esta exposición, incluimos dos situaciones. Pues bien, antes de continuar, queremos detenernos en cada uno de estos supuestos y analizar las repercusiones para la empresa y para el trabajador, así como los intereses en juego de cada parte.

3.1 Enfermedad de larga duración que agota la IT

El primero de los supuestos es aquel en el que el trabajador sufre una enfermedad o un accidente que dan lugar a una baja y a la situación de IT, situación que deja en suspenso el contrato de trabajo. También adelantamos que esta pensión tiene el objeto de proteger al trabajador, aportándole una renta, a la vez que se libera al empresario de la carga de pagar el salario de un trabajador no productivo.

La pensión por IT tiene una limitación temporal de 1 año, con posibilidad de prórroga durante otros 6 meses si se prevé la recuperación del trabajador en ese periodo. Y aunque el contrato queda en suspenso, siguen existiendo obligaciones y derechos para el trabajador y para el empresario³⁶. El trabajador debe acudir a todas las revisiones marcadas por los servicios de salud y seguir el tratamiento prescrito, pero además debe

³⁵ Artículo 2 de la Convención, definición de discriminación por motivos de discapacidad “*incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”.

³⁶ Estos derechos y obligaciones están más detallados en el Real Decreto 525/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

presentar al empresario en los plazos adecuados los partes correspondientes de acuerdo con la Ley de Seguridad Social³⁷. También es obligación del trabajador no transgredir la buena fe contractual, lo cual abarca desde la no realización de actividades incompatibles con su enfermedad hasta acuerdos particulares como de confidencialidad o de no competencia. Por su parte, la empresa está obligada a reservar el puesto de trabajo, a continuar cotizando por el trabajador en la Seguridad Social, a realizar las retenciones del IRPF sobre la pensión en este caso y a pagar la pensión por IT en los días correspondientes de acuerdo con la LGSS.

En cuanto a las repercusiones económicas, el trabajador sufre una disminución de la renta habitual, pues la pensión por IT es un porcentaje de la Base reguladora (BR), que se calculará sobre el salario. En concreto, en caso de enfermedad común y accidente no laboral será inicialmente un 60% BR (días 4-20 de la baja) y luego del 75% BR (días 21 y siguientes de la baja), mientras que en el caso de accidente laboral y enfermedad profesional será desde de un 75% BR desde el principio³⁸. El empresario a su vez, puede cubrir el puesto temporalmente contratando a un nuevo trabajador, lo que supone que deberá pagar un salario – el del trabajador temporal – y cotizar en la SS por dos trabajadores, lo que supone un aumento de gasto. Además, indirectamente, hay otros gastos como el tiempo que debe invertir en que el nuevo trabajador se adapta al puesto o la eventual formación en determinadas herramientas necesarias para desarrollar el trabajo. A lo anterior se suma que todo nuevo trabajador es menos productivo que un trabajador experimentado, dado que se requiere un periodo de adaptación para hacer de forma eficiente la tarea asignada.

Este caso es relevante a efectos del presente trabajo cuando la enfermedad agota el periodo de IT sin que el trabajador se haya recuperado. La situación ideal es que se de el alta al trabajador y este se reincorpore a su puesto, continuando el normal desarrollo de sus funciones. Otra opción es que se declare (o al menos si inicie el proceso para la declaración) la incapacidad permanente del trabajador, en cuyo caso hay dos posibilidades: que sea parcial, y que por tanto se pueda mantener la relación laboral para parte de las funciones de su puesto de trabajo; o que sea total o absoluta, en cuyo caso se extingue la relación laboral (art. 49.1.e) ET). Pero hay un tercer supuesto que consiste en

³⁷ Vid. Nota 25.

³⁸ Seguridad Social – Incapacidad Temporal: Cuantía (disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28365>)

el agotamiento del periodo de IT sin que se haya producido la recuperación del trabajador y sin que se le reconozca la incapacidad. En esta situación el trabajador se encuentra ante el dilema de reincorporarse a su puesto de trabajo, lo que puede poner en peligro tanto su salud y seguridad como la de sus compañeros, para así poder percibir algún tipo de renta; o continuar sin trabajar, ya sin protección económica de la SS, hasta que se recupere, lo cual puede o no estar delimitado temporalmente y por tanto suponer una gran incertidumbre. Es un caso en el que se fuerza a permanecer en el mercado laboral a un trabajador que no puede trabajar, lo que en ocasiones puede llevar al trabajador a ocultar a su empleador la verdadera extensión de su incapacidad³⁹.

En esta situación, el empresario tiene interés en extinguir la relación laboral, pues el trabajador ya no puede desarrollar las funciones para las que fue contratado y además ha tenido que soportar una serie de costes indirectos durante el tiempo de suspensión por IT. Para ello, se buscará justificar el despido objetivos; sin embargo, dada la nueva definición de discapacidad, estos casos son grandes candidatos para calificarse como discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. El trabajador sigue enfermo, esta enfermedad da lugar a limitaciones, limitaciones que impiden de forma completa la vida profesional del trabajador (directamente no puede trabajar). Esto supone que solo es necesario valorar la duración de la enfermedad para calificarla como discapacidad. A estos efectos es relevante el Caso Daoudi del TJUE, en el que se establece que la incertidumbre respecto a la duración de una enfermedad no la convierte en duradera de por sí⁴⁰.

Si efectivamente se reconoce la situación de discapacidad, el trabajador solo deberá aportar un indicio de discriminación para que recaiga en al empresa probar la inexistencia de esta; y si se confirma la discriminación, el despido será nulo. Pero ¿qué hace el empresario en caso de que deba reanudar la relación laboral? La normativa laboral tiene una laguna a este respecto, pues si el trabajador no tiene capacidad para trabajar, difícilmente puede reincorporarse; y si ha agotado la IT, pero no se le ha reconocido una incapacidad permanente ni se le reconoce discapacidad de acuerdo con la normativa nacional⁴¹, tampoco tiene ningún ingreso.

³⁹ Vid. Nota 9. Un trabajador oculta a su empleador su enfermedad para así ser contratado.

⁴⁰ STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/2015. Apartado 59: “*el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de “duradera”, con arreglo a la definición de “discapacidad” mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.*”

⁴¹ Es importante diferenciar entre la discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, que afecta al empleo y la ocupación; y la discapacidad a efectos de la normativa nacional, que exige un reconocimiento administrativo para poder desplegar efectos jurídicos en el resto de ámbitos.

3.2 Enfermedad con manifestaciones incapacitantes intermitentes:

El segundo de los supuestos es aquel en el que se sufre una enfermedad permanente o de larga duración, pero cuyas manifestaciones son intermitentes; por lo tanto, esa enfermedad no incapacita para el trabajo de forma continua, sino de forma intermitente. En este caso, el trabajador va a poder desarrollar su trabajo de forma normal, pero tendrá episodios en los que la enfermedad le impida trabajar, para lo cual será necesario solicitar una baja y consecuentemente se tendrá IT.

Este supuesto se entiende claramente con el ejemplo de las migrañas, que son causadas por una inflamación nerviosa o de los vasos sanguíneos de la cabeza, que provoca dolor que puede variar entre leve y severo, y que además puede tener otros síntomas como náuseas⁴². Los episodios de migraña pueden durar desde unas horas hasta 2-3 días, periodos en los que pueden llegar a incapacitar al trabajador dependiendo de su intensidad. La migraña es una enfermedad que suele durar toda la vida, sin embargo, cada persona puede tener episodios más o menos severos y con más o menos frecuencia. Así, un trabajador que solo tenga episodios leves que se puedan controlar con medicación, y poco frecuentes, apenas verá perturbadas sus capacidades y su trabajo con ellas. Mientras que un trabajador con frecuentes episodios severos incapacitantes requerirá bajas frecuentes de corta duración. Este último caso puede suponer una gran perturbación en la actividad de la empresa, dado que la frecuencia implica una cierta constancia de la perturbación que impedirá el desarrollo normal de las tareas del puesto, y como consecuencia una bajada de la productividad. Además, la corta duración puede hacer imposible la sustitución, de forma que la única forma de organización posible sea el reparto de las tareas del trabajador entre sus compañeros; lo que a su vez supone una carga extra de estos trabajadores que puede repercutir en su salud y en su rendimiento a medio-largo plazo.

En este caso aplica lo explicado sobre los derechos y obligaciones de las partes durante la suspensión del contrato. Pero en este caso, al no agotarse la IT, no se desprotege al trabajador desde este punto de vista. Sí que se perjudica sin embargo a la empresa, que incurre en costes indirectos igual que en el caso anterior. A lo expuesto se suma que, si se opta por absorber la carga de trabajo por los demás compañeros, estos estarán más

⁴² Organización Mundial de la Salud: Cefaleas (disponibles en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/headache-disorders>)

expuestos a sufrir periodos de IT, pues están haciendo más de lo que correspondería según el puesto de trabajo, lo que a su vez daría lugar a más costes indirectos.

De nuevo, en esta situación el empresario tiene interés en extinguir la relación laboral, dado que se perturba el normal funcionamiento de la empresa, se generan costes adicionales y se puede estar poniendo en peligro la salud de los compañeros del trabajador enfermo. Aquí también se buscará la extinción por causas objetivas, pero de nuevo nos encontramos ante una situación de enfermedad candidata a ser considerada discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Retomando el ejemplo de la migraña, es sin duda una enfermedad, de ella se derivan limitaciones y la enfermedad es permanente. Si bien es cierto que las limitaciones se manifiestan de forma discontinua, la enfermedad en sí es duradera, lo que implica que al menos de forma potencial, las limitaciones son a su vez duraderas. Por último, habrá que valorar si estas limitaciones impiden participar en la vida profesional, pues a diferencia del caso anterior, el trabajador sí que tiene periodos en los que está capacitado para trabajar.

Si finalmente se confirma la condición de discapacidad, además, para poder llevar a cabo el despido, habrá que hacer ajustes razonables del puesto. En el mejor de los casos, estos ajustes ayudarán a minimizar las manifestaciones de la enfermedad – si por ejemplo se tiene una lumbalgia leve, una silla ergonómica puede evitar recaídas -; pero en el peor de los casos no se conseguirá el objetivo perseguido, de forma que la empresa seguirá interesada en terminar la relación laboral, pero después de haber realizado más gastos.

Igual que en el caso anterior, si se reconoce la situación de discapacidad, el trabajador solo deberá aportar un indicio de discriminación para que sea el empresario el que deba justificar la decisión extintiva; si se confirma la discriminación, el despido será nulo. En este caso, sin embargo, el empresario tiene más sencillo lidiar con esta nulidad, pues el trabajador sí que puede, al menos parcialmente, desarrollar su trabajo. Luego se deberá recuperar la relación laboral y el trabajador se reincorporará. Y si la nulidad es derivada de la falta de medidas de ajuste razonable, es posible que realizando los ajustes correspondiente y siguiendo la evolución de productividad y rendimiento del trabajador, se pueda plantear un nuevo despido pasado un tiempo que realmente permita medir las capacidades una vez tomadas las medidas.

3.3 Conclusiones:

Estos dos supuesto que incluimos dentro de nuestra definición de enfermedad crónica, aun siendo diferentes, tienen un punto en común: ambos se encuentran por definición más cerca del concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE que otras enfermedades. Y dado que la calificación de discapacidad a estos efectos corresponde a los tribunales, se genera una gran incertidumbre en cuanto a la validez del despido que se haya realizado.

CAPITULO II. EL DESPIDO Y SU JURISPRUDENCIA

1. EL DESPIDO

Ya hemos mencionado que la vía por la que las empresas van a intentar poner fin a la relación laboral es el despido objetivo. La razón de esta preferencia es doble: jurídicamente, el despido objetivo del art. 52 ET es el más adecuado cuando la causa de extinción del contrato no es imputable a ninguna de las partes, pues la enfermedad no es imputable ni al trabajador ni al empresario⁴³; económicamente, es la vía más barata de las disponibles, que son las causas objetivas o la improcedencia. Dicho esto, en ocasiones se ha buscado justificar un incumplimiento grave por parte del trabajador, de forma que se pueda realizar un despido disciplinario que no conlleva el pago de indemnización por parte de la empresa, y que por tanto es el despido verdaderamente más barato; sin embargo, esta alegación no suele prosperar dado que se suele vincular el incumplimiento con la enfermedad que sea⁴⁴.

El ET recoge tres posibles calificaciones de despido: procedente, que en general implica la existencia de la causa alegada en la carta de despido; improcedente, que supone la falta de causa lícita para la extinción de la relación laboral; nulo cuando se da uno de los supuesto de los arts. 53.4 o 55.5 ET que en general hacen referencia a situaciones de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales. La calificación de procedencia tendrá una indemnización u otra dependiendo de la causa alegada, pero en el

⁴³ En este sentido es interesante mencionar que la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-354/2013; establece que, a efectos de la calificación como discapacidad de la Directiva 2000/78/CE “*el concepto de discapacidad no depende de en qué medida la persona haya podido contribuir a su propia discapacidad*”. El caso de esa sentencia es un trabajador con obesidad que no ha intentado/contribuido en reducir su peso. Por la cercanía entre el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE y el de enfermedad crónica que venimos manejando, parece adecuado utilizar esta idea analógicamente para no considerar “culpable” la contribución del trabajador en la acusación de su propia enfermedad crónica.

⁴⁴ STS, Sala 4ª de lo Social, de 10 de diciembre de 1991, en la que un trabajador agrede a otro derivado de un episodio de inestabilidad depresiva y crisis de ansiedad; STC núm. 62/2008, de 26 de mayo de 2008, Rec. 3912/2005, en la que el trabajador oculta información relativa a su estado de salud para así poder ser contratado, pues es la única fuente de ingresos que tiene y teme no poder mantener a sus 7 hijos.

caso de causas objetivas, será de 20 días por año trabajado; por su parte, la improcedencia implicará, a elección del empresario, la readmisión del trabajador y la restauración de la relación laboral o la indemnización de 33 días por año trabajado; finalmente, la nulidad implicará la readmisión del trabajador y la restauración de la relación laboral. A continuación, vamos a analizar cada una de las opciones por separado.

1.1 Despido objetivo:

El art. 52 ET establece 5 causas para el despido objetivo: ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación del trabajador a las modificaciones de su puesto, causas económicas, faltas de asistencia justificadas, falta de dotación económica de entidades sin ánimo de lucro. De las anteriores, no vamos a estudiar ni las causas económicas ni la falta de dotación económica de entidades sin ánimo de lucro, dado que ninguna de estas se puede relacionar con las capacidades particulares del trabajador, que es lo que se pretende cuando la empresa se encuentra ante un trabajador con una enfermedad crónica.

1.1.1 Faltas de asistencias justificadas

El art. 52.d) ET establece: “*El contrato podrá extinguirse: [...] d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*”. Esta causa ha estado incluida en el Estatuto de los trabajadores desde su primera redacción en 1980, fecha en la que se incluía la necesidad de demostrar un 5% de absentismo en la empresa; sin embargo, con la reforma laboral de 2012 se eliminó este requisito, exigiendo únicamente el absentismo del trabajador en particular. Actualmente, este apartado ha sido derogado⁴⁵, por lo que no vamos a detenernos en cómo debe el empresario justificar la existencia de esta causa; sin embargo, sí que vamos a estudiar parte de su jurisprudencia por ser la más numerosa dentro de las causas objetivas y consecuentemente la más depurada, lo que nos va a permitir extraer conclusiones jurisprudenciales proyectables sobre las demás causas de despido objetivo.

⁴⁵ Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

Este apartado ha sido ampliamente utilizado para despedir a todo tipo de trabajadores, tanto con enfermedades crónicas como sin ellas, pues presenta una justificación aparentemente sencilla consistente en el cómputo objetivo del número de faltas, aun justificadas, que el trabajador ha tenido en un periodo de tiempo determinado; de hecho, es la causa más utilizada dentro de los despidos objetivos en general, y la segunda más usada cuando el trabajador a despedir es por enfermedad. El propio artículo recoge una serie de supuestos de faltas que se deben excluir del cómputo, entre ellas destacan a efectos de este trabajo las faltas por “*accidente de trabajo, [...] enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, [...]. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*”. De lo anterior, *a sensu contrario* se deduce que sí que computarán las ausencias derivadas de enfermedad o accidente no laboral, cuando este de lugar a baja de menos de 20 días y siempre que no corresponda con tratamiento de cáncer ni con una enfermedad considerada grave. Si retomamos el caso de la migrañas, podemos ver como estas encajarían en este cómputo. Mientras que no entrarían las bajas de larga duración que agoten la IT, pues superarían los 20 días.

A pesar de la aparente objetividad de la causa, ha sido un apartado tremendamente litigioso en relación con las bajas por enfermedad, llegando al TJUE en 2018⁴⁶ con una cuestión prejudicial y al TC en 2019⁴⁷ con una cuestión de inconstitucionalidad.

La resolución del TJUE aclara que, en principio, el artículo no implica discriminación; sin embargo, si se califica la situación del trabajador como de discapacidad, podría existir discriminación indirecta por la mayor exposición de los trabajadores discapacitados a la enfermedad y en consecuencia a las ausencias por enfermedad. En estos casos corresponde a los tribunales nacionales calificar si la medida tomada respecto del trabajador discapacitado a efectos de la Directiva 2000/78/CE es proporcional al objetivo perseguido (lucha contra el absentismo); para ello será un indicio relevante el estudio de las medidas de ajuste realizadas. Por otro lado, se dice que no es posible equiparar la mera enfermedad con la enfermedad derivada de la discapacidad, discapacidad que como ya

⁴⁶ Vid. Nota 20.

⁴⁷ Vid. Nota 6.

explicamos, también corresponderá calificar al tribunal nacional (esto ya lo adelantaba la STJUE de 11 de abril de 2013⁴⁸).

La resolución del TC va analizando los distintos derechos constitucionales con los que se plantea la posible contradicción⁴⁹, para resolver que no se está vulnerando ninguno de ellos. En particular, es relevante lo que dice el TC en relación con 3 derechos:

- Derecho a la integridad: este derecho es distinto y autónomo del derecho a la protección de la salud. Si bien se incluye dentro de este derecho fundamental el riesgo o daño para la salud, no se incluyen todos los supuesto de riesgo o daño, sino solo aquellos que generen un peligro grave y cierto para la salud.
- Derecho a la protección de la salud: no se trata de un derecho fundamental, sino de un mandato para el legislador para proveer servicios de salud. No se entenderá vulnerado si no se impide el acceso del trabajador a los servicios sanitarios.
- Derecho al trabajo: se sigue protegiendo frente al despido sin causa justa. Este derecho no es absoluto, sino que cabe limitación parcial en atención a la necesidad de preservar otros derechos constitucionales⁵⁰; en este caso la limitación parcial se debe a la protección del derecho a la libertad de empresa.

Lo puntos destacados dentro de estas dos sentencias son relevantes no solo respecto de este apartado del art. 52 ET, sino que pueden tener repercusión en los despidos de trabajadores enfermos tanto para justificar las otras dos causas de despido objetivo como para que la empresa se defienda frente a una posible nulidad del despido.

En el mismo sentido, también es interesante la STS de 25 de noviembre de 2014, en la que se dice que cuando las ausencias computadas corresponden a enfermedad no vinculada a la enfermedad que da lugar a la discapacidad, no hay discriminación⁵¹; esto podría ser interpretado en el ámbito del despido por ineptitud sobrevenida, por ejemplo,

⁴⁸ Vid. Nota 12. Apartado 75: “*incluir a los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad*”; algo que ya se excluye desde la STJUE de 11 de julio de 2006 (Vid. Nota 16).

⁴⁹ Vid. Nota 48. La justificación de la cuestión planteada que da el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 26: “*Lo que se plantea es la posible contradicción del precepto legal cuestionado con los derechos a al integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE) [...]. Asimismo, considera que el interés de combatir el absentismo laboral al que obedece el art. 52 d) LET, aunque tiene un fundamento constitucional -el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y, mediatamente, el derecho de la propiedad privada (art. 33 CE)-, puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios*”.

⁵⁰ SSTC núm. 192/2003, de 27 de octubre de 2003, Rec. 4492/2001; núm. 119/2014, de 16 de julio de 2014.

⁵¹ STS de 25 de noviembre de 2014, Rec. 2344/2013.

en el sentido de que si la ineptitud está vinculada a una enfermedad distinta de la que motiva su discapacidad, no quepa alegar existencia de discriminación en el despido. Pero esto es nuestra interpretación, no hay jurisprudencia que confirme esta interpretación.

1.1.2 Ineptitud sobrevenida del trabajador

El art. 52.a) ET establece: “*El contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento*”. La literalidad anterior se lleva manteniendo desde 1980, con el primer Estatuto de los Trabajadores posterior al franquismo.

Esta causa, que ya es la más usada para justificar el despido de un trabajador enfermo, probablemente pase a ser la más utilizada en general dada la derogación del art. 52.d) ET. La razón de que sea la más utilizada en el despido por enfermedad es que, aunque el apartado no haga referencia específica a la enfermedad, ya indicábamos al definir el concepto de enfermedad que esta puede derivar en una pérdida de capacidades más o menos larga y más o menos continua, dependiendo del tipo de enfermedad. En el caso de las enfermedades crónicas, la pérdida de capacidad será muy larga, o corta pero reiterada; pero en cualquier caso podría ser calificada como ineptitud sobrevenida por la pérdida de capacidades.

Para que se admita la ineptitud sobrevenida del trabajador, esta debe ser duradera, no contingente, de ahí que no sea posible aplicarlo cuando se da un único proceso de IT de corta duración⁵², pero sí en los casos de enfermedad crónica. La empresa deberá realizar dos bloques de justificaciones para que se estime la procedencia de la causa. Por un lado, se deben justificar las capacidades necesarias para desarrollar el puesto concreto, se debe demostrar que el trabajador en cuestión contaba con dichas capacidades en el momento de contratación y que en el momento de despido ya no contaba con ellas. Respecto de esto último, basta con que la empresa utilice como justificación el informe derivado de reconocimiento médico que declare no apto al trabajador; pues conocer más detalles de la falta de concreta, podría entrar en colisión con el derecho a la intimidad del trabajador⁵³.

⁵² Aradas, A.; “Despido objetivo por ineptitud sobrevenida o falta de adaptación”, *Cuestiones laborales*, 17 de septiembre de 2019 (disponible en: <https://www.cuestioneslaborales.es/despido-objetivo-ineptitud-falta-adaptacio/>)

⁵³ STS de 22 de julio de 2005, Rec. 1333/2004.

Por otro lado, se debe justificar la toma de medidas de ajuste razonable que no constituyan una carga excesiva para el empresario⁵⁴. Solo si se puede justificar lo anterior, el despido por ineptitud sobrevenida será procedente.

Aun cumpliendo y justificando estos extremos, dada la doctrina del TJUE sobre el concepto de discapacidad, siempre va a poder alegarse por el trabajador que su situación es de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, lo que abriría la puerta al estudio de una posible discriminación y consiguiente nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, si se aportan las justificaciones enunciadas, se acercará la calificación más a la improcedencia que a la nulidad⁵⁵.

1.1.3 Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones de su puesto

El art. 52.b) ET establece: *“El contrato podrá extinguirse: [...] b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.* Este artículo se mantuvo inalterado de 1980 a 2015 (redacción actual), momento en el que se cambió la posibilidad de suspender el contrato para que el trabajador reciba formación a la obligación que hay actualmente de proveer al trabajador con formación para facilitar la adaptación. La falta de adaptación debe ser involuntaria para que aplica la causa objetiva, pues si es voluntaria el empresario podrá recurrir al despido disciplinario y sin indemnización.

Esta causa supone, no una pérdida de las capacidades para desarrollar el puesto de trabajo, sino una incapacidad para conseguir nuevas capacidades necesarias para mantener el puesto actualizado⁵⁶. Por ello, aun pudiendo ser alegada dado que es posible que un

⁵⁴ STS núm. 194/2018, de 22 de febrero de 2018, Rec. 160/2016.

⁵⁵ Sánchez, I.; “El supremo aclara los requisitos para que un despido por ineptitud sobrevenida no sea declarado nulo”, *Garrigues – Blog laboral*, 21 de junio de 2018 (disponible en: <https://bloglaboral.garrigues.com/el-supremo-aclara-los-requisitos-para-que-un-despido-por-ineptitud-sobrevenida-no-sea-declarado-nulo>)

⁵⁶ “Extinción del contrato por causas objetivas ante falta de adaptación a modificaciones técnicas en puesto de trabajo”, *Iberley*, 2 de marzo de 2016 (disponible en: <https://www.iberley.es/temas/extincion-contrato-causas-objetivas-falta-adaptacion-modificaciones-tecnicas-puesto-trabajo-12351>)

trabajador sea incapaz de adaptarse a las modificaciones como consecuencia de una enfermedad, la realidad es que este artículo está pensado para la incapacidad del trabajador sano para aprender una nueva habilidad concreta. Por lo anterior y por la falta de sentencias que apliquen este precepto en relación con la enfermedad, no vamos a detenernos más en este punto.

1.1.4 Conclusiones

Dentro de las causas objetivas pues, no hay ninguna específica para la extinción del contrato de un trabajador enfermo cuando esta situación sea especialmente onerosa para el empresario; y menos desde la derogación del art. 52.d) ET, que permitía contabilizar entre las ausencias, las relativas a enfermedad no grave y de duración inferior a 20 días. Así las cosas, la justificación de un despido por causa objetiva implica un mayor esfuerzo de prueba por parte del empresario, que en caso de declararse procedente se verá recompensado con una menor carga económica, pues podrá extinguir la relación laboral (cesan los costes indirectos) y la indemnización será menor que en la improcedencia. Pero en todo caso hay que tener en cuenta la posibilidad de calificar la enfermedad como discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, lo que a su vez abre la posibilidad de calificar la decisión de despido como discriminatoria y la obligación del empresario de realizar ajustes razonables antes de poder plantearse el despido.

1.2 Despido improcedente:

El despido improcedente es aquel que no tiene causa lícita, y en el caso de la improcedencia del despido objetivo, el art. 53.4 en su penúltimo párrafo la define en negativo: *“La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente”*. Luego si no se demuestra suficientemente la causa del despido o si no se siguen las exigencias formales para realizar el despido objetivo, este se declarará improcedente.

Como ya adelantamos, es doctrina del TS⁵⁷ que, en el caso de las enfermedades, si no se justifica la procedencia de la causa objetiva, procederá calificar el despido como improcedente; mientras que, si previamente se ha calificado la situación como

⁵⁷ Vid. Nota 10.

discapacidad, habrá que justificar la decisión de despido y la inexistencia de discriminación en la misma y, si no se logra, será un despido nulo. Además, si se declara la discapacidad, la empresa estará obligada a realizar ajustes razonables; y en caso de que no los haya hecho, el despido será nulo.

La improcedencia permite al empresario extinguir una relación laboral incluso sin causa lícita; ahora, esta “libertad de despido” quedará limitada por los supuestos de nulidad que veremos en el apartado siguiente. La improcedencia supone un mayor coste en indemnización si finalmente el empresario opta por no recuperar la relación laboral, esto es una forma de desincentivar el despido sin causa y proteger el derecho al trabajo. Si, por el contrario, se opta por la readmisión, no se debe pagar indemnización, pero se mantienen los costes indirectos.

1.3 Despido nulo:

De acuerdo con el art. 53.4 ET referido al despido: *“Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”*. A lo anterior se añaden una serie de supuestos específicos relacionados con la maternidad y la paternidad, en los cuales la declaración de nulidad será automática⁵⁸. Ha sido discutido en numerosas ocasiones por la doctrina si las causas de nulidad del despido son *numerus apertus* o por el contrario se trata de una lista tasada y cerrada. Los derechos fundamentales y libertades públicas están claramente determinados en la constitución, corresponden con los recogidos en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la carta magna, arts. 14-29. Dicho esto, la jurisprudencia y en concreto la jurisprudencia del TC ha ido definiendo qué conceptos se incluyen dentro de cada derecho, ampliándolos más allá de la mera literalidad con el paso del tiempo y el avance de la sociedad y sus valores. En este sentido, la lista no está cerrada, pues siempre puede matizarse la interpretación que hace el TC de forma que nuevas situaciones sean incluidas bajo la protección de estos artículos. En la misma línea,

⁵⁸ Sobre todo, hay jurisprudencia sobre este punto en relación con el despido de trabajadoras embarazadas (por todas, SSTC núm. 92/2008 de 21 de julio de 2008 (RTC\2008\92) y núm. 124/2009 de 18 de mayo de 2009 (RTC\2009\124)). El TC ha llegado a afirmar que el despido es nulo incluso si en el momento de despido la trabajadora no era consciente de su estado de gravidez.

la discriminación a la que se refiere este precepto es esencialmente la del art. 14 CE: “*por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social*”. Al incluir el propio artículo la opción de “cualquier otra condición”, siempre cabe la posibilidad de que nuevos supuestos sean incluidos dentro de la prohibición de discriminación. Es cierto que el TC tiene doctrina consolidada de acuerdo con la cual se requiere un factor de diferenciación ligado a una histórica segregación de un grupo de personas⁵⁹, grupo que debe ser permanente e identificable como en el caso de los discapacitados⁶⁰; pero estos requisitos no cierran la puerta, simplemente limitan el acceso a ser declarado factor de discriminación.

Por todo lo anterior, independientemente de cual fuera la intención del legislador, la realidad es que es un supuesto abierto y que permite la sucesiva inclusión de nuevos supuestos bajo la protección de la nulidad.

En cuanto al caso que nos ocupa, la enfermedad crónica, veremos a continuación en el estudio de la evolución de la jurisprudencia como se han alegado distintas y diversas vulneraciones de derechos fundamentales, siendo las más habituales la discriminación y la integridad física. En todo caso y como hemos repetido ya en varias ocasiones, si se califica la situación del trabajador como discapacidad, nacerá para la empresa la obligación de realizar ajustes razonables; si no se han realizado estos ajustes previamente al despido, este será nulo automáticamente por discriminación⁶¹.

2. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia analizada para este punto es la relativa a los despidos de trabajadores enfermos en general; pues dado que la categoría de “enfermedad crónica” no está reconocida en sí por la legislación, es muy difícil realizar búsquedas amplias de este tipo

⁵⁹ STC núm. 62/2008, de 26 de mayo de 2008, Rec. 3912/2005: “*Lo que caracteriza la prohibición de discriminación [...] es, [...] el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales [...]*”.

⁶⁰ STS núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, Rec. 3348/2014. FJ 5º: “*Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad, en cambio, [...] altera de manera permanente las condiciones de vida de las persona discapacitada. [...] Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados [...] no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan cursarse [...]. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tiene en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares [...]*”.

⁶¹ Vid. Nota 35.

de casos, de forma que se puedan extraer tendencias jurídicas. Dicho esto, dentro de los despidos por enfermedad, se pueden distinguir dos periodos claramente diferenciados: antes de 2013 y después de 2013. Adelantamos ya, que la diferencia no reside tanto en los resultados de las resoluciones, como en los argumentos discutidos.

2.1 Antes de 2013:

En este periodo es en el que más variedad de argumentación jurídica se encuentra.

Se pueden ver despidos disciplinarios, en los que el empresario considera que el trabajador ha cometido una falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual. Ejemplos de estos casos son la ocultación por parte del trabajador de una enfermedad para así poder ser contratado; o una disminución del rendimiento derivada de las secuelas de la enfermedad, que el empresario interpreta que se le ha ocultado o que es voluntaria; también hay casos de agresiones o daños a compañeros o destrucción de elementos de la empresa, en general derivados de episodios como crisis de ansiedad o brotes psicóticos. Estas alegaciones por parte del empresario no suelen mantenerse, o bien porque no han supuesto tal transgresión de la buena fe contractual o bien porque no son imputables al trabajador por no depender de su voluntad. Así, estos despidos suelen terminar en improcedencia, dado que no se considera justificada causa lícita para el despido.

Por otra parte, dentro de los despidos objetivos y como ya adelantamos, las causas más frecuentemente alegadas son ineptitud sobrevenida del trabajador y ausencias justificadas. A diferencia de los casos de despido disciplinario en los que se buscaba la improcedencia, en estos casos se puede observar una mayor tendencia a la búsqueda de la nulidad. Para ello se requiere la vulneración de derechos fundamentales, por lo que en este periodo se pueden encontrar multitud de resoluciones valorando la posible transgresión de distintos derechos constitucionales. En este punto es relevante recordar la STC que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el art. 52.d) ET⁶² pues, aunque esta sentencia es de 2019, recoge gran parte de los argumentos por los que no se admitía la nulidad de los despidos en este periodo.

Dicho esto, merecen una mención especial las alegaciones de discriminación. En este periodo el TC consolida – y el TS se adhiere – su jurisprudencia respecto de los requisitos que se deben cumplir para considerar un nuevo factor como discriminatorio. A saber: debe haber un factor de diferenciación de un grupo homogéneo e identificable de

⁶² Vid. Nota 47.

personas, este factor debe merecer un especial rechazo por parte del ordenamiento, y debe estar ligado a la segregación u opresión de ese grupo de personas⁶³. Por ello se admite y se aplica de forma automática la nulidad en los casos de despido de una mujer embarazada, pues se entiende que es un tipo concreto de discriminación por sexo⁶⁴. Sin embargo, con esta lista de requisitos se excluye la posibilidad de que la enfermedad en abstracto genere discriminación, entre otras razones, por la variabilidad en el tiempo del grupo de personas enfermas, pues la enfermedad es una alteración temporal de la salud⁶⁵. Ante estas consideraciones y dada la doctrina de la STS de 29 de enero de 2001⁶⁶, al no justificarse la discriminación no cabe la nulidad; por lo que dependiendo de la capacidad del empresario para justificar la causa objetiva, corresponderá la calificación de despido procedente o improcedente. En general, cuando el despido se ha realizado con causa en ausencias justificadas, siempre que el cómputo se haya realizado adecuadamente, se admite su procedencia. Mientras que, en el caso de la ineptitud sobrevenida, se ven más resoluciones de improcedencia por la dificultad que supone justificar la pérdida de capacidades de forma objetiva y la necesidad de despedir al trabajador como consecuencia de esta pérdida de capacidades; aunque en los casos en que hay un informe médico imparcial que califica al trabajador como no apto, se ha admitido la ineptitud.

2.2 Después de 2013⁶⁷:

Con al STJUE de 11 de abril de 2013⁶⁸, se amplía el concepto de discapacidad, lo cual da acceso a la posibilidad de discriminación y nulidad del despido en su caso. Por ello, en los casos de despido de trabajador enfermo podemos ver casi el 100% de ellos la alegación por parte del trabajador de su situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE y de indicios de discriminación en el despido.

⁶³ STC núm. 62/2008 de 26 de mayo de 2008, Rec. 3912/2005. SSTS 29 de enero de 2001 (EDJ 2001/1034); 11 de diciembre de 2007, Rec. 4355/2006; 22 de enero de 2008, Rec. 3995/2006.

⁶⁴ STC núm. 92/2008 de 21 de julio de 2008 (RTC\2008\92). FJ3: “Este tipo de discriminación no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren sus fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca [...] tal sucede con el embarazo [...] que incide de forma exclusiva sobre las mujeres”.

⁶⁵ Vid. Notas 59 y 60.

⁶⁶ Vid. Nota 10.

⁶⁷ Todas las tendencias jurisprudenciales de este periodo, las formas de despido mayoritarias y las principales alegaciones de empresario y trabajador, se ha extraído de la selección de SSTSJ que mencionamos en el apartado de Metodología y estructura. Se puede ver en el ANEXO: **Tabla 1**, una tabla con la referencia de todas estas sentencias, con inclusión de la causa recogida en la carta de despido y la calificación del despido por parte del TSJ.

⁶⁸ Vid. Nota 12.

Esto tiene un efecto positivo, que es la previsibilidad de la argumentación del trabajador frente a la decisión extintiva; pero también tiene un efecto negativo, que es la incertidumbre que se deriva de que corresponda al tribunal calificar cada situación de enfermedad concreta como discapacidad o no, y en su caso la decisión como discriminatoria o no.

En el contexto de los despidos por faltas de asistencia justificadas, se plantean cuestiones como la discriminación indirecta que se deriva de equiparar las enfermedades derivadas de la discapacidad con las enfermedades no vinculadas a la discapacidad⁶⁹, o la posibilidad de que el apartado en sí sea inconstitucional por implicar discriminación indirecta frente a los discapacitados a efectos de la Directiva 2000/78/CE por estar estos más expuestos a la enfermedad⁷⁰. Asumiendo que el cómputo de ausencias se hiciera conforme a derecho, cuando el tribunal calificaba la situación del trabajador como mera enfermedad, se estimaba la procedencia; mientras que cuando se entendía la situación de discapacidad, en la gran mayoría de los casos se ha estimado la improcedencia y no la nulidad, pues no se podía apreciar un móvil discriminatorio en el despido. La razón de que no apreciara un móvil discriminatorio es que los despidos perseguían un interés exclusivamente económico no vinculado a la condición de discapacitado del trabajador. En cualquier caso, y a pesar de haberse declarado la constitucionalidad de este apartado, con su derogación no veremos más despidos en base a esta causa.

En el contexto de los despidos por ineptitud sobrevenida, y al ser necesaria una valoración de las capacidades del trabajador, la calificación se vuelve más compleja. A la necesidad de estudiar la posibilidad de discapacidad y la posibilidad de discriminación, se suma la necesidad de estudiar las capacidades que requiere el puesto, las que tiene el trabajador y las que tenía originalmente. Quizá por esta mayor incertidumbre, podemos ver en estos casos actuaciones preventivas por parte del empresario, pues antes de saber si la enfermedad del trabajador puede ser calificada de discapacidad o no, se realizan ajustes del puesto de trabajo. Como ya se explicó, los ajustes razonables son una obligación para con los trabajadores discapacitados; pero este tratamiento no se extiende a los trabajadores enfermos. Así las cosas, cuando se alega ineptitud sobrevenida del trabajador como causa del despido, si se han realizado ajustes previamente, se tiende a reconocer la procedencia del despido; mientras que, si no se han realizado ajustes, se tiende a la

⁶⁹ SSTJUE de 2013 (Vid. Nota 12) y de 2018 (Vid. Nota 20)

⁷⁰ Vid. Nota 6.

improcedencia. De nuevo, no es habitual que se estime la nulidad, ya que no se suele entender justificado el móvil discriminatorio.

Finalmente, aunque hay algunas nulidades de despido derivadas del reconocimiento de la discapacidad, la mayor parte de las sentencias de nulidad en este periodo están relacionadas con otras causas de discriminación, como pueden ser el sexo o la ideología política (afiliación a un determinado sindicato). Ahora, dentro de las nulidades que sí que están vinculadas a la discriminación derivada de enfermedad y/o discapacidad, podemos observar como estas son más habituales en los TSJ de País Vasco, Galicia y Navarra. Por el contrario, los TSJ de Madrid, Cataluña y Castilla La-Mancha tienen mayor tendencia al reconocimiento de la improcedencia o la procedencia⁷¹.

CAPITULO III. DESPIDO POR ENFERMEDAD CRÓNICA VÁLIDO

Antes de proceder a analizar cómo realizar un despido por enfermedad crónica válido, debemos recordar que el empresario no está obligado a realizar estos despidos, simplemente planteamos la mejor forma de llevar a cabo este despido cuando el mantenimiento de la relación laboral es excesivamente gravoso y pone en peligro la estabilidad y supervivencia de la empresa. Esto no quita que haya trabajadores con enfermedades crónicas que aportan un valor añadido o poseen una experiencia tal, que hace que la empresa no tenga interés ni necesidad de sustituirlos por un trabajador sano.

Pero para los casos en los que sí que sea necesario llevar a cabo el despido, como hemos ido viendo a lo largo de esta exposición, hay multitud de aspectos que requieren una calificación por parte de los tribunales, lo cual da lugar a una inmensa casuística y genera incertidumbre mientras esta no se consolida de forma unánime.

Ante esta situación, el empresario se encuentra con la necesidad de tomar medidas preventivas para hacer frente a las distintas calificaciones posibles, de forma que se incline la decisión del tribunal a la procedencia o al menos la improcedencia del despido; pues la nulidad implica la invalidez del despido.

Para justificar la objetividad de la causa alegada en la carta de despido, además de la existencia en sí de dicha causa, las siguientes medidas son útiles.

⁷¹ Ver **ANEXO: Tabla 1.**

La primera medida que debe tomar el empresario, dado que la causa objetiva en la que mejor se encuadran los despidos por enfermedad es la ineptitud sobrevenida, consiste en la elaboración de un listado detallado de capacidades necesarias para cada puesto de trabajo, listado que se debe mantener actualizado. De esta forma, se puede comparar la situación actual del trabajador enfermo con la situación ideal para el desarrollo del puesto de trabajo. Por otro lado, al tratarse de un listado detallado y que se actualiza de forma continua, tendrá mayor valor de prueba a la hora de justificar la objetividad de la decisión extintiva: el listado se aplica a todos los trabajadores por igual. Si, además, este compendio de capacidades se utiliza en el proceso de contratación, por ejemplo, con pruebas específicas en las que se demuestran estas capacidades, se podrá a su vez comparar la situación actual del trabajador concreto con su situación en el momento de entrada en la empresa, de forma que se plasme la pérdida de capacidades. Lo anterior también puede ser útil para justificar la falta de adaptación a las modificaciones del puesto, pues se demuestra que, aun manteniendo capacidades, el trabajador no ha sido capaz de adquirir nuevas habilidades necesarias para el desarrollo de su trabajo. Ahora, esto en muchas ocasiones no se hace, pues empresas de reducida dimensión tienden a invertir menos recursos en los procesos de contratación, de forma que esta se realiza en base al curriculum del candidato, lo cual no permite observar las capacidades de las que dispone este.

La segunda medida que debería tomar el empresario es la evaluación periódica de las capacidades del trabajador. Esta evaluación tiene dos aspectos: la evaluación puramente clínica, que realice un médico y de lugar a un informe; y la evaluación del desempeño, en la que se valore la productividad del trabajador y se compare esta con los mínimos que la empresa exige para cada puesto de trabajo. En este punto, las empresas se pueden encontrar con diversos problemas. En primer lugar, las evaluaciones de desempeño las realiza la propia empresa, lo que implica un conflicto de intereses a tener en cuenta por el juez a la hora de valorarlas como prueba. Además, muchas empresas no llevan un índice de productividad mínimo exigido para cada puesto de trabajo, con lo que se complica la justificación del incumplimiento de esos mínimos de cara a justificar la falta de rentabilidad del trabajador. En segundo lugar, en cuanto a las evaluaciones médicas, estas no pueden ser impuestas al trabajador (salvo que la ley las exija como, por ejemplo, para el caso de guardias de seguridad con licencia para llevar armas de fuego), y el conocimiento por parte de la empresa de los detalles de estas evaluaciones entran en conflicto con la intimidad del trabajador. Es cierto que, sin conocer los detalles, el informe

médico puede indicar si el trabajador es apto o no para su puesto de trabajo, algo que no vulneraría el derecho a la intimidad; pero la saturación de los servicios de salud hace que los informes no suelen incluir en detalle las capacidades concretas del trabajador y su aptitud para el trabajo. Esto se puede compensar con un servicio privado tipo mutualidad al que la empresa haya proporcionado previamente un compendio de las capacidades que el trabajador necesita para desarrollar su puesto; pero esto implica un mayor coste, además de la coordinación de la mutualidad con la empresa, lo cual no es siempre posible. En tercer lugar, las medidas anteriores requieren una inversión por parte de la empresa tanto para llevarlas a cabo como para tratar la información obtenida de ellas, inversión que puede que no sean asumibles por la empresa concreta.

Los ajustes razonables son obligatorios en el caso de discapacitados, y el mero de hecho de no realizarlos constituye discriminación. Por ello, otra medida preventiva de la improcedencia y de la nulidad es la realización de ajustes razonables incluso aunque el trabajador no tenga la condición de discapacitado a efectos de la normativa nacional, pues como hemos visto esto no es relevante a efectos de la calificación de discapacidad de acuerdo con la Directiva 2000/78/CE.

Los ajustes razonables pueden ser de todo tipo: desde ajuste en el propio puesto, hasta cambio de puesto o de lugar de trabajo, pasando por formación específica. Estas medidas tienen como objetivo adaptarse a las capacidades del trabajador (que pueden no ser suficientes), hacer que el puesto sea accesible y proteger la salud del trabajador⁷². Algunos ejemplos habituales de adaptaciones son la reducción de jornada, limitación de las funciones del puesto, reorganización de la tareas, cambio de puesto de trabajo, cambio del lugar de trabajo, instalación de rampas, sustitución de mesas y sillas por equivalente ergonómicos, etc. No hay una lista de adaptaciones cerrada, pero cuanto más adaptadas al cuadro de capacidades del trabajador, más adecuadas se considerará y más se entenderá que el empresario ha cumplida la obligación de realizar ajustes.

⁷² En este sentido hay una gran vinculación con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales, que en su art. 25 establece: “1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, [...] adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”. En esta línea, se plantea cuestión prejudicial sobre la posible equiparación del concepto de trabajador sensible a riesgos laborales a la discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, lo cual se rechaza (STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/2018).

Dicho todo esto, recordamos que la obligación de realizar ajustes está limitada por lo gravosos que estos sean para la empresa. Si, por ejemplo, un trabajador tiene problemas crónicos de espalda que le impiden de forma intermitente trabajar, y esta situación solo se puede solucionar con una mesa ergonómica especialmente cara; si la empresa no tiene recursos para la compra de esta mesa, no se le podrá exigir. Para analizar si la medida es o no excesivamente gravosa, se deben considerar las circunstancias particulares de la empresa; entre ellas, el tamaño de esta, los beneficios que tiene, la forma en que se organiza el trabajo y la estructura de personal, los centros de trabajo de los que dispone y el trabajo que se realiza en cada uno de ellos. En definitiva, la empresa va a tener que probar porqué no es posible llevar a cabo la adaptación, de forma que las medidas que tome sean consideradas suficientes; en todo caso, esto no excluirá de forma definitiva la calificación de improcedencia, pero sí la de nulidad. Un caso interesante es el de una trabajadora de una sucursal bancaria que, tras sufrir un atraco en la sucursal, sufre alteraciones psíquicas varias. Derivado de ello, se le cambia a un puesto en el que no necesite estar en contacto con el público, se le cambia a una sucursal de gran tamaño para que no se sienta indefensa y se le facilita un psicólogo de la empresa para que acuda a él de forma periódica; el TS entienden que las medidas han sido razonables, y aun así califica el despido como improcedente⁷³.

Por último, en cuanto a la justificación en sí de la ineptitud sobrevenida del trabajador, recordamos que esta debe ser permanente, afectar al desarrollo de las tareas principales del puesto de forma general, debe provenir de circunstancias referenciables al trabajador pero ajenas a su voluntad (si fuera voluntario cabría despido disciplinario), debe ser posterior al momento de contratación e incluso posterior al periodo de prueba. Todas estas circunstancias van a verse afectadas por problemas de prueba que se pueden minimizar con las primeras medidas explicadas. Pero la justificación de la permanencia de la ineptitud es especialmente delicada, pues a la vez que se justifica uno de los requisitos de la causa objetiva de despido, se puede estar aportando una prueba a favor del reconocimiento de la discapacidad, pues recordemos que para reconocer la discapacidad se exige la permanencia en las limitaciones derivadas de la enfermedad. Así pues, se sitúa al empresario ante la tesitura de tener que justificar la existencia de causa, lo cual a su vez puede derivar en el reconocimiento de la discapacidad y consiguiente posibilidad de

⁷³ Vid. Nota 54.

discriminación y obligación de realizar ajustes razonables. Sin embargo, si no se justifica la permanencia de la ineptitud, el despido ya será improcedente en todo caso, y no quedará excluida la posibilidad de que el tribunal deduzca la permanencia de las limitaciones de otros hechos y califique así la discapacidad.

De lo dicho anteriormente, deducimos que incluso con las medidas preventivas planteadas, siempre va a haber la posibilidad de estimación de la nulidad, pues en última instancia será el tribunal el que valore todas estas medidas en un sentido o en otro. Así, la única forma realmente eficaz de reducir la incertidumbre en los casos de despido por enfermedad crónica es el establecimiento de una regulación específica para esta categoría intermedia. De esta forma, se puede delimitar donde acaba – al menos jurídicamente – la enfermedad crónica y donde empieza la discapacidad. Es cierto que la definición de discapacidad hoy por hoy es completamente abierta, pero esto no impide que en la elaboración de esta legislación se realice un estudio en profundidad que permita identificar supuestos que en principio no constituyan discapacidad y supuestos que en principio sí constituyan discapacidad. Ahora, las probabilidades de que esta potencial legislación llegue a buen puerto son reducidas, pues ello requeriría acuerdo sobre qué es enfermedad crónica, qué tipo de enfermedades en concreto se entienden recogidas bajo este concepto, y qué niveles de gravedad permiten entender un nivel de reducción de capacidades que no impida la participación plena en la vida profesional. Y si ya no es unánime la definición médica de una enfermedad como crónica o no de acuerdo con la OMS, menos pacífico aun será la definición jurídica de enfermedad crónica.

Ante estos problemas, la forma más eficaz de reducir la incertidumbre sería la elaboración de una guía o unas directrices por parte de la UE que permitan la identificación de la discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Pero dado que esta definición depende de la Convención, que expresamente reconoce que el concepto de discapacitado va evolucionando, tal vez fuera más útil un catálogo de ajustes razonables acordes a cada tipo de enfermedad. Este catálogo sería difícil de elaborar, por la enorme variedad de enfermedades existentes, pero fácil de actualizar. Además, se podría incluir también algún tipo de baremo relativo a qué se considera excesivamente gravoso para la empresa en base a unos criterios genéricos como pueden ser el nivel de beneficios, el número de trabajadores, y la variedad de puestos de trabajo disponibles.

III. CONCLUSIONES

El concepto de enfermedad crónica se trata de un concepto a medio camino entre la mera enfermedad y la discapacidad, con elementos típicos de ambas. Lo cual lo sitúa en una zona gris dentro de la legislación. Nosotros hemos considerado como enfermedad crónica aquella de larga duración que llega a agotar la IT, y aquella que siendo permanente solo se manifiesta de forma intermitente; ambas situaciones en las que se contraponen los intereses económicos y productivos del empresario, con los intereses económicos y de salud del trabajador, y los intereses de protección de los derechos de uno y de otro del estado.

Desde la STJUE de 11 de abril de 2013⁷⁴, la delimitación de la discapacidad se ha vuelto más difusa, atrayendo indirectamente en la definición a las enfermedades crónicas. Los criterios que tradicionalmente servían para diferenciar enfermedad y discapacidad, como el reconocimiento administrativo de la última, dejan de tener efecto con la nueva definición. Esta definición está compuesta de elementos indefinidos y abiertos para dar cabida a todas las situaciones que cumplan una serie de requisitos: tener una enfermedad, que de esta enfermedad se deriven limitaciones, que estas limitaciones sean de larga duración e impidan la participación plena de la persona.

La relevancia de que la enfermedad crónica se encuentre en una zona gris normativa, y en especial desde su acercamiento al nuevo concepto de discapacidad, la podemos resumir en los siguientes puntos:

- Por un lado, la doctrina que comienza la STS de 29 de enero de 2001⁷⁵, establece que cuando no se prueba la causa objetiva, el despido por enfermedad es improcedente, mientras que el despido por discapacidad es nulo.
- Por otro lado, la existencia de discapacidad genera en la empresa la obligación de realizar ajustes razonables y puede dar lugar a discriminación.
- Finalmente, la nulidad nace de la vulneración de derechos fundamentales (entre ellos el derecho a la igualdad y la no discriminación) e implica la inmediata readmisión del trabajador y la restauración de la relación laboral; la improcedencia nace de la falta de causa justa en el despido y permite al empresario

⁷⁴ Vid. Nota 12.

⁷⁵ Vid. Nota 10.

decidir entre pagar una indemnización de 33 días por año trabajado o readmitir al trabajador; la procedencia implica indemnización de 20 días por año trabajado.

Luego el empresario que tiene un trabajador con una enfermedad crónica tal que haga que el manteniendo de la relación laboral sea demasiado gravosa, va a querer extinguir el contrato por la vía del despido objetivo (pues esta es la vía de extinción cuando la causa no es imputable a ninguna de las partes), pero va a querer también huir de la posibilidad de que se reconozca la discapacidad del trabajador y que consiguientemente se abra la puerta a la valoración de discriminación, lo que en última instancia supone la nulidad del despido. En otras palabras, una vez se ha calificado la enfermedad como discapacidad, es más posible que no se pueda extinguir la relación laboral. Y el caso de la enfermedad crónica, que se caracteriza por su larga duración, se sitúa más cerca de cumplir los requisitos para ser considerada discapacidad.

Con la derogación del art. 52.d) ET, ya no será posible el despido por ausencias justificadas. Esta causa, era la preferida por los empresarios, por ser la más objetiva dentro de las del art. 52 ET. Pero incluso dentro de su objetividad, planteaba posibles problemas de discriminación indirecta; por ejemplo, cuando se incluían en el cómputo de días de ausencia las bajas por enfermedad vinculada a la discapacidad, ya que los discapacitados están más expuestos a la enfermedad.

Desaparecida esta causa, la práctica totalidad de despidos de trabajadores enfermos se encauzarán por la ineptitud sobrevenida – que por otro lado es la causa más adecuada materialmente –, en la que se debe probar la pérdida de capacidades del trabajador, de forma que no sea capaz de desarrollar las funciones esenciales de su puesto. Pero incluso justificando adecuadamente esta causa, sigue sin asegurarse la calificación del despido como procedente o al menos como improcedente, pues sigue correspondiendo al tribunal valorar una considerable lista de elementos. Esta valoración particular de cada supuesto no hace sino incrementar la casuística y con ella la incertidumbre. Dentro de lo que tiene que calificar el tribunal destaca:

- La existencia de discapacidad.
- La adecuación y suficiencia de los ajustes.
- La excesiva bravosidad que excluye la realización de otros ajustes.
- La existencia de discriminación.
- La suficiencia de la justificación de la causa objetiva alegada.

La única forma en la que el empresario puede reducir la incertidumbre en el despido es la toma de medidas preventivas para protegerse frente a los distintas posibilidades de calificación. Entre las medidas preventivas, destaca la definición detallada de cada puesto de trabajo, con las capacidades necesarias y los mínimos de productividad exigidos; o la realización de ajustes razonables ante la posibilidad de que el trabajador sea considerado discapacitado.

Luego, y a modo de resumen, las calificaciones que actualmente está realizando la jurisprudencia se pueden desglosar en los siguientes puntos:

- En general no se estima la existencia de discapacidad, lo que excluye la nulidad. Sin embargo, hay diferencias entre comunidades autónomas, teniendo algunas más tendencia a la nulidad que otras.
- Incluso si se entiende que no hay discapacidad, se están calificando como improcedentes los despidos cuando no se han realizado ajustes en el puesto.
- La procedencia se restringe a los casos en lo que queda claramente acreditada la pérdida de capacidades y la realización de ajustes suficientes.
- Cuando se estima la discapacidad, el empresario suele ser capaz de demostrar la inexistencia de discriminación, de forma que el despido es improcedente.

Dicho todo lo anterior, se hace palpable la necesidad de reconocer como categoría independiente a la enfermedad crónica, de forma que se regule de forma específica y precisa. Además, sería muy recomendable que desde la UE se elaborara una guía para la identificación de la discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE y un catálogo de medidas de ajuste razonable no excesivamente gravosas.

IV. BIBLIOGRAFIA

Legislación:

- Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, completamente ratificada por la UE en 2011.
- Constitución Española.
- 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.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto 525/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

Jurisprudencia (aparte de la recogida en ANEXO: Tabla 1):

STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/2005

STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/2011

STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-354/2013

STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/2015

STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/2016

STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/2018

STC núm. 192/2003, de 27 de octubre de 2003, Rec. 4492/2001;

STC núm. 62/2008, de 26 de mayo de 2008 Rec. 3912/2005

STC núm. 92/2008 de 21 de julio de 2008 (RTC\2008\92)
STS núm. 124/2009 de 18 de mayo de 2009 (RTC\2009\124)
STC núm. 119/2014, de 16 de julio de 2014.
STC núm. 118/2019, de 16 de octubre de 2019 (RTC\2019\118)
STS Sala 4ª de lo Social, de 10 de diciembre de 1991
STS de 29 de enero de 2001 (EDJ 2001/1034
STS de 12 de julio de 2004, Rec. 4646/2002
STS de 22 de julio de 2005, Rec. 1333/2004.
STS de 11 de diciembre de 2007, Rec. 4355/2006
STS de 22 de enero de 2008, Rec. 3995/2006.
STS de 25 de noviembre de 2014, Rec. 2344/2013.
STS núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, Rec. 3348/2014
STS núm. 194/2018, de 22 de febrero de 2018, Rec. 160/2016.

Artículos y páginas oficiales de distintos organismos:

ARADAS, A.; “Despido objetivo por ineptitud sobrevenida o falta de adaptación”, *Cuestiones laborales*, 17 de septiembre de 2019 (disponible en: <https://www.cuestioneslaborales.es/despido-objetivo-ineptitud-falta-adaptacio/>)

BENITEZ SANABRIA, A.; “Argumentos incapacitantes y enfoque de los procesos de incapacidad permanente”; 13 de enero de 2020 (disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/argumentos-incapacitantes-y-enfoque-de-los-procesos-de-incapacidad-permanente#>)

“Extinción del contrato por causas objetivas ante falta de adaptación a modificaciones técnicas en puesto de trabajo”, *Iberley*, 2 de marzo de 2016 (disponible en: <https://www.iberley.es/temas/extincion-contrato-causas-objetivas-falta-adaptacion-modificaciones-tecnicas-puesto-trabajo-12351>)

Ministerio de industria, comercio y turismo, “Cifras Pyme: Datos enero 2019”, Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (disponible en: <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>)

Organización Mundial de la Salud, “Enfermedades crónicas” (disponible en: https://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/)

Organización Mundial de la Salud, Cefaleas (disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/headache-disorders>)

SANCHEZ, I.; .; “El supremo aclara los requisitos para que un despido por ineptitud sobrevenida no sea declarado nulo”, *Garrigues – Blog laboral*, 21 de junio de 2018 (disponible en: <https://bloglaboral.garrigues.com/el-supremo-aclara-los-requisitos-para-que-un-despido-por-ineptitud-sobrevenida-no-sea-declarado-nulo>)

Seguridad Social, Incapacidad Temporal (disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28375>)

Seguridad Social, Incapacidad Temporal: Cuantía (disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28365>)

Seguridad Social, “Instituto Nacional de la Seguridad Social – Incapacidad Temporal: Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” (disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/78408866-ece1-4e9c-8b70-fa1a07d1d434/2019_INS_PROFESIO_DUR_1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-78408866-ece1-4e9c-8b70-fa1a07d1d434-n25vP1O)

Seguridad Social, “Instituto Nacional de la Seguridad Social – Incapacidad Temporal: Contingencias comunes (disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a60bc987-561f-4959-a18c-7ad2ed3e9cd7/2019_INS_COMUNES_DUR_1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-a60bc987-561f-4959-a18c-7ad2ed3e9cd7-n25vpBX)

VAQUERO ABELLAN, M.; “Factores que influyen en la incapacidad temporal de larga duración. Propuesta de screening y de intervención.” Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2011 (disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5de6051c-cfc4-4e3e-9b27-9e01a4bb0c81/IT+larga+M+Vaquero+1_2011.pdf?MOD=AJPERES&CVID=)

V. ANEXOS

Tabla 1: Sentencias más relevantes de TSJ desde 2015 hasta enero 2020, de acuerdo con la base de datos Aranzadi, en relación con el despido por enfermedad.

| <u>Año</u> | <u>Tribunal</u> | <u>Fecha</u> | <u>Referencia</u> | <u>Calificación del despido</u> | <u>Causa del despido</u> |
|------------|-----------------|--------------|-------------------|---------------------------------|--------------------------|
|------------|-----------------|--------------|-------------------|---------------------------------|--------------------------|

| | | | | | |
|----------|---------|-----------------------|-------------------------|--|---------------|
| 2015 | STSJ AS | 26 junio | Nº 1238, Rec. 1201/2015 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ C | 21 abril | Nº 2707, Rec. 792/2015 | Procedencia | 52.d) ET |
| | STSJ CM | 4 marzo | Nº 251, rec. 1771/2014 | Nulidad – discriminación por razón de sexo | 52.c) ET |
| | STSJ CV | 17 febrero | Nº 340, Rec. 3069/2014 | Nulidad – discriminación por razón de sexo | 52.c) ET |
| | STSJ IC | 15 mayo | Nº 379, Rec. 853/2014 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ M | 12 enero | Nº 20, Rec. 826/2014 | Improcedencia | 52.d) ET |
| 23 enero | | Nº 61, Rec. 790/2014 | Improcedencia | 52.d) ET | |
| 24 junio | | Nº 515, Rec. 709/2014 | Improcedencia | 52.d) ET | |
| 2016 | STSJ AN | 19 mayo | Nº 1366, Rec. 1402/2015 | Improcedencia | 53.d) ET |
| | | 6 octubre | Nº 2610, Rec. 2943/2015 | Procedencia | 52.d) ET |
| | STSJ C | 18 marzo | Nº 1842, Rec. 197/2016 | Improcedencia | 52.a) ET |
| 2017 | STSJ C | 24 enero | Nº 443, Rec. 6047/2016 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 3 marzo | Nº 1578, Rec. 7436/2016 | Improcedencia | Sin causa |
| | | 29 mayo | Nº 3481, Rec. 1170/2017 | Nulo – libertad sindical | |
| | | 12 junio | Nº 3767, Rec. 2310/2017 | Improcedencia | Disciplinario |
| | | 30 junio | Nº 4285, Rec. 2250/2017 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CL | 22 diciembre | Rec. 1999/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CM | 11 julio | Nº 1004, Rec. 387/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 20 julio | Nº 1070, Rec. 718/2017 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CV | 22 marzo | Nº 1042, Rec. 3822/2016 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ IC | 5 mayo | Nº 389, Rec. 828/2017 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ M | 8 marzo | EDJ 2017/51458 | Nulidad – discriminación por discapacidad | Disciplinario |
| 28 abril | | Nº 410, Rec. 153/2017 | Improcedencia | 52.d) ET | |

| | | | | | |
|------|---------|---------------|-------------------------|--|-----------------------|
| | | 24 noviembre | N° 1049, Rec. 800/2017 | Improcedencia | 52.d) ET |
| | STSJ PV | 9 mayo | N° 1062, Rec. 906/2017 | Improcedencia | Disciplinario |
| | | 9 mayo | N° 1050, Rec. 876/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 26 septiembre | N° 1882, Rec. 1734/2017 | Nulidad – discriminación por discapacidad | 52.c) ET |
| | | 19 diciembre | N° 2500, Rec. 2345/2017 | Nulidad – discriminación por razón de discapacidad | Disciplinario |
| 2018 | STSJ AN | 20 septiembre | N° 2572, Rec. 3162/2017 | Procedencia | 52.d) ET |
| | | 4 diciembre | 2810, Rec. 1342/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ AR | 2 mayo | N° 242, Rec. 204/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ C | 9 marzo | N° 1593, Rec. 6979/2017 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 3 julio | N° 3933, Rec. 2807/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 12 julio | N° 4227, Rec. 3032/2018 | Procedencia | 52.d) ET |
| | | 6 septiembre | N° 4537, Rec. 3149/2018 | Procedencia | 52.d) ET |
| | | 23 octubre | N° 5580, Rec. 4081/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 30 noviembre | N° 6319, Rec. 4043/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CA | 28 diciembre | N° 913, Rec. 737/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CL | 3 mayo | N° 267, Rec. 234/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 4 julio | Rec. 882/2018 | Improcedencia | Fin contrato temporal |
| | | 12 julio | Rec. 984/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 3 octubre | N° 610, Rec. 611/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 30 octubre | N° 693, Rec. 671/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CM | 4 octubre | N° 1273, Rec. 684/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 26 octubre | N° 1396, Rec. 688/2018 | Improcedencia | 52.b) ET |
| | | 6 noviembre | N° 1451, Rec. 1154/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |

| | | | | | |
|--|---------|---------------|-------------------------|---|----------|
| | | 20 noviembre | Nº 1498, Rec. 1265/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ CV | 16 mayo | Nº 1622, Rec. 1168/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 10 julio | Nº 2356, Rec. 1805/2018 | Procedencia | 52.d) ET |
| | | 20 noviembre | Nº 3442, Rec. 2936/2018 | Improcedencia | 52.d) ET |
| | STSJ EX | 11 octubre | Nº 582, Rec. 508/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | STSJ GA | 28 marzo | Rec. 359/2018 | Nulidad – discriminación por discapacidad | 52.a) ET |
| | | 9 abril | Rec. 580/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 4 octubre | Rec. 1792/2018 | Improcedencia | 52.c) ET |
| | | 7 noviembre | Nº 4115, Rec. 2126/2018 | Improcedencia | 52.c) ET |
| | | 19 noviembre | Rec. 2685/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ IB | 9 noviembre | Nº 461, Rec. 418/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 13 diciembre | Nº 551, Rec. 386/2018 | Procedencia | 52.d) ET |
| | STSJ IC | 24 enero | Nº 52, Rec. 405/2017 | Nulidad indemnidad – | 52.c) ET |
| | | 4 junio | Nº 582, Rec. 552/2017 | Nulidad - embarazo | 52.c) ET |
| | | 14 septiembre | Nº 858, Rec. 125/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 17 octubre | Nº 1058, Rec. 757/2018 | Improcedencia | 52.d) ET |
| | | 19 octubre | Nº 1076, Rec. 1059/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ M | 2 febrero | Nº 88, Rec. 1036/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 26 abril | Nº 311, Rec. 1146/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 27 abril | Nº 403, Rec. 1369/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 14 mayo | Nº 443, Rec. 1495/2017 | Procedencia | 52.a) ET |
| | | 23 mayo | Nº 566, Rec. 1257/2017 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | 9 julio | Nº 503, Rec. 949/2017 | Procedencia | 52.d) ET |
| | | 7 septiembre | Nº 723, Rec. 291/2018 | Improcedencia | 52.d) ET |

| | | | | | | |
|---------|---------|--------------|-------------------------|---|---------------|----------|
| | | 1 octubre | Nº 541, Rec. 538/2018 | Procedencia | 52.a) ET | |
| | | 26 octubre | Nº 920, Rec. 382/2018 | Improcedencia | 52.c) ET | |
| | | 2 noviembre | Nº 947, Rec. 460/2018 | Procedencia | 52.d) ET | |
| | | 6 noviembre | Nº 743, Rec. 666/2018 | Procedencia | 52.a) ET | |
| | STSJ PV | 6 febrero | Nº 315, Rec. 2553/2017 | Procedencia | 52.d) ET | |
| | | 21 marzo | Nº 625, Rec. 353/2018 | Nulidad – discriminacion por discapacidad | 52.a) ET | |
| | | 6 noviembre | Nº 2203, Rec. 2021/2018 | Nulidad – discriminación por discapacidad | 52.a) ET | |
| | 2019 | STSJ AN | 27 febrero | Nº 543, Rec. 344/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | | | 26 junio | Nº 1664, Rec. 1245/2018 | Procedencia | 52.a) ET |
| STSJ AS | | 19 marzo | Nº 548, Rec. 85/2019 | Improcedencia | 52.a) ET | |
| | | 17 diciembre | Nº 2628, Rec. 1915/2019 | Procedencia | 52.a) ET | |
| STSJ C | | 22 enero | Nº 277, Rec. 5539/2018 | Procedencia | 52.a) ET | |
| | | 2 julio | Nº 3472, Rec. 1953/2019 | Procedencia | 52.a) ET | |
| | | 15 noviembre | Nº 5512, Rec. 4929/2019 | Procedencia | 52.d) ET | |
| STSJ CL | | 6 junio | Rec. 1778/2016 | Improcedencia | 52.d) ET | |
| STSJ CM | | 10 abril | Nº 553, Rec. 664/2018 | Nulidad – discriminación por discapacidad | 52.d) ET | |
| | | 27 junio | Nº 990, Rec. 509/2019 | Improcedencia | 52.a) ET | |
| STSJ CV | | 5 febrero | Nº 359, Rec. 3699/2018 | Procedencia | 52.d) ET | |
| STSJ IB | | 24 enero | Nº 19, Rec. 454/2018 | Improcedencia | 52.a) ET | |
| STSJ IC | | 8 enero | Nº 1, Rec. 809/2018 | Procedencia | 52.d) ET | |
| | | 12 marzo | Nº 246, Rec. 838/2018 | Procedencia | 52.d) ET | |
| | | 20 mayo | Nº 518, Rec. 156/2019 | Nulidad – discriminacion por discapacidad | 52.a) ET | |

| | | | | | |
|------|---------|----------|------------------------|---|-----------------------------|
| | STSJ M | 18 marzo | Nº 292, Rec. 1050/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ MU | 15 mayo | Nº 548, Rec. 1536/2018 | Improcedencia | 52.a) ET |
| | STSJ NA | 10 enero | Nº 2, Rec. 396/2018 | Nulidad – discriminación por discapacidad | 52.c) ET |
| | | 11 enero | Nº 10, Rec. 395/2018 | Nulidad - discriminación por discapacidad | 52.c) ET |
| | STSJ PV | 11 junio | Nº 1127, Rec. 977/2019 | Improcedencia | 52.a) ET |
| 2020 | STSJ C | 17 enero | Nº 274, Rec. 5532/2019 | Improcedencia | 53.d) ET |
| | STSJ EX | 23 enero | Nº 43, Rec. 656/2019 | Procedencia | 52.d) ET |
| | | 29 enero | EDJ 2020/508126 | Nulidad – discriminación por discapacidad | Extinción periodo de prueba |