

DESPEDIMENTO E PROCESOS DE INCAPACIDADE TEMPORAL: UNHA APROXIMACIÓN Á DOCTRINA XUDICIAL E XURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA ANTES E TRAS A STXUE DA 1 DE DECEMBRO DE 2016, DAOUIDI, ASUNTO C-395/15¹

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Profesor Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Extremadura
fjhierro@unex.es

RESUMO

Abórdanse as repercusións que a STXUE da 1 de decembro de 2016, Daouidi, tivo na doutrina dos tribunais españois.

Palabras clave: Despedimento, incapacidade temporal, discapacidade.

ABSTRACT

It addresses the repercussions that the STJUE of December 1, 2016, Daouidi, has had on the doctrine of Spanish courts.

Keywords: Dismissal, temporary incapacity, disability.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. O ESTADO DA CUESTIÓN NA DOCTRINA DOS TRIBUNALIS ESPAÑOIS; 2.1.DOS TRIBUNALIS SUPERIORES DE XUSTIZA; 2.2.DO TRIBUNAL SUPREMO; 2.3. DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; 3. A DOCTRINA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA; 3.1. DISCAPACIDADE E ELEMENTOS DISCRIMINATORIOS: ENFERMIDADE,

* O presente traballo realízase no marco do Proxecto de investigación "A adaptación do ordenamento español á xurisprudencia social do Tribunal de Xustiza", RETOS 2015 (2015-PN139) Ref. DER2015-66922-R, financiado polo Ministerio de Economía e Competitividade e o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER).

OBESIDADE; 3.2. O ASUNTO DAOUIDI; 4. OS PRONUNCIAMENTOS DA ORDEN INTERNA A ESTA PARTE; 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A atención que a doutrina científica prestou á temática da cualificación do despedimento durante o proceso de incapacidade temporal do traballador nos últimos anos en modo algún pode acusarse de escasa. Máis ben, esta estivo marcada neste período polo que puidese cualificarse como moderación ou análise sostida no transcurso dos anos.

Derivada da secuencia e cadencia de estudos ante formulacións xudiciais e xurisprudenciais concretas (entre outros moitos poden citarse, Martín Jiménez, 2008, BIB 2008\987; Moreno Cáliz, 2009, pp. 47-57, Sirvent Hernández, BIB 2012\117 e Salcedo Beltrán, 2013, pp. 293-300) e acompañada, noutros termos, da análise de bloque ou en conxunto da doutrina dos tribunais (entre outros, cfr. San Martín Mazzucconi, 2011, pp. 49-66; Fernández Docampo, 2014, pp. 71-93; Moreno Márquez, 2010, pp. 117-127; Ginès i Fabrellas, BIB 2009\2050; Azagra Solano, BIB 2011\720; Arenas Viruez, 2011, LA LEY 15442/2010 e Rodríguez Martín-Retortillo, BIB 2017\818) sucedéronse no tempo as aproximacións a esta cuestión relevante.

Malia iso, esta singular materia encontrárase afastada ata o momento dos asuntos "estrela" que interesaron de xeito focalizado e intenso, tanto na súa orixe coma no seu posterior desenvolvemento, á doutrina científica (e dos que participan sen ningunha dúbida as distintas reformas laborais ou no campo da protección social ou está chamado a selo no tempo presente a Lei 6/2017, do 24 de outubro, de reformas urxentes do traballo autónomo) e que provocan publicacións por aluvián. Sen que, non obstante e como se advertiu, fose esta entendida como unha cuestión menor ou preterida pola investigación laboralista.

O pronunciamento do TXUE coa súa sentenza da 1 de decembro de 2106, Daouidi, asunto C-395/15, constitúe, dende logo, un elemento distorsionador da dinámica referenciada *supra* sobre este particular e está emprazado a

actuar como elemento tractor dos intereses iuslaboralistas. A súa transcendencia, sen risco de equívoco, requirirá da aproximación inmediata e mediata da academia. De feito, así xa está sucedendo no apenas escaso ano transcorrido dende a súa aparición (cfr. Rodríguez Cardo, 2016, A LEI 9625/2016; Castiella Sánchez-Ostiz, 2017, BIB 2017\727; Sánchez Pérez, 2017, BIB 2017\11172; Dueñas Herrero, 2017, pp. 425-449; Desdentado Daroca, 2017, BIB 2017\1107 ou Fernández Martínez, 2017, LA LEY 2865/2017).

O interesante debate xudicial e científico que se desenvolve sobre a cualificación que merece a extinción contractual nos procesos de incapacidade temporal do traballador toma agora un novo impulso da man do Tribunal de Xustiza (aspecto este, por outra banda, que está a ter especial valor dun tempo a esta parte dada a aplicabilidade directa das resolucións dos tribunais internacionais na orde social).

A esta suxestiva liña de análise aberta adhírese este traballo, co que se pretende analizar, de modo superficial propio dun comentario de sentenza, os antecedentes internos, os pronunciamentos do TXUE e, de modo significado, ver a relevancia e efectos que esta despregou xa, recentemente e malia o escaso tempo transcorrido, nas resolucións dos tribunais españois producidas con posterioridade.

Preténdese así, en definitiva, tomar o pulso ao posible "xiro" ou fixar "a senda continuísta" que na doutrina xudicial poida auspiciar o caso Daouidi, precedida da anterior doutrina comunitaria. Isto é, das conexións que poidan establecerse entre enfermidade e discapacidade e, por tanto, coa potencial consideración do despedimento como nulo ao concorrer elementos de discriminación por razón de discapacidade.

2. O ESTADO DA CUESTIÓN NA DOCTRINA DOS TRIBUNAIS ESPAÑOIS

2.1. DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE XUSTIZA

Parece adecuado, con carácter previo ao estudo da doutrina emanada da STXUE do 1 de decembro de 2016, realizar un breve e tanxencial repaso ás formulacións e argumentacións que o ordenamento xurídico e a doutrina xudicial sostiveron acerca da cualificación do despedimento (improcedente ou nulo, no seu caso) producido durante o proceso de incapacidade temporal do traballador.

A unanimidade existente ata o ano 1994 era evidente. A redacción do apartado 6 do art.º 55 da Lei 8/1980, do 10 de marzo, non deixaba marxe á interpretación: o despedimento dun traballador que tivese suspendido o seu contrato de traballo considerábase nulo se a xurisdición competente non apreciaba a súa procedencia.

Non obstante, esta férrea avinza viuse truncada coa promulgación da Lei 11/1994, do 19 de maio. O art.º 5.Trece deste texto legal suprimiu esta causa de nulidade, dando nova redacción ao mencionado art.º 55 ET (Desdentado Daroca, 2017).

Despois desta reforma, afirmouse, a cualificación do despedimento ten que efectuarse, en todo caso, á marxe e con independencia da situación en que puidese encontrarse a relación laboral do despedido (STSX Madrid 19 febreiro 2007, n.º rec. 5266/2006). Aspectos mantidos no tempo e que chegaron ata a actualidade.

Esta modificación normativa provocou que por parte dos tribunais se seguisen posicións encontradas. As liñas diverxentes sustentadas polas resolucións xudiciais poden concretarse como segue:

- a. Improcedencia do despedimento. As súas argumentacións, descartando calquera indicio de discriminación ou vulneración de dereitos fundamentais, foron as seguintes:
 - Non está en xogo dereito fundamental ningún, pois o dereito á saúde non ten ese rango e o

acto empresarial extintivo da relación laboral non pode considerarse contrario ao dereito fundamental á integridade física, que inclúe tamén a integridade moral, recoñecido no art.º 15 CE (STX País Vasco 12 xullo 2005, n.º rec. 1385/2005).

- O dereito fundamental a non ser discriminado ten que gardar relación con criterios históricos de opresión ou segregación. Non é posible afirmar que o despedimento por causa de incapacidade temporal sexa un despedimento nulo por discriminación por razón de saúde, porque a enfermidade non constitúe factor de discriminación aínda que o sexa de trato ilegal. Desbótase a asimilación do dereito á vida e á integridade física coa protección da saúde, pois este último non é un dereito fundamental senón un principio reitor da política social e económica, e non pode ser obxecto da tutela extraordinaria que para determinados dereitos fundamentais outorga a Lei, máxime cando non está en xogo o dereito a que non se dane ou prexudique a saúde persoal, senón o dereito ao traballo (STX País Vasco 2 decembro 2014, n.º rec. 2315/2014).
- O característico dos despedimentos discriminatorios non é a existencia ou inexistencia de causa sen máis, senón a presenza de circunstancias cuxo uso como causa de despedimento é radicalmente oposto a principios esenciais do ordenamento xurídico, en canto supón descoñecemento ou violación de dereitos da persoa que se reputan intanxibles (SSTX Comunidade Valenciana 26 outubro 2000, n.º rec. 2644/2000, 11 abril 2001, n.º rec. 2014/2001, 29 abril 2003, n.º rec. 135/2003, 13 maio e 6 outubro 2004, n.º rec. 593/2004 e 1856/2004, 13 maio 2005, n.º rec. 593/2004, 23 maio 2007, n.º rec. 1013/2007 e

Cataluña 15 decembro 2015, n.º rec. 4873/2015).

- O despedimento dos traballadores cuxo contrato se encontra suspendido xa non constitúe un despedimento nulo, senón no seu caso improcedente se resulta inxustificado ou ilegal, polo que o despedimento nulo se centra naqueles supostos en que o despedimento teña por móbil algunha das causas de discriminación prohibidas na Constitución ou na Lei, ou ben se produza con violación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas do traballador. Certo é que o dereito á saúde constitúe un dereito fundamental (art.º 15 CE) cuxa vulneración se produce cando se atenta contra esta, pero en ningún modo pode deducirse do texto constitucional que esa protección teña que estenderse ao ámbito laboral e que unha situación de enfermidade implique o mantemento a calquera prezo da relación laboral. Tampouco dende a óptica do principio de igualdade resulta posible establecer que se produciu unha discriminación, non só porque o art.º 14 da CE non menciona a enfermidade, senón tamén porque aínda podendo entenderse como unha situación (que non unha condición), a enfermidade pode afectar a calquera traballador, con independencia da súa condición de traballador, pois a enfermidade vai unida á condición do ser humano en xeral. Por último, en canto á protección dos dereitos fundamentais, a normativa constitucional vén a ser completada pola regulación específica laboral en materia de protección de dereitos fundamentais e de non discriminación, pois o art.º 17.1 ET establece un listado de causas propias dun comportamento discriminatorio dentro da relación laboral ou no acceso ao emprego, onde non consta tampouco a enfermidade ou a

situación de incapacidade temporal como unha causa de discriminación (SSTSX Comunidade Valenciana 11 abril 2001, n.º rec. 489/2001, 6 outubro 2004, n.º rec. 1856/2004 e 23 maio 2007, n.º rec. 1013/2007).

- A nulidade do contrato non se estende -nin explícita nin implicitamente- aos supostos de suspensión do contrato por enfermidade común. Tal figura desapareceu do ordenamento laboral. É máis, o art.º 52 ET autoriza a extinción do contrato laboral por «ineptitude do traballador coñecida ou sobrevida con posterioridade á súa colocación efectiva na empresa», ineptitude que, dende logo, pode deberse a enfermidade de índole física ou psíquica. Tamén a incapacidade permanente declarada e derivada de enfermidade é causa de extinción do contrato de traballo, sen que poida, nun e noutro caso, entenderse producido un intolerable atentado a unha «condición persoal» do traballador (STSX Galicia 19 outubro 2001, n.º rec. 4240/2001).
- O despedimento coincidente no tempo coa situación de incapacidade temporal non é dato por si só suficiente para cualificalo como nulo por contravir dereitos fundamentais do traballador, posto que ningunha singularidade se considera na nosa vixente lexislación para os despedimentos que se producen en tal situación (SSTSX Cataluña 3 maio 2001, n.º rec. 382/2001 e Castilla y León/Valladolid 5 marzo 2001, n.º rec. 252/2001).
- As baixas por enfermidade non constitúen causa de despedimento, pero tampouco son determinantes que as producidas con motivo delas teñan carácter discriminatorio (STSX Asturias 29 xuño 2007, n.º rec. 385/2007).
- A incapacidade temporal non se inclúe dentro das causas de discriminación por razón de discapacidade establecidas na Directiva

2000/78/CEE, así o destaca a sentenza de data 18 de decembro de 2014 (C-354/13), a teor da cal unha doenza física, mental ou psíquica a longo prazo só pode considerarse discapacidade cando, ao interactuar con outros elementos, impide a participación plena e efectiva da persoa na vida profesional respecto aos demais traballadores (STX Madrid 30 setembro 2015, n.º rec. 462/2015).

- O carácter pechado dos supostos de despedimento nulo non permite a inclusión entre eles do despedimento en fraude de lei, porque en virtude da reforma laboral introducida no noso ordenamento xurídico pola Lei 11/1994, do 19 de maio, os supostos de cualificación do despedimento como nulo quedan limitados unicamente a aqueles que se producen con violación dos dereitos fundamentais ou liberdades públicas do traballador ou por algunha das causas de discriminación prohibidas na nosa Constitución ou nas Leis, expulsando desta, para integralos como casos de despedimento improcedente, aqueles que teñen lugar con incumprimento dos requisitos formais ou os que se leven a cabo ao abeiro doutras normas que persigan resultado contrario ao ordenamento. Por outra parte, cabe sinalar que nin da doutrina do Tribunal Constitucional, nin do articulado do Convenio 158 da OIT cabe deducir que a consecuencia derivada dun despedimento sen causa teña que ser necesariamente a declaración de nulidade deste e a conseguinte readmisión do traballador. O propio Convenio permite, como alternativa á anulación da decisión extintiva, a compensación do traballador mediante o pagamento dunha indemnización axeitada ou outra reparación que se considere apropiada (STX Cataluña 26 setembro 2016, n.º rec. 3229/2016).

- A enfermidade non figura na lista de discriminacións do art.º 14 CE, non se contempla como tal causa no art.º 17.1 ET, nin na Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, e tampouco é equiparable á discapacidade para os efectos de discriminación, motivo polo cal a decisión extintiva adoptada pola empresa nesas condicións non pode dar lugar, en principio, á cualificación de nulidade (STSX Madrid 11 outubro 2013, n.º rec. 1426/2013).

Esta tese xudicial foi seguida, en boa parte conforme ás formulacións fixadas polo Alto Tribunal que asumiu esta postura e serán analizadas *infra*, por un bo número de sentenzas. Entre outras moitas poden citarse, SSTSX Cataluña 11 xuño 2002, n.º rec. 1051/2002, 31 xaneiro 2005, n.º rec. 6602/2004 e 10 novembro 2009, n.º rec. 4735/2009; Galicia 20 outubro 2010, n.º rec. 2843/2010; Comunidade Valenciana 23 maio 2007, n.º rec. 1013/2007; Aragón 29 decembro 2004, n.º rec. 1195/2004; Madrid 30 setembro 2015, n.º rec. 462/2015 e Asturias 30 marzo 2017, n.º rec. 509/2017.

Pode concluírse, en definitiva, que numerosa xurisprudencia (maioritaria) sinalou que a enfermidade "por si mesma" non se identifica coa discapacidade e, por tanto, o despedimento durante o período de incapacidade para o traballo, sen outras circunstancias, non é un factor discriminatorio no sentido que ten o inciso final do art.º 14 CE (STSX Cataluña 4 setembro 2014, n.º rec. 2845/2014).

- b. Nulidade do despedimento. Esta, malia o anterior, foi a conclusión alcanzada nun menor número de sentenzas apreciándose nos supostos analizados a vulneración dos dereitos fundamentais do traballador (integridade física ou igualdade). O cambio normativo levado a cabo no ano 1994 en modo ningún impide a determinación da nulidade da

extinción contractual ao concorrer elementos discriminatorios. Así se expresaron, entre outras, argüíndo que:

- A imputación nunha carta de despedimento disciplinario dunha causa ficticia, sen base fáctica ningunha, lesiona o dereito á tutela xudicial efectiva, en tanto que priva o traballador do coñecemento exacto da causa real do seu despedimento e, por iso, impide ou dificulta a súa acción xudicial de impugnación deste. E dada a dimensión constitucional da lesión, ao afectar ao dereito fundamental á tutela xudicial efectiva, a cualificación xudicial reparadora desta soamente pode ser a da nulidade do despedimento.
- O despedimento por causa explicitamente recoñecida da situación de incapacidade temporal debe ser cualificada como un acto discriminatorio e, por conseguinte, nulo e iso porque:
 - o unha norma internacional, de directa e prevalente aplicación, prohibe clara e incondicionadamente o despedimento en situación de incapacidade temporal (art.º 6 do Convenio 158 OIT);
 - o no contexto actual, a enfermidade ou o accidente laboral -e a situación de incapacidade temporal que xera- si constitúe, na situación presente de crise e de paro endémico, un claro elemento de discriminación en razón, precisamente, da situación de debilidade ou vulnerabilidade -física, pero tamén xurídica- que provoca [o colectivo de traballadores enfermos, aínda que sexa efémero e variable, merece -precisamente en razón daquela vulnerabilidade- unha especial protección para garantir a igualdade real e efectiva; a xustificación "economicista" ou "produtivista" para descartar a intencionalidade

discriminatoria tampouco é admisible e supón descoñecer o carácter prevalente do dereito fundamental á igualdade e á prohibición de discriminación (art.º 14 CE) respecto á defensa da produtividade das empresas (art.º 38 CE); a redución da discriminación por enfermidade ás excepcionais situacións "segregacionistas" comporta reducir a discriminación a unha actuación non só intencional, senón - ademais- perversa, cousa manifestamente inadmisíbel no actual estadio de evolución doutrinal e normativa do concepto de "discriminación directa", que se vincula exclusivamente á concorrencia do simple elemento "causal" e supón prescindir totalmente do concepto de "discriminación indirecta", que, de non apreciar aquel elemento "causal" determinante da apreciación dunha situación de "discriminación directa", si resultaría de aplicación]

- o e porque a doutrina iniciada coa STS 29 xaneiro 2001 provocou un indesexado efecto segregacionista (SXS Barcelona 19 novembro 2013, n.º rec. 398/2013).
- O que está a acontecer no ámbito laboral é a estigmatización do traballador enfermo. O feito certo é que o Tribunal Constitucional amplía o suposto do art.º 14, "...outra circunstancia ou condicións persoais e sociais..." a aqueles supostos nos que o factor enfermidade é tomado en consideración como un elemento de segregación baseado na mera existencia da enfermidade en si mesma considerada.

Non se comparte o argumento, sostén esta liña xudicial, de que é custosa para a empresa a baixa porque ten que pagar a cotización, pois iso supón "cosificar" ao traballador e ademais supón aceptar a enfermidade, que ten unha

protección constitucional no ámbito do dereito á saúde, como unha causa de extinción. Este argumento puramente económico que considera o traballador como un obxecto supón "castigar" a enfermidade do traballador que aparece ante a empresa como unha carga e, dende logo, supón converter a enfermidade nunha causa de discriminación. Iso vulnera o art.º 14 CE (STSX Canarias 25 xaneiro 2011, n.º rec. 204/2010).

- Non hai dúbida de que se discrimina a quen por razóns de saúde se ve obrigado a acollerse á protección social establecida nas normas laborais e de seguridade social [STSX Cataluña 28 febreiro 2000 (AS 2000, 1230)].
- Recoñecido explicitamente o dereito á saúde, á integridade física, como valor directamente conectado coa dignidade da persoa e o libre desenvolvemento da súa personalidade, resulta claro que calquera acto de exercicio deste dereito, como é o de recuperar a incolumidade corporal, a saúde, como concreción do dereito constitucionalmente recoñecido, non pode orixinar unha consecuencia prexudicial. O traballador que exercita o seu dereito a recuperar a súa saúde non pode sufrir un acto de represalia polo empresario manifestado no despedimento, pois mal podería ser efectivo o dereito a preservar e recuperar a saúde e a integridade física do traballador enfermo se non se acompaña dalgún tipo de garantía fronte a calquera actitudes de represalia que puidese adoptar a empresa.

O feito de que a lexislación actual non recolla expresamente unha garantía xeral ao respecto, como antes acontecía co antigo apartado 6 do art.º 55, non significa que o noso dereito positivo careza de medios de tutela do dereito fronte a eventuais represalias empresariais. Un primeiro paso de protección represéntao a esixencia xeral de xusta causa para o

despedimento: o carácter regulado do despedimento e das potestades disciplinarias implica certo obstáculo ao libre proceder do patrón. Pero esta cobertura resulta insuficiente porque permite a entrada en xogo de formas fraudulentas que encobren formas de represalia empresarial e, sobre todo, porque non asegura a reparación total dos prexuízos sufridos polo traballador que foi obxecto dunha represalia materializada nun despedimento. Neste caso, a simple declaración de improcedencia non consegue evitar o efecto represivo que se persegue, pois o traballador enfermo que é despedido acaba sufrindo a perda efectiva, se ben indemnizada, do posto de traballo, co que se consolida a mingua (STX Madrid 18 xullo 2006, n.º rec. 633/2006).

Sucédense no tempo, malia os pronunciamentos e asentada xurisprudencia do Alto Tribunal e avivadas polas resolucións dos tribunais internacionais, formulacións contrarias sobre esta problemática.

É evidente, patente queda pois, que non se trata esta dunha cuestión pacífica. As sutís arestas que rodean a materia auguran o mantemento durante moito tempo do debate aberto, sendo o casuismo ou a especificidade de cada formulación o que determinará a conclusión do caso concreto.

2.2. DO TRIBUNAL SUPREMO

Clara consecuencia das encontradas sentenzas xudiciais salientadas *supra* foi a pronta intervención, manifesta e reiterada, polo Tribunal Supremo. Foron numerosas as ocasións nas que o Alto Tribunal debeu enfrontarse á cualificación do despedimento producido nunha situación de incapacidade laboral do traballador e no que esta era empregada como causa xustificativa daquel.

O seu parecer foi inamovible (Ginès i Fabrellas, BIB 2009\2050) ao longo dos anos. A tese acollida, a improcedencia do despedimento.

As fundamentacións das súas formulacións constrínxense en:

- Sobre esta cuestión a doutrina unificada encóntrase establecida na sentenza invocada como contraditoria no presente recurso, seguida por outra posterior, de data 23 de setembro de 2002 (recurso 449/2002), a cuxo contido haberá aquí que estarse por razóns evidentes de seguridade xurídica. Nelas, seguindo as sentenzas de 17 de outubro de 1990 (RJ 1990, 7929), 23 de setembro de 1993 (RJ 1993, 7032) e 17 de maio de 2000 (RJ 2000, 5513) pátense do rexeitamento da existencia dunha discriminación nestes casos, posto que «o artigo 14 da Constitución Española comprende dúas prescricións que deben ser diferenciadas: a primeira, contida no inciso inicial dese artigo, refírese ao principio de igualdade ante a Lei e na aplicación da Lei polos poderes públicos; a segunda concrétese na prohibición de discriminacións e tende á eliminación destas en canto implican unha violación máis cualificada da igualdade en función do carácter particularmente rexeitable do criterio de diferenciación aplicado» e «esta distinción ten, segundo a xurisprudencia constitucional, especial relevancia cando se trata de diferenzas de trato que se producen no ámbito das relacións privadas, pois nestas, como sinala a sentenza 34/1984 (RTC 1984, 34), a igualdade de trato ten que derivar dun principio xurídico que impoña a súa aplicación». Partindo dese primeiro punto, continúaase dicindo na sentenza do 29 de xaneiro de 2001 (RJ 2001, 2069) que «É certo que o artigo 14 da Constitución Española se refire a calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social e que

o tratamento que a empresa impuxo ao actor se fundou nunha circunstancia que afecta á súa esfera persoal: a enfermidade. Pero a referencia do inciso final do artigo 14 da Constitución non pode interpretarse no sentido de que comprenda calquera tipo de condición ou de circunstancia, pois nese caso a prohibición de discriminación confundiríase co principio de igualdade de trato afirmado de forma absoluta. O que caracteriza a prohibición de discriminación, xustificando a especial intensidade deste mandato e a súa penetración no ámbito das relacións privadas, é, como di a sentenza do 17 de maio de 2000 (RJ 2000, 5513), que nela se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rexeitamento polo ordenamento e provoca unha reacción máis ampla, porque para establecer a diferenza de trato se toman en consideración condicións que historicamente estiveron ligadas a formas de opresión ou de segregación de determinados grupos de persoas ou que se exclúen como elementos de diferenciación para asegurar a plena eficacia dos valores constitucionais en que se funda a convivencia nunha sociedade democrática e pluralista. A enfermidade, no sentido xenérico que aquí se ten en conta dende unha perspectiva estritamente funcional de incapacidade para o traballo, que fai que o mantemento do contrato de traballo do actor non se considere rendible pola empresa, non é un factor discriminatorio no sentido estrito que este termo ten no inciso final do artigo 14 da Constitución Española, aínda que puidese selo noutras circunstancias nas que resulte apreciable o elemento de segregación. En efecto, trátase aquí simplemente dunha medida de conveniencia da empresa, que prefire prescindir dun traballador que no ano 1998 permaneceu en activo menos de catro meses. Esta situación do traballador non é, dende logo, unha causa lícita

de extinción do contrato de traballo, pois o artigo 52.d) do Estatuto dos traballadores, que contempla a morbilidade do traballador como unha posible causa de despedimento, a somete a unha serie de condicións que non se cumpriron neste caso. Pero iso determina a improcedencia do despedimento; non a súa nulidade, e o propio precepto citado indica que as ausencias por enfermidade, aínda xustificadas, poden constituír, en determinadas condicións, causa lícita de despedimento en atención ao interese da empresa. Tampouco resulta aquí aplicable a garantía do artigo 4.2.c).2º do Estatuto dos traballadores, porque nin consta que o actor fose declarado minusválido, nin o despedimento se produciu en atención a unha minusvalía sen repercusión na aptitude para o traballo, senón en atención aos períodos de baixa no traballo e a conseguinte perda para a empresa de interese produtivo no traballador» (SSTS 29 xaneiro 2001, n.º rec. 1566/2000; 23 setembro 2002, n.º rec. 449/2002; 12 xullo 2004, n.º rec. 4646/2002; 13 maio 2005, n.º rec. 2639/2004; 11 decembro 2007, n.º rec. 4355/2006; 13 febreiro 2008, n.º rec. 4739/2006 e 27 xaneiro 2009, n.º rec. 602/2008).

- "Non coincidimos na secuencia argumental, que parte dun erróneo presuposto, como é a «inaceptable asimilación» do dereito fundamental á vida e á integridade física [art.º 15 CE] co dereito á protección da saúde [o art.º 43.1 CE], pois sen prexuízo da indubidable conexión entre ambos os dous dereitos, o último dos citados non é un dereito fundamental, senón un principio reitor da política social e económica, e que como tal pode ser alegado ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as Leis que o desenvolvan [art.º 53.3 CE], pero non pode ser obxecto da tutela extraordinaria que para determinados dereitos fundamentais outorga a

Lei" (STS 22 novembro 2007, n.º rec. 3907/2006).

- De igual xeito rexéitanse as invocacións que se fan á dignidade da persoa como base da declaración de nulidade do despedimento, pois se ben tal dignidade é valor xurídico fundamental que consagra o art.º 10.1 CE de todos os xeitos o certo é que non se trata dun dereito fundamental susceptible de protección autónoma, senón que unicamente opera en relación cos dereitos fundamentais propiamente ditos, de maneira que a falta de vulneración de algún destes dereitos comporta a inargumentabilidade daquel «valor espiritual e moral inherente á persoa» (STS 22 novembro 2007, n.º rec. 3907/2006).

Cuestións ás que se adhíre, máis próxima no tempo e pese (ou co apoio quizais é como deba sosterse) á doutrina comunitaria, a fundamentación contida na STS 3 maio 2016, n.º rec. 3348/2014,

- "En principio hai que dicir que, efectivamente, esa condición persoal de discapacidade se converteu en causa legal de discriminación a partir da entrada en vigor da Lei 62/2003, que deu nova redacción ao art.º 4.2.c), parágrafo 2º ET ("Os traballadores... na relación de traballo... tampouco poderán ser discriminados por razón de discapacidade, sempre que se achasen en condicións de aptitude para desempeñar o traballo ou emprego de que se trate"). Pero, nin na linguaxe ordinaria nin na linguaxe técnica da lei, os conceptos de enfermidade e discapacidade son coincidentes ou equiparables.

E así se rexeita esa equiparación afirmando que a enfermidade, sen adxectivos ou cualificacións adicionais, é unha situación continxente de mera alteración da saúde, que pode e adoita afectar por máis ou menos tempo á capacidade de traballo do afectado. Como é de experiencia común, o colectivo de traballadores enfermos nun

lugar ou momento determinados é un grupo dos chamados efémeros ou de composición variable no tempo. A discapacidade é, en cambio, unha situación permanente de minusvalía física, psíquica ou sensorial, que altera de xeito permanente as condicións de vida da persoa discapacitada. En concreto, no ordenamento español a discapacidade é considerada como un *status* que se recoñece oficialmente mediante unha determinada declaración administrativa, a cal ten validez por tempo indefinido.

Parece claro, á vista das indicacións anteriores, que as razóns que xustifican a tutela legal antidiscriminatoria dos discapacitados no ámbito das relacións de traballo non concorren nas persoas afectadas por enfermidades ou doenzas simples. Estes enfermos necesitan curarse o mellor e á maior brevidade posible. Os discapacitados ou afectados dunha minusvalía permanente, que constitúen por iso un grupo ou colectivo de persoas de composición estable, teñen en cambio, como membros de tal grupo ou colectividade, uns obxectivos e unhas necesidades particulares de integración laboral e social que non se dan nas restantes doenzas ou enfermidades.

Como recordou STS 22 novembro 2007 (RJ 2008, 1183) a diferenza substancial no alcance dos conceptos de enfermidade e discapacidade foi apreciada tamén polo Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea en sentenza do 11 de xullo de 2006 (TXCE 2006, 192) (asunto Chacón Navas) [...]. De acordo con esta sentenza, a Directiva comunitaria 2000/78 exclúe a 'equiparación' de ambos os dous conceptos, correspondendo a discapacidade a supostos en que 'a participación na vida profesional se ve obstaculizada durante un longo período', polo que 'unha persoa que foi despedida polo seu empresario exclusivamente a causa dunha

enfermidade non está incluída no marco xeral establecido pola Directiva 2000/78. A iso engádesse que 'ningunha disposición do Tratado CE contén unha prohibición da discriminación' 'por motivos de enfermidade' e que 'non cabe deducir que o ámbito de aplicación da Directiva 2000/78 deba ampliarse por analoxía a outros tipos de discriminación ademais das baseadas nos motivos enumerados con carácter exhaustivo no artigo 1 da propia Directiva' (discapacidade, idade, relixión ou crenza, orientación sexual) ".

Aspectos sobre os que tampouco despregou incidencia ningunha a STXUE do 11 de abril de 2013 (TXCE 2013, 122), C-acumulados 335/11 e 337/11, que resolveu senllas cuestións prexudiciais formuladas por Dinamarca no seo de dous litixios por despedimento (STS 3 maio 2016, n.º rec. 3348/2014).

Isto é, toda unha serie de decisións desta Sala nas que se sostivo de xeito uniforme a mesma tese, que o despedimento en casos nos que o traballador se encontrase en situación de incapacidade temporal e sendo a súa causa a enfermidade debe ser cualificado de improcedente e non nulo.

Conclúese, por tanto, que a cualificación que corresponde a un despedimento que responda en realidade á devandita causa non é a de nulidade, senón a de improcedencia, salvo que concorran outras circunstancias nas que resulte apreciable o elemento de segregación. Suposto que ata o momento non foi observado (Azagra Solano, BIB 2011\720), pero que deixa a porta aberta á conflitividade.

Esta potencial discriminación ou segregación só poderá ser observada polos Tribunais, co que o casuismo conduce á súa participación directa.

2.3. DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Indo un pouco máis alá, ou se se quere ascendendo un paso máis neste inter procesual derivado desta temática, tamén houbo de pronunciarse o Tribunal Constitucional.

Foi na STC 62/2008, de 26 maio, cando o intérprete da norma Magna houbo de afrontar o recurso de amparo interposto contra determinadas resolucións xudiciais por considerar que estas vulneran o dereito á igualdade e á non discriminación (art.º 14 CE) por causa de enfermidade, así como o dereito á integridade física e moral (art.º 15 CE) en relación co dereito á protección da saúde.

Sinalou sobre este particular:

" [...] non cabe dúbida de que o estado de saúde do traballador ou, máis propiamente, a súa enfermidade, poden, en determinadas circunstancias, constituír un factor de discriminación análogo aos expresamente considerados no art.º 14 CE, encadrable na cláusula xenérica das outras circunstancias ou condicións persoais ou sociais contemplada neste. Cinguíndonos ao ámbito das decisións de contratación ou de despedimento [...], así acontecerá singularmente, como apuntan as resolucións agora recorridas baseándose en xurisprudencia previa da Sala do Social do Tribunal Supremo, cando o factor enfermidade sexa tomado en consideración como un elemento de segregación baseado na mera existencia da enfermidade en si mesma considerada ou na estigmatización como persoa enferma de quen a padece, á marxe de calquera consideración que permita poñer en relación a devandita circunstancia coa aptitude do traballador para desenvolver o contido da prestación laboral obxecto do contrato.

Non é este, non obstante, o suposto aquí analizado, no que a valoración probatoria efectuada polos órganos xudiciais puxo inequivocamente de manifesto que na decisión extintiva o factor enfermidade foi tido en conta coa perspectiva estritamente funcional do seu efecto incapacitante para o traballo. Por dicilo

doutro xeito, a empresa non despediu o traballador por estar enfermo, nin por ningún prexuízo excluínte relacionado coa súa enfermidade, senón por considerar que a devandita enfermidade lle incapacita para desenvolver o seu traballo, ata o punto de que, segundo afirma, de coñecer a devandita circunstancia con anterioridade á contratación non procedería a efectuala [...].

Temos que concluír, por todo iso, que unha decisión de despedimento como a aquí analizada, baseada na pretendida incapacidade do traballador para desenvolver o seu traballo por razón da súa enfermidade ou do seu estado de saúde, poderá conceptuarse legalmente como procedente ou improcedente, en virtude de que se acredite ou non a realidade da causa alegada e de que esta sexa ou non efectivamente incapacitante, pero non constitúe en si mesma unha decisión discriminatoria".

Posicionamento que, malia a argumentación do Ministerio Fiscal e o seu voto particular a favor do outorgamento do amparo solicitado, foi acollido e compartido pola doutrina científica. Así, como sinalou autorizada doutrina (Montoya Melgar, 2009), se ben o despedimento non foi procedente, pois a súa causa real non está incluída entre as tipificadas no art.º 54 ET, tampouco alcanzou o grao de arbitrariedade, irrazoabilidade e desproporción que caracterizan ao acto discriminatorio, polo cal non mereceu a cualificación de nulo.

Como vén sostendo a xurisprudencia social, o despedimento por enfermidade é discriminatorio cando a enfermidade é «elemento de segregación» e non cando é mero factor que fai inconveniente a relación laboral para a empresa; dito doutro modo, a enfermidade é unha «continxencia inherente á condición humana e non específica dun grupo ou colectivo de persoas», faltando polo tanto nela os «móviles específicos da conduta discriminatoria».

Incídese, polo tanto, nos posicionamentos manifestados con anterioridade. O factor discriminatorio, segregador ou de estigmatización do traballador enfermo será o elemento

detonante para declarar a nulidade do despedimento e non a súa improcedencia. A presenza deste non é, non obstante, doada de observar. Máis cando sempre a extinción da relación laboral leva aparelhada outros elementos que a conforman e xustifican.

3. A DOCTRINA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA

3.1. DISCAPACIDADE E ELEMENTOS DISCRIMINATORIOS: ENFERMIDADE, OBESIDADE...

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea non foi alleo a esta problemática, tendo ocasión de abordala en distintos pronunciamentos.

Así, dunha parte, a Sentenza do 11 de xullo de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (ECLI:EU:C:2006:456) versaba sobre o despedimento da señora Chacón Navas durante a súa situación de baixa laboral por enfermidade que se estendía durante oito meses.

O órgano xurisdiccional remitente das cuestións prexudiciais poñía de relevo que existe unha relación de causalidade entre enfermidade e discapacidade. Segundo este órgano a «discapacidade» é un termo xenérico que inclúe as deficiencias e os factores que limitan a actividade e a participación na vida social. A enfermidade pode producir deficiencias que discapaciten ao individuo. En todo caso, para o suposto de que se entendese que a discapacidade e a enfermidade son dous conceptos diferentes, proseguía o órgano xudicial nacional, promulgaba que se considerase que a enfermidade constitúe un sinal identitario non especificamente citado que debe engadirse a aquelas en relación coas cales a Directiva 2000/78 prohibe toda discriminación.

En definitiva, preguntaba o órgano xurisdiccional nacional se as situacións de enfermidade non encaixan dentro do marco protector que a Directiva 2000/78 dispensa contra a discriminación por motivos de discapacidade.

As argumentacións do Tribunal de Xustiza para responder de forma negativa aos interrogantes formulados foron as seguintes:

- O concepto de «discapacidade» refírese a unha limitación derivada de doenzas físicas, mentais ou psíquicas e que supoña un obstáculo para que a persoa de que se trate participe na vida profesional.
- É preciso excluír a equiparación pura e simple dos conceptos de discapacidade e enfermidade.
- Para que a limitación de que se trate poida incluírse no concepto de «discapacidade» requírese a probabilidade de que tal limitación sexa de longa duración.
- Da Directiva 2000/78 non pode extraerse indicación ningunha que suxira que os traballadores se encontran protexidos en virtude da prohibición de discriminación por motivos de discapacidade tan pronto como apareza calquera enfermidade.
- Un trato desfavorable por motivos de discapacidade só choca coa protección que pretende a Directiva na medida que constitúa unha discriminación.
- A Directiva 2000/78 non obriga a contratar, ascender ou manter nun posto de traballo a unha persoa que non sexa competente ou non estea capacitada ou dispoñible para desempeñar as tarefas fundamentais do posto de que se trate, sen prexuízo da obriga de realizar os axustes razoables para as persoas con discapacidade.
- Estes axustes razoables co fin de garantir a observancia do principio de igualdade de trato en relación coas persoas con discapacidades non poden, en ningún caso, supoñer unha carga excesiva para o empresario.
- A prohibición, en materia de despedimento, da discriminación por motivos de discapacidade opónse a un despedimento por motivos de discapacidade que, tendo en conta a obriga de realizar os axustes razoables para as persoas con discapacidade, non se xustifique polo feito de que a persoa en cuestión non sexa competente ou non estea capacitada ou

dispoñible para desempeñar as tarefas fundamentais do posto de que se trate.

- Ningunha disposición do Tratado CE contén unha prohibición da discriminación por motivos de enfermidade en canto tal.

Polo tanto, resulta que unha persoa que foi despedida polo seu empresario exclusivamente a causa dunha enfermidade non está incluída no marco xeral establecido pola Directiva 2000/78 para loitar contra a discriminación por motivos de discapacidade.

Doutra, e en clara evolución da doutrina precedente (Molina Navarrete, 2015, pp. 140-144), a STXUE do 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 e C-337/11 (ECLI:EU:C:2013:222), aborda de novo o suposto da cualificación do despedimento ante casos de incapacidade temporal e a posible discriminación que iso supón pola analoxía que puidese establecerse entre enfermidade e discapacidade (ou pola inclusión da primeira no concepto máis global da segunda).

No primeiro asunto, a Sra. Ring estivo de baixa en diversas ocasións no último semestre do ano. Os certificados médicos indican que padece dores permanentes na rexión lumbar para as que non hai tratamento, sen que se puidese efectuar ningún diagnóstico en canto á perspectiva de continuar unha actividade profesional a tempo completo. Tras o seu despedimento, comezou unha actividade a tempo parcial coa correspondente adecuación do posto de traballo.

No segundo, a Sra. Skouboe Werge estivo de baixa médica durante unhas tres semanas; faltou ao traballo despois por enfermidade uns días e de común acordo coa empresa estivo de baixa por enfermidade a tempo parcial durante catro semanas. Posteriormente pasou a baixa total por enfermidade. Despois de varias consultas médicas, o informe do profesional sanitario expoñía que non podía pronunciarse sobre a duración da incapacidade laboral, sendo a traballadora despedida meses despois.

Un sindicato de traballadores, en nome e representación de ambas as dúas traballadoras, interpuxo unha demanda de

indemnización contra os empregadores daquelas sobre a base da Lei antidiscriminación, entendendo que as dúas traballadoras tiñan unha discapacidade e que os seus respectivos empregadores deberan propoñerlles unha redución do tempo de traballo.

Ante esta petición, o órgano xurisdiccional danés formulou distintas cuestións prexudiciais. En primeiro lugar, se o concepto de «discapacidade» referido na Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que comprende o estado de saúde dunha persoa que, a causa de doenzas físicas, mentais ou psíquicas, non pode levar a cabo o seu traballo, ou só pode facelo en medida limitada durante un período de tempo que probablemente sexa prolongado, ou de xeito permanente. Ademais, pregunta se o devandito concepto debe interpretarse no sentido de que comprende unha condición causada por unha enfermidade diagnosticada medicamente como incurable, no sentido de que tamén comprende unha condición causada por unha enfermidade diagnosticada medicamente como curable e no sentido de que a natureza das medidas que ten que adoptar o empregador é determinante para considerar que ao estado de saúde dunha persoa lle é aplicable o referido concepto (apartado 34). En segundo lugar, se o art.º 5 da Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que a redución do tempo de traballo pode constituír unha das medidas de axuste a que se refire ese artigo. Ao que se une, por último, a cuestión de se esta Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que se opón a unha disposición nacional que establece que un empregador pode poñer fin a un contrato de traballo cun preaviso abreviado se o traballador discapacitado de que se trate estivo de baixa por enfermidade, mantendo a súa remuneración, durante 120 días nos últimos doce meses, cando esas baixas son consecuencia da súa discapacidade ou cando esas baixas son consecuencia de que o empregador non adoptou as medidas apropiadas conforme á obriga de realizar axustes razoables prevista no seu art.º 5.

O Tribunal de Xustiza, cunha ampla fundamentación (engadida á contida no asunto Chacón Navas), foi

respondendo a todas e cada unha das cuestións formuladas. Así, sostivo que:

- O concepto de «discapacidade» debe entenderse no sentido de que se refire a unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas que, ao interactuar con diversas barreiras, pode impedir a participación plena e efectiva da persoa de que se trate na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores.
- As deficiencias físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais deben ser «a longo prazo».
- Este concepto non comprende en exclusiva as discapacidades de nacemento ou debidas a accidentes, senón que tamén inclúe as causadas por unha enfermidade.
- Se unha enfermidade curable ou incurable carrega unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas que, ao interactuar con diversas barreiras, pode impedir a participación plena e efectiva da persoa de que se trate na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores e se esta limitación é de longa duración, tal enfermidade pode estar incluída no concepto de «discapacidade». En cambio, unha enfermidade que non supoña unha limitación desta índole non estará comprendida no concepto de «discapacidade».
- A enfermidade en canto tal non pode considerarse un motivo que veña a engadirse a aqueles outros motivos en relación cos cales se prohibe toda discriminación.
- O estado de saúde dunha persoa discapacitada que pode traballar, aínda que só sexa a tempo parcial, pode entrar dentro do concepto de «discapacidade».
- Non cabe excluír que unha diminución do tempo de traballo poida constituír unha das medidas de axuste a que se refire o art.º 5 da Directiva 2000/78 nos casos nos que esta redución permita ao traballador continuar exercendo o seu emprego,

conforme ao obxectivo perseguido polo devandito artigo.

- Incumbe ao xuíz nacional apreciar se a redución do tempo de traballo como medida de axuste supón unha carga excesiva para os empregadores.
- É preciso ter en conta os custos financeiros e doutro tipo que esta medida implica, o tamaño, os recursos financeiros e o volume de negocios total da organización ou empresa e a dispoñibilidade de fondos públicos ou doutro tipo de axuda.
- Un trato desfavorable por motivos de discapacidade só choca coa protección que pretende a Directiva 2000/78 na medida que constitúa unha discriminación.
- En comparación cun traballador sen discapacidade, un traballador discapacitado está exposto ao risco adicional de padecer unha enfermidade relacionada coa súa discapacidade. Deste modo, corre un maior risco de acumular días de baixa por enfermidade e, polo tanto, de alcanzar o límite de días de baixa fixado pola normativa nacional. Polo tanto, esta regra pode desfavorecer os traballadores con discapacidade e, deste modo, supoñer unha diferenza de trato indirecta por motivos de discapacidade.
- Corresponde ao órgano xurisdiccional remitente examinar se o lexislador nacional, ao perseguir os obxectivos lexítimos da promoción da contratación das persoas enfermas, por un lado, e dun equilibrio razoable entre os intereses opostos do empregado e do empregador no que atinxe ás baixas por enfermidade, por outro lado, non tivo en conta datos relevantes que se refiren, en particular, aos traballadores con discapacidade.
- As persoas afectadas por unha discapacidade encontran máis dificultades que os traballadores sen discapacidade para reincorporarse ao mercado de traballo e teñen necesidades específicas ligadas á protección que require o seu estado.

Polo tanto, e de modo concreto, sinala o Tribunal que:

- O concepto de «discapacidade» debe interpretarse no sentido de que comprende unha condición causada por unha enfermidade diagnosticada medicamente como curable ou incurable, cando esta enfermidade carrega unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas que, ao interactuar con diversas barreiras, pode impedir a participación plena e efectiva da persoa de que se trate na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores, e se esta limitación é de longa duración.
- O art.º 5 da Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que a redución do tempo de traballo pode constituír unha das medidas de axuste a que se refire o devandito artigo. Corresponde ao xuíz nacional apreciar se, nas circunstancias dos asuntos principais, a redución do tempo de traballo como medida de axuste supón unha carga excesiva para o empregador.
- A Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que se opón a unha disposición nacional que establece que un empregador pode poñer fin a un contrato de traballo cun preaviso abreviado se o traballador discapacitado de que se trate estivo de baixa por enfermidade, mantendo a súa remuneración, durante 120 días nos últimos doce meses, cando esas baixas son consecuencia de que o empregador non adoptou as medidas apropiadas conforme á obriga de realizar axustes razoables prevista no art.º 5 da devandita Directiva.
- A Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que se opón a unha disposición nacional que establece que un empregador pode poñer fin a un contrato de traballo cun preaviso abreviado se o traballador discapacitado de que se trate estivo de baixa por enfermidade, mantendo a súa remuneración, durante 120 días nos últimos doce meses, cando esas baixas son consecuencia da súa discapacidade, salvo se tal disposición, ao tempo que persegue un obxectivo lexítimo, non excede do

necesario para alcanzalo, circunstancia que corresponde apreciar ao órgano xurisdiccional remitente.

Ademais, a STXUE do 18 de decembro de 2014, FOA, asunto C-354/13 (ECLI:EU:C:2014:2463), versa sobre o despedimento dun traballador por circunstancia da súa obesidade cuestionándose se se producira unha discriminación por motivo de obesidade.

As cuestións formuladas polo órgano nacional circunscribíense á determinación de se é contraria ao Dereito da Unión unha discriminación por motivo de obesidade no mercado de traballo; se así fóra, se esta prohibición de discriminación sería directamente aplicable; a atribución da carga da proba ao empresario e se a obesidade pode considerarse unha discapacidade cuberta pola protección que brinda a Directiva 2000/78.

A postura do Tribunal de Xustiza concrétese en:

- Ningunha disposición dos Tratados UE e FOI contén unha prohibición da discriminación por motivo de obesidade como tal.
- Tampouco o Dereito derivado da Unión consagra un principio de non discriminación por razón de obesidade no ámbito do emprego e a ocupación.
- A obesidade como tal non pode engadirse a aqueles outros motivos en relación cos cales a Directiva 2000/78 prohibe toda discriminación.
- O concepto de «discapacidade» non depende de en que medida a persoa puidese ou non contribuír á súa propia discapacidade.
- Para os efectos da Directiva 2000/78, a obesidade como tal non pode considerarse «discapacidade».
- Non obstante, no suposto de que, en determinadas circunstancias, a obesidade do traballador de que se trate carrexase unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas que, ao interactuar con diversas barreiras, puidese impedir a participación plena e efectiva da devandita persoa na vida profesional en igualdade de

condicións cos demais traballadores, e se esta limitación fóra de longa duración, a obesidade podería estar incluída no concepto de «discapacidade» para os efectos da Directiva 2000/78.

De xeito indirecto, a STXUE do 22 de maio de 2014, Galtzel, asunto C-356/12 (ECLI:EU:C:2014:350), aborda a discapacidade como elemento de discriminación. Reiterando a fundamentación dos pronunciamentos precedentes concreta o concepto de discapacidade (apartados 45 e 46).

En todo caso, argumenta que a diferenza de trato pode non ser constitutiva de discriminación cando, debido á natureza dunha actividade profesional ou ao contexto en que se leve a cabo, a devandita característica diferenciadora constitúa un requisito profesional esencial e determinante, sempre que o obxectivo sexa lexítimo e o requisito proporcionado aos fins perseguidos. Isto é, sempre que tal esixencia responda efectivamente a un obxectivo de interese xeral, sexa necesaria e non constitúa unha carga desmesurada.

Novamente sobre o concepto de discapacidade pronúnciase a STXUE do 18 de marzo de 2014, Z, asunto C-363/12 (ECLI:EU:C:2014:159). Reincide nas argumentacións marcadas *supra*. A saber, que para o Tribunal de Xustiza o concepto de «discapacidade» no sentido da Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas, a longo prazo, que, ao interactuar con diversas barreiras, pode impedir a participación plena e efectiva da persoa de que se trate na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores.

De todo o anterior pódense extraer, de modo resumido, as seguintes conclusións: a enfermidade ou aquelas outras circunstancias a longo prazo que carrexan unha limitación poden quedar incluídas no concepto de discapacidade; a apreciación de se os axustes necesarios para eses supostos supón unha carga excesiva para os empregadores corresponde ao xuíz nacional e, por último, tamén é competencia do órgano xurisdiccional remitente examinar se

a lexislación nacional, ao contrastar a promoción da contratación das persoas enfermas e o equilibrio razoable entre os intereses opostos do empregado e do empregador tivo en conta ou non datos relevantes que se refiren aos traballadores con discapacidade.

3.2. O ASUNTO DAOUIDI

Recentemente, e ao fío sobre o que se constrúe este comentario, a STXUE do 1 de decembro de 2016, Daouidi, asunto C-395/15 (ECLI:EU:C:2016:917) retoma a problemática da posible discriminación por razón de discapacidade (e por tanto a cualificación da nulidade do despedimento) nos supostos de extinción do contrato dun traballador enfermo.

De modo resumido. Un traballador sobre o que previamente se manifestara de xeito favorable a prórroga do seu contrato temporal e o aumento da xornada de parcial a completa é despedido encontrándose en situación de incapacidade temporal derivada de accidente de traballo.

Entre outras cuestións prexudiciais, o órgano xurisdiccional nacional pregunta se a Directiva 2000/78 debe interpretarse no sentido de que o feito de que unha persoa se ache en situación de incapacidade temporal, conforme ao Dereito nacional, de duración incerta, a causa dun accidente laboral, leva consigo, por si só, que a limitación da súa capacidade se poida cualificar de «duradeira», conforme ao concepto de «discapacidade» mencionado nesa Directiva.

Sobre iso, o Tribunal de Xustiza:

- Reincide sobre o concepto de «discapacidade» (véxanse as sentenzas do 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; do 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, e do 18 de decembro de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 53).
- Atribúe ao xulgado remitente comprobar se a limitación da capacidade do interesado ten carácter

«duradeiro», xa que tal apreciación é de carácter fáctico (sen que a consideración de incapacidade «temporal» poida actuar como exclusión da durabilidade). Sobre este particular o órgano nacional debe basearse en todos os elementos obxectivos de que dispoña, en particular, en documentos e certificados relativos ao estado desa persoa, redactados de acordo cos coñecementos e datos médicos e científicos actuais.

- Concreta que o carácter «duradeiro» da limitación debe analizarse con respecto ao estado de incapacidade do interesado na data na que se adopta contra el o acto presuntamente discriminatorio.
- Perfila que entre os indicios que permiten considerar a durabilidade da limitación figuran, en particular, que, na data do feito presuntamente discriminatorio, a incapacidade do interesado non presente unha perspectiva ben delimitada en canto á súa finalización a curto prazo ou que a devandita incapacidade poida prolongarse significativamente antes do restablecemento da devandita persoa.
- Recorda que no caso de que se chegase á conclusión de que a limitación da capacidade é «duradeira», o trato desfavorable por motivos de discapacidade só choca coa protección que pretende a Directiva 2000/78 na medida que constitúa unha discriminación.
- Asevera que o feito de que unha persoa se ache en situación de incapacidade temporal, conforme ao Dereito nacional, de duración incerta a causa dun accidente laboral non significa, por si só, que a limitación que sofre esa persoa poida ser cualificada de «duradeira», conforme ao concepto de «discapacidade».

En fin, conclúe que o feito de que o interesado se ache en situación de incapacidade temporal de duración incerta (neste suposto a causa dun accidente laboral pero que podería ser igualmente aplicable aos casos de continxencias comúns) non significa, por si só, que a limitación da súa

capacidade poida ser cualificada de «duradeira», conforme á definición de «discapacidade». Contribuirá á determinación desta esixencia o feito de que na data do feito presuntamente discriminatorio a incapacidade do traballador non presente unha perspectiva ben delimitada en canto á súa finalización a curto prazo ou que a devandita incapacidade poida prolongarse significativamente. Ao comprobar a concorrencia deste requisito o órgano xurisdiccional nacional debe basearse en todos os elementos obxectivos de que dispoña, en particular, en documentos e certificados relativos ao estado da devandita persoa, redactados dos coñecementos e datos médicos e científicos actuais.

Polo tanto, son varios os elementos concorrentes para delimitar se a extinción do contrato de traballo en casos de incapacidade temporal, por enfermidade, pode ser cualificado de nulo por discriminatorio.

Non abonda en exclusiva con que a doenza ou patoloxía, a limitación física, mental ou psíquica que padecese o traballador teña o carácter de duradeiro [circunstancia advertible mediante distintos elementos ou indicios - ausencia dunha perspectiva ben delimitada en canto á súa finalización a curto prazo (non por si só o carácter incerto da duración)...-], senón que a iso ten que adherirse o carácter discriminatorio da medida que puidese implicar a extinción do contrato de traballo.

En definitiva, os elementos necesarios para a cualificación da nulidade do despedimento poderían concretarse na eventual presenza de:

- Enfermidade duradeira ou da longa duración (incluída no concepto de discapacidade).
- Extinción do contrato que constitúa unha discriminación.
- Os axustes razoables co fin de garantir que a observancia do principio de igualdade de trato en relación coas persoas con discapacidades non supoña unha carga excesiva para o empresario.

- A diferenza de trato constitutiva de discriminación non se soporta sobre un obxectivo lexítimo, é dicir, que non responda efectivamente a un obxectivo de interese xeral, sexa necesaria e non constitúa unha carga desmesurada.

4. OS PRONUNCIAMENTOS DA ORDE INTERNA A ESTA PARTE

A acollida da doutrina europea por parte dos tribunais nacionais non se fixo esperar. Neste tempo xa se produciron pronunciamentos de signo diverso. De novo, a diverxencia entre Tribunais é patente en tanto que as pautas comunitarias deixan amplas marxes de discrecionalidade.

En primeiro lugar ten que facerse referencia á sentenza do Xulgado do Social núm. 33 de Barcelona 23 decembro 2016 (n.º autos 1219/2014), coa que se dá resposta ao asunto formulado (Daouidi). O órgano xurisdiccional admite integramente a demanda interposta e declara a nulidade do despedimento, por constituír unha discriminación por razón de discapacidade e lesionar outros dereitos fundamentais da Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea.

A súa extensa fundamentación xurídica sostén:

- A situación analizada debe ser considerada indiscutiblemente unha "limitación duradeira" e, por conseguinte, unha situación de "discapacidade" para os efectos da Directiva 2000/78.
- Non se achegou unha explicación obxectiva e razoable da razón do despedimento do traballador que puidese desvirtuar aquel potente panorama indiciario da intencionalidade discriminatoria do despedimento.
- O despedimento do traballador constitúe unha discriminación, directa, por razón de discapacidade; ou alternativamente, indirecta dado que, ao cabo e dada a longa duración da súa incapacidade, o seu despedimento supuxo unha "barreira" ao impedir a súa recuperación e, con ela, "a participación plena e

efectiva do interesado na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores".

- O despedimento dun traballador polo só feito de estar en situación de incapacidade temporal de duración incerta por causa dun accidente laboral contravén frontalmente o mandato do art.º 30 CDFUE.
- A proclamación como "Dereito Fundamental da Unión Europea" do "Dereito á protección en caso de despedimento inxustificado" é incompatible coa exposta "práctica nacional" de cualificar este tipo de despedimentos "arbitrarios" ou "sen causa" coa simple "improcedencia", coa mínima indemnización que iso comporta. Dada a existencia no ordenamento interno de normas substantivas e procesuais internas que cualifican como "nulo" todo despedimento con vulneración dun "dereito fundamental", o mandato do art.º 10.2 CE debера determinar a cualificación de "nulidade" dun despedimento manifestamente arbitrario ou fraudulento por carecer de causa real, tal como viñera entendendo o Tribunal Supremo ata 1994.
- O despedimento por causa de estar en situación de incapacidade temporal constitúe unha lesión ao "dereito á integridade física", en tanto que foi despedido por exercer o seu dereito a alcanzar a recuperación (art.º 3.1 CDFUE. Dereito á integridade física e psíquica da persoa).
- A actuación empresarial só pode ser percibida como hostil e ofensiva, en tanto que supón un claro desprezo aos dereitos do traballador (art.º 15.1 CDFUE. Dereito a traballar e exercer unha profesión libremente elixida ou aceptada. art.º 31.1 CDFUE. Dereito a traballar en condicións que respecten a súa saúde, a súa seguridade e a súa dignidade).
- Unha decisión empresarial de despedir un traballador por causa de exercer os dereitos de recibir prestacións sanitarias e económicas debера entenderse que lesiona, tamén, ambos os dous dereitos fundamentais proclamados na CDFUE

debendo determinar a cualificación xudicial de nulidade do despedimento (art.º 34. CDFUE Dereito á Seguridade social. Art.º 35. Dereito á Protección da saúde).

Non obstante, non foi esta a postura mantida polos Tribunais Superiores de Xustiza.

O recurso de suplicación presentado sobre o pronunciamento anteposto revoga este e desestima a demanda en canto á súa petición principal (declaración de nulidade); non así sobre a pretensión subsidiaria, declarando a improcedencia do despedimento.

Foi a STSX Cataluña 12 xuño 2017, n.º rec. 2310/2017, a que se ocupou desta materia. Os seus razoamentos:

- A aplicación da doutrina xurisprudencial e constitucional preexistente sobre a cualificación do despedimento en supostos de incapacidade temporal ao caso concreto non permite albergar ningunha dúbida de que o despedimento non foi discriminatorio, nin vulnerador de ningún dos dereitos fundamentais, nin tampouco os non fundamentais que se citan, nin polo tanto está viciado de nulidade. A situación de incapacidade temporal na que se encontraba o actor cando foi despedido, á marxe de cal fose a intencionalidade da empresa, só permite cualificala de despedimento improcedente, pois non se trata dun suposto no que o factor enfermidade se tomase en consideración como un elemento de segregación. Parece entón evidente, que despois de transcorrer apenas un mes e medio dende que sufriu o accidente de traballo, cunha lesión de cóbado que presumiblemente era leve e que curou nun prazo máis que razoable en atención ao momento en que foi dado de alta por curación sen secuelas, á única conclusión que pode alcanzarse, "en tanto que a sentenza agora recorrida, non introduciu ningún elemento diferenciador relevante, é a que recollía nosa anterior sentenza, e a que describe a sentenza da

Sala IV do TS que a confirma, e en definitiva, no presente caso, debemos sinalar que a xuízo desta Sala, a empresa non sustentou a súa decisión de despedir por razón da doenza que sufría o traballador, nin tivo causa nun motivo ou factor de discriminación senón na pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermidade ten no rendemento laboral".

- A situación do actor no momento en que foi despedido, único momento que se pode ter en conta (e non o estado que presentaba no momento en que se celebrou o xuízo, nin no momento anterior a ditarse a sentenza), á única conclusión a que leva é que se encontraba nunha situación de incapacidade reversible que non se pode cualificar de duradeira, pois entre o accidente de traballo e o despedimento apenas pasara 1 mes e 23 días e ademais foi dado de alta médica sen secuelas o 20 de xullo de 2015. No suposto axuizado, a situación do actor non pode cualificarse de incapacidade nos termos que dispón a devandita resolución nin ten cabida para os efectos de tutela na Directiva 2000/78, nin por conseguinte a empresa puido cometer co despedimento por esta causa ningún tipo de discriminación.
- Non se acreditou que existise unha ameaza constitutiva dunha conduta que poña en risco a saúde, lesiva para o dereito á integridade física de acordo coa doutrina constitucional.
- Como queira que non aparecen entre as causas de nulidade a fraude de lei, tampouco é posible reconducir o suposto a figuras que están previstas para despedimentos discriminatorios ou atentatorios doutros dereitos fundamentais. A nulidade por falta de causa nos despedimentos colectivos non se pode nin se debe aplicar aos casos de despedimento individual porque o colectivo ten a súa propia regulación e consecuencias, e o que no colectivo se protexe son os intereses xerais e non particulares, que sen dúbida están máis necesitados que o

interese individual que se encontra sempre nun plano inferior de protección.

En igual sentido, declarando a improcedencia do despedimento tamén se sostivo:

- Que no momento do despedimento, cando aínda se encontra o traballador en situación de incapacidade temporal, nada permite dubidar, a falta de proba ningunha en contrario, de que a súa recuperación lle permitirá continuar a súa vida laboral. Por conseguinte, non pode aceptarse que cando foi despedido o demandante fose un discapacitado ou que sen dúbida ningunha o fose a ser, e que precisamente por iso o despediron, dispensándolle por iso un trato desigual respecto aos traballadores plenamente sans (STX País Vasco 25 abril 2017, n.º rec. 807/2017).
- O seguimento da doutrina xurisprudencial precedente (SSTX Cataluña 26 setembro 2016, n.º rec. 3229/2016 e Asturias 30 marzo 2017, n.º rec. 509/2017).
- E a falta da consideración de discapacitada da traballadora, por canto non pode cualificarse de duradeira a situación de incapacidade temporal, e por tanto incluída no concepto de discapacidade, porque a traballadora vivise dous momentos de incapacidade temporal, un de dous meses de duración por bronquite e outro dun mes por accidente de traballo (STX Cataluña 3 abril 2017, n.º rec. 7641/2016).

En sentido contrario, isto é, albergando a nulidade do despedimento fundaméntase:

- Os feitos denotan unha estreita relación, cando menos cronolóxica, entre as baixas do traballador e a extinción do seu contrato susceptible de conculcar o dereito fundamental á igualdade e á integridade física que recollen múltiples sentenzas de Tribunais especiais.

- Este debate sobre a cualificación de nulidade do despedimento se o traballador está de baixa por incapacidade laboral (baixa médica) foi resolto polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea na cuestión prexudicial formulada ante este polo Xulgado do Social n.º 33 de Barcelona, no sentido de que é discriminatorio e debe ser nulo en lugar de improcedente.
- O traballador ten dereito a non ser despedido sen xusta causa. "Unha decisión empresarial de despedir un traballador por causa de exercer dereitos tan fundamentais como o de recibir prestacións sanitarias e económicas, en situación de incapacidade temporal por causa dun accidente de traballo, debera entenderse que lesiona, tamén ambos os dous dereitos fundamentais proclamados na CDFUE, debendo determinar así mesmo a cualificación xudicial de nulidade do despedimento por atentar a tales dereitos fundamentais" (STSX Madrid 5 xullo 2017, n.º rec. 463/2017).

Non parece, non obstante, que vaia ser esta última a postura predominante entre os Tribunais.

As dúbidas albergadas ou os conceptos abertos contidos nos pronunciamentos do Tribunal de Xustiza da Unión Europea auguran que será o escrutinio pormenorizado acerca da concorrencia das seguintes esixencias:

- Enfermidade duradeira ou da longa duración (incluída no concepto de discapacidade).
- Extinción do contrato que constituía unha discriminación.
- Valoración sobre os axustes razoables co fin de garantir a observancia do principio de igualdade de trato en relación coas persoas con discapacidades e que estes non supoñan unha carga excesiva para o empresario.
- E que a diferenza de trato constitutiva de discriminación non se soporte sobre un obxectivo lexítimo, isto é, que non responda efectivamente a

un obxectivo de interese xeral, sexa necesaria e non constitúa unha carga desmesurada.

As que perfilarán a posición dominante.

Actuará en primeiro lugar o complexo debate sobre a durabilidade da enfermidade ou incapacidade ao obxecto do seu axeitado encadre no concepto de discapacidade. Para seguidamente acoller o posicionamento acerca do elemento discriminatorio e, se é o caso, a posible xustificación deste, en tanto que prevalece unha carga excesiva para o empresario ou se soporte sobre un interese ou obxectivo lexítimo.

Aínda cando cabería manifestar que estes novos pronunciamentos puidesen conducir a un cambio da doutrina xurisprudencial vertida sobre a cualificación do despedimento ante situacións de incapacidade temporal, todo apunta a que non será tal ou polo menos drástica. Conducindo ao complexo debate sobre o marco dun concepto xurídico indeterminado de innumerables arestas (Desdentado Daroca, 2017, BIB 2017\1107).

Como sinalou algún sector da doutrina non é arriscado aventurar un incremento notable da litixiosidade nesta materia (Rodríguez Cardo, 2016, A LEI 9625/2016). A concreción complexa das liñas marcadas conducirá inexorablemente a ese resultado.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arenas Viruez, M. (2011): "La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia", *Relaciones Laborales*, núm. 1, LA LEY 15442/2010.

Azagra Solano, M. (2011): "Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, BIB 2011\720.

Castiella Sánchez-Ostiz, J. (2017): "El despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal podrá ser declarado nulo por discriminatorio", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, BIB 2017\727.

- Desdentado Daroca, E. (2017): "El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas", *Información Laboral*, núm. 3, BIB 2017\1107.
- Dueñas Herrero, L. J. (2017): "¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 200/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, pp. 425-449.
- Fernández Docampo, B. (2014): "La salud del trabajador como causa de discriminación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, pp. 71-93.
- Fernández Martínez, S. (2017): "Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi (1). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395/15, Daouidi", *Trabajo y Derecho*, núm. 28, LA LEY 2865/2017.
- Ginès i Fabrellas, A. (2010): "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, BIB 2009\2050.
- Martín Jiménez, R. (2008): "La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Pleno de la Sala), de 5 de noviembre de 2007. Sentencia núm. 720/07. Recurso núm. 3100/07) (AS 2008, 490)", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, BIB 2008\987.
- Molina Navarrete, C. (2015): "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso ring»", *Temas Laborales*, núm. 130, pp. 135-159.
- Montoya Melgar, A. (2009): "¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo? Comentario a la STC 62/2008, de 26 de mayo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 143.

- Moreno Cáliz, S. (2009): "Incapacidad temporal y despido disciplinario", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 21, pp. 47-57.
- Moreno Márquez, A. Ma (2010): "Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 11, pp. 117-127.
- Rodríguez Martín-Retortillo, R. (2017): "La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, BIB 2017\818.
- Rodríguez Cardo, I. (2016): "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", *La Ley Unión Europea*, núm. 43, LA LEY 9625/2016.
- Salcedo Beltrán, Ma del C. (2013): "Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 7, pp. 293-300.
- San Martín Mazzucconi, C. (2011), "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal", en Vv. Aa. *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, C. San Martín Mazzucconi e A. I. Pérez Campos (coord.^{as}) e A. V. Sempere Navarro (dir.), Madrid, Ediciones Cinca.
- Sánchez Pérez, J. (2017): "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud", *Información Laboral*, núm. 5, BIB 2017\11172.
- Sirvent Hernández, N. (2012): "La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, BIB 2012\117.