

**EL DESPIDO BASADO EN LA ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR: UNA  
NUEVA LECTURA DE LA EQUIPARACIÓN ENTRE ENFERMEDAD Y  
DISCAPACIDAD**

Sergi Gálvez Duran

Graduado en Derecho y Graduado en Relaciones Laborales, Universitat Pompeu Fabra  
Estudiante del Máster Universitario en Abogacía + Máster en Derecho Laboral y  
Recursos Humanos de ESADE

*Abstract*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11.4.2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark) ha admitido la equiparación de determinadas enfermedades con la discapacidad. Este trabajo analiza esta cuestión y, de manera especial, el alcance que ha tenido esta sentencia –hasta ahora– en nuestros tribunales.

*The decision of the European Union Court of Justice on 11<sup>th</sup> April 2013 (Joined Cases C-335/11 and C-337/11, HK Danmark) has admitted that certain diseases can be treated as disability. This study analyses this issue and, specially, how the Spanish courts are applying the Court of Justice ruling.*

*Title: Dismissal on grounds of sickness: a new interpretation of the distinction between sickness and disability*

Palabras clave: discapacidad, enfermedad, incapacidad temporal, despido por enfermedad, discriminación, despido improcedente, despido nulo.

*Keywords: disability, sickness, temporary incapacity, dismissal on grounds of sickness, discrimination, unlawful dismissal, void dismissal.*

### *Sumario*

1. Introducción
2. La enfermedad como factor de discriminación
3. El despido por enfermedad como conducta lesiva de otros derechos constitucionales
  - 3.1. El derecho a la protección de la salud
  - 3.2. El despido por represalia
4. La enfermedad asimilada a discapacidad como causa de discriminación protegida
  - 4.1. Concepto de discapacidad
  - 4.2. En la Convención de Naciones Unidas 61/106, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad
  - 4.3. En la Unión Europea
  - 4.4. En el ordenamiento jurídico español
5. La estricta separación entre enfermedad y discapacidad en la jurisprudencia española
6. La evolución en la jurisprudencia del TJUE sobre la separación entre enfermedad y discapacidad. La STJUE de 11.4.2013: una nueva enfermedad asimilada a la discapacidad
  - 6.1. Hechos
  - 6.2. El nuevo concepto de discapacidad según el TJUE
  - 6.3. Consecuencias de la sentencia
7. Influencia de la doctrina comunitaria en España
8. Conclusión

## 1. Introducción

Cuando un trabajador manifiesta una enfermedad el ordenamiento jurídico español articula diversas protecciones, entre las que destaca la suspensión del contrato de trabajo por razón de incapacidad temporal (artículo 45.1.c) ET) y que tiene por finalidad asegurar el mantenimiento del vínculo contractual durante un periodo en el cual el trabajador no puede prestar servicios<sup>1</sup>. Hasta la reforma laboral de 1994 (aprobada por la Ley 11/1994<sup>2</sup>), el Estatuto de los Trabajadores era incluso más garantista con el trabajador temporalmente enfermo, ya que su despido era considerado nulo. Así, en el ET de 1980<sup>3</sup>, el artículo 45.1.c) fijaba “*la incapacidad laboral transitoria<sup>4</sup> e invalidez provisional de los trabajadores*” como una causa de suspensión del contrato de trabajo y el apartado 6 del artículo 55 calificaba como nulo el “*despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo*”.

Sin embargo, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, modificó la redacción del artículo 55 ET desapareciendo, como supuesto específico de declaración de nulidad, la situación de suspensión temporal del contrato y, por consiguiente, la de incapacidad temporal<sup>5</sup>. De esta forma, tras la reforma laboral de 1994, el despido por enfermedad es ilícito pero, en principio, no puede ser declarado nulo<sup>6</sup>.

El presente trabajo examina, en primer lugar, la evolución legislativa y jurisprudencial del tratamiento del despido de un trabajador por razón de su enfermedad. La segunda parte del trabajo, analiza, en particular, la equiparación entre los conceptos de enfermedad y discapacidad desde la nueva perspectiva de “*modelo social*” de discapacidad.

---

<sup>1</sup> SOLÀ MONELLS, X., “Suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV., DEL REY GUANTER (dir.), *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, p. 788.

<sup>2</sup> Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>3</sup> Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>4</sup> Denominada “incapacidad laboral transitoria” hasta que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, introdujera su nueva y actual denominación: incapacidad temporal.

<sup>5</sup> En la actualidad se considera nulo el despido del trabajador durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad (y similares), adopción o acogimiento y paternidad (artículos 55 ET y 108.2 LRJS). No se menciona la enfermedad o la incapacidad temporal como supuesto de nulidad.

<sup>6</sup> Como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, la improcedencia del despido del trabajador enfermo parece ser la voluntad de la Ley 11/1994, al derogar el apartado 6 del artículo 55 del ET de 1980 (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2008, p. 61-64).

Los argumentos para considerar que el despido del trabajador temporalmente enfermo es susceptible de nulidad han sido muy variados, si bien todos ellos comparten un denominador común: se basan en la vulneración de un derecho fundamental. Así, el principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE), el derecho a la salud (artículo 15 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE).

## 2. La enfermedad como factor de discriminación

El artículo 14 de la Constitución Española (en su segundo inciso) contiene una prohibición de discriminaciones por específicos motivos o razones que el constituyente ha considerado especialmente odiosas o rechazables y, por ello, las ha vedado expresamente<sup>7</sup>. Estos motivos son los expresamente enunciados en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión) y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final (cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

Tras la reforma de 1994, los intentos por mantener la nulidad del despido por enfermedad se han dirigido, en particular, a vincular esa causa a la violación del derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE. Aunque la Constitución no incluye expresamente la enfermedad dentro de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 –al prever como únicos criterios de diferenciación discriminatorios el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión– se ha defendido que puede quedar comprendida en la cláusula genérica que prohíbe la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social<sup>8</sup>.

Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS, 4ª, de 291.1.2001 (RJ 2001\2069)) ha entendido que la referencia del inciso final del artículo 14 CE no puede interpretarse de forma tan extensiva “*que comprenda cualquier tipo de factor o circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad que opera de forma absoluta*”.

La improcedencia del despido viene fundamentada, según el TS, por el interés productivo del empresario, pues en estos casos, considera, que el despido se trata de una medida de conveniencia para la buena marcha de la empresa: “*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*

---

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ- PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F., *Igualdad y discriminación*. Temas clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1986, p.81.

<sup>8</sup> STSJ Cataluña 28.2.2000 (AS 2000\1230).

*considerare rentable por la empresa*”<sup>9</sup>. Desde este punto de vista, para el Tribunal Supremo, con carácter general, la enfermedad “*no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 CE*”, aunque sí puede llegar a serlo “*en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*”. La doctrina segregacionista del Tribunal Supremo ha sido confirmada posteriormente por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26.5.2008 (RTC 2008/62). Así, el órgano constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, ha declarado que la enfermedad temporal<sup>10</sup> “*difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el artículo 14 CE*”<sup>11</sup>. Aunque precisando que la enfermedad puede constituir un motivo de discriminación análogo a los expresamente citados en el artículo 14 CE encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias personales o sociales contemplada en el mismo “*cuando sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece*”<sup>12</sup>.

### **3. El despido por enfermedad como conducta lesiva de otros derechos constitucionales**

Algún sector doctrinal y judicial también ha invocado la posible lesión de otros derechos fundamentales para justificar la nulidad de tal despido, así, el derecho a la salud del artículo 15 CE o el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE).

#### *3.1. El derecho a la protección de la salud*

El derecho a la protección de la salud, está reconocido en el artículo 43.1 CE como principio rector de la política social y económica. Por tanto, por su ubicación topográfica,

---

<sup>9</sup> Para RODRÍGUEZ- PIÑERO se trata de un argumento discutible y además peligroso, pues generalizado podría justificar numerosas medidas discriminatorias que pueden ser “convenientes” para la empresa (p. ej. una trabajadora múltipara, un sindicalista incómodo, etc.) en la medida en que puede ser leída como justificando un despido improcedente, acto ilícito pero debido a una causa razonable, aunque no amparada por el ordenamiento (RODRÍGUEZ- PIÑERO, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 20, Quincena del 23 Oct. al 8 Nov., Tomo 2, La Ley, 2008, p.6).

<sup>10</sup> El TC emplea el término “enfermedad temporal” en contraposición al de “incapacidad temporal”. Nótese la posibilidad de que una enfermedad que afecte temporalmente a la capacidad laboral del trabajador no tiene por qué anularla completamente, como ocurre en el supuesto del trabajador en situación de IT.

<sup>11</sup> Lo cual coincide con la posición que se defiende en este trabajo, que la IT por sí misma no puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación, pues es necesario analizar la cuestión caso por caso y tener en cuenta los específicos elementos del supuesto que se trate.

<sup>12</sup> En este sentido, véase TOLEDO OMS, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 272-276.

no está comprendido en la categoría de los “*derechos fundamentales y libertades públicas*” a la que se refieren los preceptos del ET que establecen la nulidad del despido.

Lo relevante es que, con carácter general, el TC ha manifestado que el derecho a la salud queda comprendido en el derecho fundamental a la integridad personal reconocido en el artículo 15 CE<sup>13</sup>, pues protege la incolumidad corporal, es decir, el derecho “*a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento*”<sup>14</sup>. Sin embargo, el órgano constitucional ha señalado que en ámbito de las relaciones laborales el artículo 15 CE únicamente alcanza a la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, dejando claro que el derecho a la integridad física y moral “*no incluye el régimen de bajas por lesión o enfermedad regulado en el Derecho laboral y de Seguridad Social y por ello (el artículo 15 CE) no contiene una suerte de derecho fundamental a la baja laboral*”<sup>15</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado un importante sector doctrinal, para quien lo decisivo sería simplemente que el legislador ha querido otorgar una protección distinta a la situación de IT que a la situación de discapacidad y por tanto, el despido del trabajador en situación de IT no vulnera el derecho a la integridad física y moral contenido en el artículo 15 CE<sup>16</sup>.

De acuerdo con ese consenso, el Tribunal Supremo<sup>17</sup> también ha considerado que el despido del trabajador en situación de IT no lesiona el derecho a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 CE. En particular, considera inaceptable la asimilación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE) con el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), pues “*sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen,*

---

<sup>13</sup> El artículo 15 CE dice: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)*”.

<sup>14</sup> SSTC 27.6.1990 (RTC 1990/120); 14.7.1994 (RTC 1994/215); 11.3.1996 (RTC 1996/35)

<sup>15</sup> STC 12.9.2005 (RTC 2005/220).

<sup>16</sup> Entre otros muchos, SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A., “La calificación del despido basado en la enfermedad del trabajador: el derecho fundamental a la salud y el mantenimiento de la relación laboral”, *Información Laboral*, núm. 16, 2007, p.18. ENJUTO JAREÑO, D., “Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05”, *IUSLabor*, 4/2006, 2006, p. 5. Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas: STS, 4ª, 22.11.2007 (RJ 2008\1183).

<sup>17</sup> La denuncia de la infracción del artículo 15 CE ha sido abordada en las SSTS, 4ª, 22.11.2007 (RJ 2008\1183) y 22.9.2008 (RJ 2008\5533).

*pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la ley*<sup>18</sup>.

### 3.2. *El despido por represalia*

El artículo 24.1 CE reconoce el derecho de todas las personas –también, por tanto, de los trabajadores– a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Se trata de un derecho fundamental que en el ámbito laboral implica no solo el derecho de los trabajadores al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 4.2.g) ET] sino también la garantía de indemnidad<sup>19</sup>, esto es, la imposibilidad del empresario de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio legítimo, por parte del trabajador, de sus derechos<sup>20</sup>.

En un primer momento, el Tribunal Supremo negó la vulneración del artículo 24 CE en los supuestos de despido de un trabajador en situación de IT, porque la garantía de indemnidad comporta la existencia de actuaciones previas del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos laborales y que precisamente sean esas actuaciones las contestadas con el acto empresarial. El trabajador en situación de IT, en cambio, utiliza pacíficamente su derecho a la asistencia sanitaria y ninguna relación existe entre la utilización de este derecho y la acción empresarial, pues la decisión extintiva de la empresa tiene por causa la pérdida de interés productivo en el trabajador y no una represaría por encontrarse en situación de IT<sup>21</sup>.

Ahora bien, es preciso distinguir los casos en los que el despido constituye una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador –como en las anteriores sentencias– de aquellos en los que el despido actúa como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo. El Tribunal Supremo ha afirmado

---

<sup>18</sup> No obstante, un sector doctrinal viene afirmando que el derecho a la salud comprende el derecho a suspender el contrato de trabajo, dado que la propia configuración legal de la situación de IT exime al trabajador de prestar servicios hasta que recupere su salud (SÁNCHEZ TORRES, E., “La enfermedad como causa improcedente de despido”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2006, p. 435; GINÈS i FABRELLAS, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, 2010, p.8).

<sup>19</sup> Para el TSJ de Madrid “existe una garantía de indemnidad en relación con la generalidad de los derechos fundamentales, pues a todos ellos acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se derive del legítimo ejercicio de aquéllos. La indemnidad del trabajador enfermo deriva del “derecho a la salud consagrado en el artículo 15 CE” (STSJ de Madrid, 18.7.2006 (AS 2006, 2985).

<sup>20</sup> STC 18.1.1993 (RTC 1993/14); 28.2.2005 (RTC 2005/38) y 8.5.2006 (RTC 2006/138).

<sup>21</sup> STS, 4ª, 12.7.2004 (RJ 2004\7075). En un sentido similar, la STS, 4ª, 22.11.2007 (RJ 2008\1183).

rotundamente que en este último supuesto, en que existe una coacción relevante, el despido es contrario al ordenamiento constitucional y, por consiguiente, debe declararse nulo<sup>22</sup>. Así pues, afirma que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE. Este último supuesto se configura, por tanto, como la única excepción a la inquebrantable doctrina del Tribunal Supremo a favor de la calificación como improcedente del despido del trabajador temporalmente enfermo.

#### **4. La enfermedad asimilada a discapacidad como causa de discriminación protegida**

Otra vía más que se ha planteado para fundamentar la nulidad del despido del trabajador en situación de IT ha sido la posibilidad de asimilar la enfermedad a la discapacidad, ya que esta situación está protegida frente a la discriminación en el artículo 4.2.c) ET. Hasta ahora la doctrina no ha conseguido generar un estado de opinión concorde, ni el Tribunal Supremo ha dictado jurisprudencia clara al respecto. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha reabierto la discusión con la importante sentencia de 11 de abril de 2013 que asimila *determinadas* enfermedades a la discapacidad como factor de discriminación prohibido.

##### *4.1. Concepto de discapacidad*

Es posible distinguir, al menos, dos conceptos de discapacidad: el concepto médico y el concepto social<sup>23</sup>. El modelo *médico-legal* instaurado tras la II Guerra Mundial, entiende la discapacidad como una limitación causada por un accidente, enfermedad o condición de salud y, por tanto, el énfasis recae en la persona y en la actuación individual sobre los síntomas<sup>24</sup>. En cambio, el modelo *social* de discapacidad, cuya finalidad es la integración del discapacitado en todos los entornos de la sociedad, sostiene que las desventajas que reducen la calidad de vida de las personas con discapacidad no derivan de su distinta condición física o mental, sino de la percepción social de la discapacidad y de comportamientos discriminatorios que tienden a perpetuar tanto las instituciones como las estructuras de la sociedad<sup>25</sup>. Así pues, a diferencia del modelo médico, insiste en la

---

<sup>22</sup> STS, 4ª, 31.1.2011 (RJ 2011\922).

<sup>23</sup> OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, 2ª ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009, p. 44-46.

<sup>24</sup> VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar*, Reus, Madrid, 2009, p. 63-66.

<sup>25</sup> KAYNESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, Vol. 8, núm. 1, 2008, p. 1-34.



interacción entre la deficiencia y la reacción de la sociedad para adaptar a las personas con deficiencias. Este modelo propone un concepto amplio de discapacidad.

#### 4.2. *En la Convención de Naciones Unidas 61/106, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad*

La Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad (en adelante, Convención de la ONU)<sup>26</sup> se decanta por el modelo social de discapacidad. Así, en el Considerando e) del Preámbulo reconoce que la discapacidad “[e]s un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Y en su artículo 1.2 define a las personas con discapacidad como “[a]quellas 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 los demás”.

Además, el artículo 27 articula una protección específica de la persona discapacitada en el ámbito del trabajo. En concreto, en el apartado 1, letra a) se prohíbe expresamente la discriminación por motivos de discapacidad “con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo”.

Según esta perspectiva, la discapacidad es una consecuencia evitable y por ello, además de actuar en los factores de salud de las personas, la Convención de la ONU actúa especialmente sobre el entorno en el que se integran, con el objetivo de hacerlo más accesible. En la medida en que el modelo social de discapacidad va más allá de los límites de una noción tradicional de discapacidad, la Convención de la ONU ofrece una protección más sólida y amplia frente a la discriminación que una definición más restrictiva y centrada únicamente en la salud de la persona. En efecto, reconoce que la discapacidad es tanto una estructura social como un hecho médico<sup>27</sup>.

#### 4.3. *En la Unión Europea*

Actualmente, la Unión Europea se encuentra inmersa en la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, cuyo

---

<sup>26</sup> Aprobada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 13.12.2006 (ratificada por España el 3.12.2007, entrando en vigor el 3.5.2008).

<sup>27</sup> KELEMEN, R.D., “Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union”, *Harvard University Press*, Cambridge Massachusetts, 2011, p. 202.

objetivo es capacitar a las personas con discapacidad para gozar de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas y “*suprimir los obstáculos a su vida diaria*”. La Estrategia llama la atención sobre que las personas discapacitadas no pueden participar plenamente en la sociedad y la economía a causa, no solo de barreras físicas, sino también de “*la actitud del resto de la sociedad*”. Como parte de esta Estrategia, en octubre de 2010 la Unión Europea ratificó la Convención de la ONU<sup>28</sup>, que tiene carácter vinculante y forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión.

El régimen jurídico de la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de la Unión Europea está regulado en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>29</sup> (en adelante, Directiva 2000/78). Sin embargo, la Directiva 2000/78 no define el concepto de discapacidad y tampoco se remite al derecho de los estados miembros a efectos de definir dicho concepto. Por ello, su sentido y alcance ha sido objeto de una interpretación autónoma y uniforme por parte del TJUE, que se analizará más adelante.

#### 4.4. *En el ordenamiento jurídico español*

En el derecho español tenemos una norma que define la discapacidad: la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPD)<sup>30</sup>.

La LGDPD supone un cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad, apartándose del concepto médico de discapacidad, mediante la derogación de la anterior Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que en su artículo 1.2 consideraba únicamente personas con discapacidad aquellas a quienes se les hubiera reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Por tanto, vinculaba la concesión de los derechos otorgados por la norma (derecho al trabajo, igualdad de trato, protección social, derecho a vivir de forma independiente, etc.) al reconocimiento previo de un determinado grado de minusvalía por parte de la Administración.

---

<sup>28</sup> Decisión del Consejo 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (DOUE L 23 de 27.1.2010).

<sup>29</sup> DOUE n° 303, de 2.12.2000.

<sup>30</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE n° 289, de 13.12.2013).

La LGDPD, en cambio, introduce un concepto amplio de persona con discapacidad, de acuerdo con el modelo social de discapacidad al que se refiere la Convención de la ONU<sup>31</sup>. La norma se refiere expresamente a la Convención de la ONU en su exposición de motivos señalando que *“la Convención supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad”* (párrafo décimo del RDL 1/2013) y reconoce que uno de los objetivos de la reforma ha sido el de *“revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención”* (párrafo onceavo).

Ahora, en su artículo 4 establece que son personas con discapacidad, a todos los efectos, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, pero también, y esto es lo importante, *“aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

## **5. La estricta separación entre enfermedad y discapacidad en la jurisprudencia española**

La introducción en el debate judicial y doctrinal del concepto de discapacidad como eventual causa de nulidad en relación al despido de trabajadores en situación de incapacidad temporal se produce a raíz de la modificación legislativa efectuada mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que traspone al derecho español la Directiva 2000/78/CE.

Con la transposición de la Directiva 2000/78 se modifica, por un lado, el párrafo c) del artículo 4.2 ET al incorporar el derecho de los trabajadores *“a no ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*. Por otro, se modifica el apartado 1 del artículo 17 ET que considera nulas *“las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón...de discapacidad”*.

A raíz de este nuevo marco legal surgieron pronunciamientos judiciales defendiendo que la sustitución el término *“disminuciones físicas y psíquicas”* (previsto en el artículo 4.2.c ET anterior a la reforma) por *“discapacidad”* permitía la inclusión de la incapacidad

---

<sup>31</sup> En el Preámbulo de la LGDPD reconoce que la Convención de la ONU supone *“la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad”* y que la labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las leyes relativas a la discapacidad resulta necesaria dado el *“sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad”* a raíz de la Convención.

temporal o de la enfermedad dentro del conjunto de factores de discriminación prohibidos por el ET<sup>32</sup>.

Esta posición fue pronto rechazada por el Tribunal Supremo, que ha desaprobado reiteradamente una definición extensiva de la discapacidad que la equipare con la enfermedad. La STS, 4ª, 22.1.2008 (RJ 2008\1621) resume bien la doctrina de la Sala 4ª: el trabajador fue despedido mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal (previamente, desde su contratación había sufrido quince bajas por IT). Como causa de despido se le imputó una disminución voluntaria y continuada de su rendimiento laboral, siendo inferior al pactado. El Juzgado de lo Social lo declaró nulo y el TSJ de Catalunya confirmó dicho pronunciamiento. Sin embargo, el TS estimó el recurso de la empresa y declaró la improcedencia del despido. Respecto a la equiparación entre enfermedad y discapacidad dice:

*“En nuestra anterior sentencia rechazamos esa equiparación. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2º ET (...). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables”.*

Y así se rechaza esa equiparación afirmando 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. 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 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.*

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, la SJS núm. 33 de Barcelona, de 29.3.2005 calificó como nulo un despido sin causa de un trabajador en situación de IT al interpretar que la Directiva y su posterior trasposición al ordenamiento interno amplía las causas discriminatorias a la discapacidad y no hay ningún motivo razonable para excluir la enfermedad, por su carácter temporal, del concepto de discapacidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, según afirmaba el magistrado, ya no podía tenerse en cuenta, pues hacía referencia a situaciones de hecho previas a esta transposición y que, por tanto, no han tenido en cuenta que el concepto de discapacidad previsto en la Directiva es más amplio que el de «disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales» utilizado con anterioridad a la reforma de 2003.

*Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.”*

Según esta doctrina, la condición de discapacitado concurre únicamente en aquellos casos en que la enfermedad se concreta de forma oficial (administrativa, gubernativa o judicialmente) en un grado de discapacidad:

*“Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador”. (STS, 4ª, 29.1.2001 (RJ 2001\2069)).*

*“Ciertamente la respuesta pudiera haber sido diversa si la cuestión se hubiese planteado (...) en el sentido de mantenerse que la trabajadora se hallaba afecta de una discapacidad producida por el propio IAM y que en consecuencia le era aplicable la garantía de trato igualitario proporcionada por el artículo 4.2.c ET. En este sentido sería hipotéticamente sería argumentable –lo mismo que en supuestos de traumas producidos por accidentes– que el citado proceso cardiovascular no solamente integraba una enfermedad [en tanto que alteración de la salud], sino que a diferencia de la gran mayoría de éstas [transitoriamente incapacitantes], comportaba por sí misma una secuela –la necrosis del músculo cardiaco– que determinaba la permanente limitación en la capacidad vital y laboral [en grado variable, según la mayor o menor extensión del área afectada], y la consiguiente discapacidad, siquiera todavía no hubiese sido declarada por el correspondiente órgano administrativo” (STS, 4ª, 22.11.2007 (RJ 2008\1183)).*

## 6. La evolución en la jurisprudencia del TJUE sobre la separación entre enfermedad y discapacidad. La STJUE de 11.4.2013: una nueva enfermedad asimilada a la discapacidad

La noción de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, ha evolucionado notablemente en la jurisprudencia del TJUE. En la sentencia de 11.7.2006 (as. C-13/05, Chacón Navas), el tribunal confirmó la tesis restrictiva sostenida por el Tribunal Supremo, declarando que enfermedad y discapacidad son conceptos distintos que deben obtener una protección antidiscriminatoria también distinta.

En particular, sostuvo que el despido de un trabajador basado exclusivamente en su enfermedad no estaba incluido en el ámbito de protección contra la discriminación establecido por la Directiva 2000/78, ya que *“ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”* y *“no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación”*.

Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo, con la sentencia de 11.4.2013 (asuntos acumulados C- 335/11 y C-337/11, HK Danmark c. DAB y otros), ha rectificado su decisión de 2006, ampliando el concepto de discapacidad que había dado en aquella sentencia, que ahora abarca las enfermedades de larga duración que comporten limitaciones en la vida profesional<sup>33</sup>.

### 6.1. Hechos

La sentencia del TJUE se fundamentó en dos cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial danés respecto a dos trabajadoras que habían sido despedidas a causa de sucesivas bajas médicas que respondían a un diagnóstico de *“dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento”*, en el caso de la Sra. Ring, y de un *“latigazo cervical”* en el de la Sra. Werge. La autoridad administrativa consideró, en ambos casos, que tales dolencias no eran suficientes para generar una incapacidad.

El sindicato de trabajadores «HK Danmark» demandó a las empresas que habían efectuado los despidos ante los tribunales daneses. El sindicato fundamentó la demanda en el carácter discriminatorio de los despidos, alegando que las trabajadoras tenían una discapacidad según la definición dada por el TJUE en casos anteriores y, por consiguiente, sus respectivos empresarios debían haber realizado los ajustes previstos en

---

<sup>33</sup> Al respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A.V., “Discriminación laboral por enfermedad”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, Pamplona, núm. 866, 2013 (BIB 2013/1497).

el artículo 5.2 de la Directiva 2000/78 a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato en relación con las personas discapacitadas.

## 6.2. *El nuevo concepto de discapacidad según el TJUE*

Al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez danés, el TJUE declara que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 incluye el estado de salud de una persona que por dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede trabajar (o solo de forma limitada) durante un período de tiempo prolongado. Los argumentos que utiliza el tribunal para llegar a esta conclusión son los siguientes:

En primer lugar, llama la atención sobre la aprobación por parte de la Unión Europea de la Convención de la ONU “*después de que se dictara la sentencia Chacón Navas*”, cuyas disposiciones integran ahora el derecho de la UE, debiendo interpretarse el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 de conformidad con el concepto (social; en contraposición al médico) que maneja dicha Convención<sup>34</sup>. Por tanto, siguiendo la definición recogida en el artículo 1 de la Decisión del Consejo 2010/48/CE, según la normativa europea son personas con discapacidad aquellas “*que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

En segundo lugar, acoge la tesis de la Abogada General<sup>35</sup> para afirmar que la Directiva 2000/78/CE no solo resulta aplicable a las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, sino que también se incluyen en su ámbito de aplicación las discapacidades causadas por una enfermedad. En efecto, diferenciar en función de la causa de la discapacidad sería arbitrario y contrario al objetivo de la Directiva 2000/78 de cumplir con el principio de igualdad de trato<sup>36</sup>. Además, es indiferente que la enfermedad esté diagnosticada médicamente como curable o incurable, basta con que provoque dolencias mentales, físicas o psíquicas que al interactuar con determinadas barreras puedan a largo plazo impedir la participación plena y efectiva de la persona afectada en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Considerando 37.

<sup>35</sup> Apartado 46 de las Conclusiones de la Abogada General del TJUE Juliane Kokott de 6.12.2012 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark).

<sup>36</sup> Considerando 40.

<sup>37</sup> Considerando 41.

En tercer lugar, según el TJUE, el hecho que una persona solo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de discapacidad, puesto que una discapacidad “*no implica necesariamente la exclusión completa del trabajo o de la vida profesional*”. Y precisa, que el estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de discapacidad<sup>38</sup>.

Por último, el TJUE señala que la consideración de la existencia de una discapacidad no depende de la necesidad o no de adoptar medidas de ajuste razonable en el puesto de trabajo, sino que la obligación de realizar ajustes razonables es la consecuencia de la existencia de una discapacidad que nace tanto de la Directiva 2000/78/CE como de la Convención de la ONU<sup>39</sup>.

Agrupando las consideraciones anteriores, el Tribunal de Luxemburgo delimita el concepto de discapacidad dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, interpretada de acuerdo con la Convención de la ONU, de la siguiente forma: el concepto de discapacidad “*comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración*”<sup>40</sup>. Por tanto, conforme a la mencionada doctrina, el concepto de discapacidad engloba la enfermedad de larga duración –curable o no– que comporta limitaciones en la vida profesional.

Por otro lado, no es necesario que la enfermedad de larga duración alcance un determinado grado (en España, grado de minusvalía igual o superior al 33%; artículo 4.2 LGDPD) para que pueda ser considerada una discapacidad. Si bien es cierto que el TJUE, en la sentencia citada, no se ha pronunciado expresamente, el tribunal deja claro que una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional<sup>41</sup>. Y además de que no hay nada en el texto de la Directiva 2000/78 para advertir que su ámbito de aplicación se limite a discapacidades con un cierto nivel de gravedad, la Convención de la ONU apuesta por el concepto social de discapacidad, que

---

<sup>38</sup> Considerandos 43 y 44.

<sup>39</sup> Considerandos 45 y 46.

<sup>40</sup> Considerando 47.

<sup>41</sup> Considerando 43.



se opone al concepto médico, el cual toma como referente la declaración previa de un determinado grado de discapacidad para dispensar protección<sup>42</sup>.

### 6.3. Consecuencias de la sentencia

Con este pronunciamiento, el TJUE ha creado una tercera categoría que se añade a las de “mera enfermedad” y “discapacidad” (categorías que no pueden equipararse) y que podemos denominar “enfermedad asimilada a discapacidad”<sup>43</sup>. Esta enfermedad asimilada se sitúa en un espacio intermedio entre la mera enfermedad y la discapacidad, y afecta a trabajadores que sufren enfermedades que generan faltas de asistencia al trabajo sin que éstas, no obstante, lleguen a alcanzar un carácter definitivamente invalidante.

En el trasfondo de esta decisión se encuentra el desacuerdo del TJUE con la calificación como improcedente del despido por enfermedad de la regulación danesa que, naturalmente, es extrapolable al caso español. Esta revisión de la doctrina sentada en el asunto Chacón Navas supone una ampliación de los supuestos de discriminación a las enfermedades de larga duración, aunque no generen el reconocimiento administrativo de la situación de discapacidad.

Posteriormente, la STJUE de 18.12.2014 (asunto C-354/13, FOA) ha corroborado dicha interpretación en un caso concreto de obesidad del trabajador, señalando al respecto que la obesidad, cuando suponga una limitación de larga duración que pueda limitar el ejercicio de la actividad profesional del trabajador, es una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE<sup>44</sup>.

## 7. Influencia de la doctrina comunitaria en España

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya ha anunciado que, tras el pronunciamiento del TJUE en la sentencia de 11.4.2013 (HK Danmark), su doctrina habrá de ser

---

<sup>42</sup> A la misma conclusión llega el Abogado General del TJUE Yves Bot en sus conclusiones de 18.7.2013 (as. C-356/12, Glatzel): “*En mi opinión, de la definición establecida por el TJUE y por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se deduce que la discapacidad no debe apreciarse en función del grado de deficiencia de que se trata, sino a la luz de las consecuencias de dicha deficiencia cuando se manifiesta en un contexto social, en un entorno determinado*”.

<sup>43</sup> En el mismo sentido, VELASCO PORTERO, T., “El despido del trabajador enfermo: ¿Improcedencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, núm. 29, 2014, p. 11; y CUBA VILA, B., “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: Medidas de ajuste razonable”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 5 (BIB 2014/1282).

<sup>44</sup> Para un estudio en profundidad de la obesidad como causa de discriminación laboral, véase RIVAS VALLEJO, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *IUSLabor*, 1/2015.

modificada. Así lo ha manifestado en la STS, 4ª, 25.11.2014 (RJ\2015\27) en la que rechaza el argumento de la nulidad del despido por considerar que la sentencia de contraste citada por el trabajador, a efectos de viabilizar el recurso de casación para la unificación de doctrina, no contradice la recurrida dictada por el TSJ de Cataluña, sin perjuicio de que *“a la vista de la S.T.J.U.E. de 11 de abril de 2013 haya que matizar o precisar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación”*.

Hasta ahora, la recepción de la sentencia del TJUE no está resultando del todo pacífica como se refleja en algunas sentencias de suplicación sobre la calificación del despido por enfermedad del trabajador, manifestándose en algún caso posiciones encontradas con consiguientes votos particulares.

Al respecto, la STSJ Cataluña 1.7.2014 (AS 2014\2723) resulta interesante porque analiza las consecuencias que pueden extraerse de la sentencia del TJUE. En este caso, una trabajadora fue despedida por inasistencia al trabajo a causa de dolencias cervicales<sup>45</sup> derivadas de un accidente de trabajo *in itinere*, lo que dio lugar a que presentara una demanda solicitando la improcedencia del despido. El Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad del despido por discriminatorio. El carácter discriminatorio del despido lo fundamenta, entre otros motivos, en la STJUE de 11.4.2013, por considerar que *“cuestiona la rígida separación entre enfermedad y discapacidad en la que se fundamentaba la doctrina del Tribunal Supremo (que limita a las situaciones de discapacidad permanente la tutela antidiscriminatoria) y la amplía a determinadas situaciones de incapacidad temporal”*.

El recurso de suplicación presentado por la empresa es estimado por el TSJ de Cataluña y lo hace por la razón fundamental de entender que la STJUE 11.4.2013 (HK Danmark) no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, sino que se mantiene la contenida en la sentencia de 11.7.2006 (Chacón Navas) en los términos que transcribo:

*“En conclusión, podemos afirmar que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad, salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada pues la antecedente sentencia no establecía limitación alguna y lo de que la limitación derivada de ella sea a largo plazo ya se contenía en el punto 45 de la sentencia de 2006. ...en todos los supuestos analizados por el Tribunal, tanto en cuanto a los supuestos de protección frente a la discriminación, como respecto de la discriminación directa*

---

<sup>45</sup> Cabe destacar que se trata de las mismas dolencias que sufría una de las trabajadoras en la STJUE de 11.4.2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark).

*e indirecta, se parte siempre de una precisión previa, cual es que la enfermedad que debe examinarse no es la enfermedad pura y simple, o en palabras del Tribunal Europeo “en cuanto tal”, que no está comprendida en la protección contra la discriminación de la Directiva 2000/78 , sino que la única que comprende tal protección es la enfermedad que produce una discapacidad”.*

El TSJ de Cataluña parte de que el análisis del carácter discriminatorio del despido no puede valorarse, en este caso, desde la perspectiva de que lo fue por causa de discapacidad. Para la Sala, la empresa no tenía conocimiento del diagnóstico de la limitación en el momento del despido y, por tanto, no puede afirmarse que la extinción contractual “se realizó por temor o prevención de que la demandante pudiera quedar parcialmente discapacitada para su trabajo”. Por este motivo, considera que el análisis del posible carácter discriminatorio del despido debe centrarse exclusivamente en la circunstancia de que éste tuvo por causa la situación de IT de la trabajadora. Sin embargo, la referencia a la necesidad de un conocimiento previo de la entidad de la enfermedad es un peligroso argumento que podría justificar muchas situaciones de discapacidad en la medida en que las enfermedades de larga duración se manifiestan precisamente cuando ya ha transcurrido un largo periodo de baja médica.

Partiendo de esta consideración, el TSJ de Cataluña se apoya en la tesis de la improcedencia del despido por causa de enfermedad mantenida por el Tribunal Supremo que, como hemos visto, ha venido justificando tal calificación al tratarse de “una medida de conveniencia para la empresa» o basada en el «interés productivo del empresario”.

La sentencia contiene una última reflexión que se proyecta sobre otro de los elementos relevantes del despido por razón de enfermedad como es si la nulidad del despido puede venir amparada por la LGDPD, que establece un concepto amplio de discapacidad en el que se incluye la enfermedad de larga duración. La respuesta del TSJ de Cataluña es negativa. Entiende que la LGDPD no ha variado la situación anterior, pues parte “de la definición de discapacidad recogida en las directivas, convenciones o sentencias estudiadas” y, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha quedado desvirtuada. En consecuencia, en el caso de autos “no puede afirmarse que la dolencia de la actora comporte discapacidad alguna”.

La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ha hecho un importante esfuerzo argumental por mantener la tesis de la improcedencia del despido establecida por el Tribunal Supremo. Ha optado por una interpretación literal de la Convención de la ONU, pues considera que dicha normativa únicamente ha añadido que la enfermedad pueda ser “curable o incurable” y que debe tratarse de una limitación “a largo plazo”. Sin embargo, que la definición de discapacidad solo haya variado en estos términos no debe llevar a engaño.

La Convención de la ONU debe interpretarse atendiendo a la voluntad del legislador, voluntad que se manifiesta en su preámbulo, en el que resulta evidente la intención de superar el concepto médico de discapacidad y evolucionar hacia un modelo social de discapacidad que, a la práctica, incluye las enfermedades de larga duración como ha confirmado la STJUE de 11.4.2013. Con este pronunciamiento se ha producido una evolución en la apreciación de la discapacidad que incluye una nueva perspectiva social del concepto que influye no tanto en el término discapacidad sino en la interpretación que el TJUE y los tribunales realicen ante situaciones reales planteadas que permitan calificarla como discapacidad<sup>46</sup>.

Con todo, se opone un interesante voto particular que cuenta con el apoyo de cinco magistrados<sup>47</sup>, que opina que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí que ha quedado superada por un cambio en el concepto de discapacidad derivado de la STJUE 11.4.2013 y de la incorporación de la Convención de la ONU al ordenamiento jurídico español mediante la LGDPD. Se dan tres argumentos:

- (i) El voto particular entiende que la nueva LGDPD aporta una definición más amplia de discapacidad, ya que las personas calificadas con el grado del 33 % o superior no son las únicas a las que la Ley considera discapacitadas. Además, esta definición debe interpretarse según la Convención de la ONU que obliga a hacer una reinterpretación sobre cuáles son los sujetos incluidos en la tutela antidiscriminatoria por esta causa, pues incorpora un criterio de discapacidad que *“excede de lo que hasta ahora se interpretaba, ya que incluye enfermedades de larga duración, sean curables o incurables y al margen de la causa o calificación administrativa”*. Por consiguiente, *“no se puede seguir afirmando que la discapacidad es una situación permanente física, psíquica o sensorial que altera de forma permanente las condiciones de vida y que se reconoce mediante una determinada declaración administrativa del 33%, fuera de la cual no entra la tutela antidiscriminatoria”*.
- (ii) Con la reforma laboral de 2012, el artículo 52 ET, que regula las causas objetivas de absentismo, añadió a las causas no computables las ausencias que deriven de un tratamiento médico de cáncer o de enfermedad grave, incorporando el espíritu de la Convención de la ONU, *“superando la argumentación de la existencia de una barrera en la tutela de los derechos de los trabajadores, por una parte los que sufren*

---

<sup>46</sup> PÉREZ ANAYA, R.M., “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, núm. 1, enero-marzo, 2015, p.10.

<sup>47</sup> Formulado por Matilde Aragón Gassiot, al que se adhieren Ascensión Solé Puig, Carlos Hugo Preciado Domenech, Daniel Bartomeus Plana y Lidia Castell Valldosera.

*IT y por otra los catalogados con un 33% o más de discapacidad, entendiendo que una enfermedad grave o larga, limitativa deviene una circunstancia personal digna de protección, por la situación de especial vulnerabilidad en que sitúa a la persona que la sufre, si imposibilita trabajar, además de causar otras deficiencias en la vida personal, precisar atención médica, etc”.*

- (iii) La sentencia del TJUE de 11.4.2013 “*incorpora un concepto de discapacidad que si bien de manera expresa no equivale a enfermedad, si incorpora también determinadas enfermedades graves o de larga duración. (...) Aunque esta sentencia confirma reiteradamente el criterio genérico de la anterior sentencia TJUE de 2006, incorpora claramente una definición de discapacidad que incluye las enfermedades definidas por la Convención de las NNUU, no ya como deficiencia permanente y derivada de limitación de nacimiento o de accidente, sino de enfermedad curable o incurable, que causa unas dolencias físicas, mentales o psíquicas, que no permite a la persona realizar el trabajo o que sólo le permite realizarlo de manera limitada, durante un periodo probablemente prolongado o permanente”.*

En suma, considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que “*discapacidad es aplicable a la persona catalogada con un grado de más del 33% y enfermedad otro concepto diferente –no susceptible de ser incluido en la tutela antidiscriminatoria del artículo 14 CE y 17 ET– es un criterio que ya no es sostenible, ya que ciertas enfermedades graves o de larga duración, son o pueden ser efectivamente equiparables a discapacidad”*, de acuerdo con la definición de la Convención de la ONU, con la que debe interpretarse la Directiva 2000/78 y con la definición de la LGDPD. En el caso concreto, considera que los dolores cervicales de la trabajadora constituyen una enfermedad de larga duración, puesto que a los seis meses del accidente aún ha precisado rehabilitación. Por tanto, el despido solo por haber causado baja médica por esta causa, vulnera el derecho fundamental de la trabajadora y debería haber sido declarado nulo.

Una tesis contraria a la STSJ Cataluña 1.7.2014, aparentemente respetuosa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero apartándose sustancialmente de la misma es la sostenida por la STSJ Valencia 8.5.2014 (AS\2014\1728), que ha entendido que el despido de un trabajador tras una baja por lumbalgia de tres meses y ser declarado apto con limitaciones por el servicio de prevención ajeno de la empresa es discriminatorio y, por consiguiente, nulo.

El Tribunal considera que tales dolencias se corresponden con el concepto de discapacidad contemplado por la Directiva 2000/78 en la interpretación dada por la STJUE 11.4.2013. Según la Sala, la doctrina unificada del Tribunal Supremo en virtud de la cual no es posible equiparar enfermedad y discapacidad “*no debe llevar a*

*conclusiones simplistas o a ciertos automatismos, como la de entender que la enfermedad no puede ser en ningún caso un factor de discriminación*". Por eso, aplicando la STJUE 11.4.2013, entiende que dadas las circunstancias del caso se identifica *"una dolencia física –lumbalgia– que produce una limitación de larga duración –pues no solo la baja médica había durado 90 días, sino que la previsión era que no podía seguir desempeñando las mismas tareas– y que al interactuar con diversas barreras –como es un puesto de trabajo en el que se debían levantar pesos de hasta 10 kilos y realizar tareas con frecuentes encorvamientos– impedían la participación del Sr. (...) en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores de la empresa demandada"*.

La STSJ de Cataluña de 17.2.2015 (AS 2015\1435) ha examinado un caso muy similar al anterior en el que se produce el despido de una trabajadora [en base al artículo 52.a) ET] tras una baja por dolor torácico de cuatro meses y ser declarada apta con limitaciones por el servicio de prevención ajeno. En la sentencia se razona que la situación de discapacidad *"se produce no tanto desde la declaración de minusvalía formulada según nuestro derecho interno sino de conformidad con las previsiones de la Directiva Comunitaria"*. Situación de discapacidad que para el TSJC, siguiendo la definición dada por el TJUE, concurre en el caso de autos, pues *"nos encontramos ante una limitación derivada de dolencias físicas... que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional sin que, por parte del empleador, se adopten los ajustes razonables para que continuara trabajando"*. Lo que lleva a confirmar la decisión del Juzgado Social núm. 19 de Barcelona de declarar nulo el despido.

La particularidad del caso es que la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña insiste en que el concepto de discapacidad dado por el TJUE en la sentencia de 11.4.2013 (HK Danmark) no difiere del recogido en la sentencia de 11.7.2006 (Chacón Navas). Para el Tribunal, la nulidad del acto empresarial en este tipo de casos se apreciaba ya con la doctrina establecida en la STJUE 11.7.2006 (Chacón Navas)<sup>48</sup>.

Sin embargo, entre sus argumentos para justificar el fallo, cita la sentencia del TSJ de Valencia de 8.5.2014 que hemos visto antes: *"[a]nalizando un supuesto análogo al litigioso declara la STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2014 la nulidad del despido sometido a su enjuiciamiento al constar que éste"*.

---

<sup>48</sup> En realidad no es así; con anterioridad a la STJUE de 11.4.2013 y al régimen instaurado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, los casos en que el empresario fundamentaba la extinción del contrato en la ineptitud sobrevenida del trabajador *ex* artículo 52.a) ET se resolvían, en su mayoría, declarando la improcedencia del despido por falta de una causa justificadora del despido: STSJ Cataluña 5.3.2009 (AS 2009\2033), Galicia 27.5.2011 (AS 2011\2267), Islas Canarias 30.6.2010 (AS 2010\2882), Murcia 7.3.2011 (AS 2011\1511), Madrid 10.3.2008 (AS 2008\1507), entre otras.

Además, con esta sentencia viene a confirmar la decisión del magistrado de instancia de declarar nulo el despido, cuyo argumento principal era que la STJUE 11.4.2013 “*ha ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 a toda disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros que supongan una desventaja particular a personas por determinados factores personales, entre los que incluye la discapacidad*”. Por eso, el magistrado entiende que la anterior doctrina del Tribunal Supremo “*posibilitaría la procedencia de la extinción contractual al amparo del artículo 51.a) ET cuando la trabajadora, aunque no hubiere alcanzado ningún grado de incapacidad permanente, resultara incapaz en la realización de su trabajo ordinario, siempre que la enfermedad fuera posterior a la fecha de iniciación del trabajo*”. Para el Juzgado de lo Social, la STJUE 11.4.2013 “*ha aportado una evolución sustancial en torno a la equiparación entre enfermedad prolongada y minusvalía, en relación a anteriores pronunciamientos*”.

## 8. Conclusión

En estas páginas he tratado de poner de relieve que el nuevo modelo social de discapacidad reconocido por primera vez en la Convención de la ONU, después por la LGDPD, y aplicado en la sentencia del TJUE de 11.4.2013 para el caso concreto de trabajadores en situación de incapacidad temporal, conlleva la equiparación definitiva con la discapacidad de aquellas enfermedades de larga duración –curables o incurables– que acarreen una limitación física o psíquica para el trabajo.

La sentencia del TJUE debe llevar a una rectificación de la doctrina que han venido aplicando nuestros tribunales cuando han tenido que calificar una extinción contractual cuyo móvil no es otro que las bajas médicas o la enfermedad del trabajador. No es posible seguir manteniendo una interpretación restringida del concepto de discapacidad que la equipare al reconocimiento mediante declaración administrativa. De modo que aunque sigue siendo correcto que los conceptos de enfermedad y discapacidad no son coincidentes y que, por tanto, no todo despido que tenga su causa en la enfermedad del trabajador se puede calificar de discriminatorio, habrá que analizar caso por caso si estamos ante una situación asimilada a la discapacidad en el sentido expresado en la STJUE de 11.4.2013 que justifique la tutela antidiscriminatoria prevista en los artículos 4.2.c) y 17.1 ET. Algunos pronunciamientos confirman esta interpretación y el Tribunal Supremo ha avanzado una modificación de su clásica doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación.

Fecha recepción: 28.10.2015

Fecha aceptación: 20.12.2015