

# LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN TRAS LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO  
*Profesora ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** enfermedad; condición de salud;  
discriminación; despido

La reciente promulgación de la Ley 15/22, de 12 de julio aborda omnicomprensivamente el derecho a la no discriminación, incluyéndose nuevas circunstancias en las que es apreciable la lesión al mismo.

El propósito de las presentes líneas es partir de la elaborada doctrina sostenida por el Tribunal de Luxemburgo sobre el concepto “enfermedad”, en cuanto esta circunstancia puede constituir un factor discriminatorio al presentar rasgos propios que la sitúan cerca del elemento sí previsto en la Directiva 78/2000, “discapacidad”.

Tras ello, se propone un análisis interpretativo del nuevo factor discriminatorio de “enfermedad o condición de salud” a la espera de la luz que arrojarán los pronunciamientos judiciales, todo ello circunscrito al ámbito de las relaciones laborales y, más concretamente, a la fase extintiva.

## ABSTRACT

**Key words:** illness, health condition, discrimination, dismissal

The recent enactment of the Comprehensive Law 15/22 of 12 July comprehensively addresses the right to non-discrimination, including new circumstances in which the infringement of this right is appreciable.

The purpose of the present is to start from the elaborate doctrine held by the Court of Luxembourg on the concept of “disease” in so far as it may constitute a discriminatory factor by having its own features that place it close to the element provided for in Directive 78/2000, “disability”.

After that, an interpretative analysis of the new discriminatory factor of “disease or health condition” is proposed, pending the light that the judicial pronouncements will shed, all limited to the field of labor relations and, more specifically, to the extinction phase.

## ÍNDICE

1. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DURANTE SU SUSPENSIÓN CONTRACTUAL ES NULO, PERO NO PARA SIEMPRE
2. EL DESPIDO OBJETIVO DEL TRABAJADOR ENFERMO
  - 2.1. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador
  - 2.2. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida
3. EL DESPIDO SIN CAUSA DEL TRABAJADOR ENFERMO: LA RESPUESTA DE NUESTROS TRIBUNALES INTERNOS
4. LA INFLUENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO
  - 4.1. Contexto
  - 4.2. Primera etapa
  - 4.3. Segunda etapa
  - 4.4. Tercera etapa
5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD PREVIA A LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD
6. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD TRAS LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD
  - 6.1. Apuntes previos
  - 6.2. Argumentos a favor de la nulidad de todos los supuestos
  - 6.3. Argumentos de oposición a la nulidad de todos los supuestos
7. CONCLUSIONES

### 1. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DURANTE SU SUSPENSIÓN CONTRACTUAL ES NULO, PERO NO PARA SIEMPRE

Salvo que se apreciara por el órgano judicial su procedencia, esto es, la existencia de una causa que habilitara al empresario para extinguir el contrato de trabajo. Estos eran los términos tajantes con que se expresaba el legislador de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo, artículo cincuenta y cinco apartado seis).

Siguiendo con la norma sustantiva, también se preveía (artículo diecisiete) la nulidad de cualquier acto (no solo el extintivo) que contuviera “discriminaciones desfavorables por razón de edad o ... por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

En clara coherencia con esta previsión, el art. 102.2 de la Ley de Procedimiento Laboral también de 1980<sup>1</sup> acogía este efecto de nulidad expresamente para los supuestos en que “el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido”.

De esta manera, se optaba por un efecto de nulidad automática cuando se ponía fin a la relación laboral que se encontraba suspendida. Ante ello, el despido del

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

trabajador que se hallaba en situación de incapacidad temporal era nulo *ope legis*, sin que tuviera que fundamentarse la consecuencia de nulidad en la prohibición de discriminación, o en la transgresión de un derecho fundamental (o libertad pública).

Con estas previsiones se tutelaban los intereses del trabajador, garantizándole el pleno ejercicio de sus derechos a la suspensión del contrato, al velar para que no sufriera represalias empresariales.

La situación someramente descrita da un vuelco por obra de la reforma laboral contenida en la 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. Ahora se proyecta una mirada más restringida del efecto de nulidad; esta declaración debía ceñirse a los supuestos en los que los derechos fundamentales y libertades públicas resultarían lesionados, desapareciendo de nuestro panorama normativo las hipótesis de nulidad de despidos durante la suspensión contractual o los que incurrieran en fraude de ley<sup>2</sup>.

Pero, las reformas legales en torno a la declaración de nulidad del despido no finalizaron. De hecho, La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo una serie de supuestos que, desvinculados de la transgresión de derechos fundamentales o libertades públicas, también conllevaban la nulidad del despido<sup>3</sup> con la clara intención de proteger a la que iba a ser madre y también a los progenitores que ejercían derechos vinculados a la suspensión contractual derivada de razones de embarazo, adopción o acogimiento.

La necesidad de reforzar la tutela de la dimensión familiar de la mujer se extendió (a partir del 8 de marzo de 2019<sup>4</sup>) a los supuestos de extinción durante el periodo de prueba, declarándose la nulidad del desistimiento vigente el lapso probatorio “en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo...o maternidad”, aun cuando se salvan las hipótesis en las que los motivos del cese no estén “relacionados con el embarazo o maternidad”.

<sup>2</sup> En extenso, vid. Martínez-Gijón Machuca, M. A.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*. Bomarzo. 2017.

<sup>3</sup> Así, el art.55.5 incluía el supuesto despido de: “a) El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho periodo. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.”

<sup>4</sup> Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Esta es la situación con la que nos encontramos en el momento en que redactamos las presentes líneas: en el Estatuto de los Trabajadores vigente (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) no se establece como causa de nulidad el despido de trabajador en situación de suspensión contractual y, por ende, tampoco el del empleado en incapacidad temporal y/o enfermo.

## **2. EL DESPIDO OBJETIVO DEL TRABAJADOR ENFERMO**

Naturalmente las situaciones de menoscabo de la salud de la persona trabajadora tienen influencia directa en la prestación de servicios. La enfermedad conlleva ineludiblemente efectos perniciosos en la realización de los quehaceres diarios y, por supuesto, en la mayoría de los supuestos, en la ejecución de la labor contratada ya sea porque con mayor o menor dosis de ocasionalidad el trabajador se ausenta de su puesto de trabajo o bien porque el debilitamiento en la condición psíquica o física se traduce en una disminución de su rendimiento normal.

Consciente de ello, el legislador arbitra una opción que pone a disposición del empresario con base al desequilibrio contractual generado. En definitiva, las reglas del juego han cambiado, teniendo una parte (empresario) que asumir sacrificios superiores a los que inicialmente previó<sup>5</sup>.

Y así se habilita la vía del despido objetivo, por cuanto no se trata de imputar ningún incumplimiento laboral al trabajador, cuya voluntad es a todas luces ajena a la imposibilidad de ejecutar, bajo los términos convenidos, la prestación de servicios comprometida.

Sobre la base de la generación de ese perjuicio empresarial que le llevaba a ser consciente de la falta de rentabilidad de la relación contractual convenida, se posibilitaban -hasta 20 de febrero de 2020- dos alternativas con las que poder poner fin al vínculo laboral. Aun siendo la finalidad a la que se pretendía atender la misma, el empleo de una u otra no se dejaba al arbitrio del empleador. Si el daño provenía de la ausencia justificada, ciertamente breve pero asidua, del trabajador a su puesto de trabajo, se podía emplear la fórmula extintiva por excesiva morbilidad del trabajador; si, por el contrario, el gravamen empresarial venía representado por la falta de eficiencia en la ejecución de la prestación, a causa precisamente del estado de salud del empleado, se arbitraba la opción de acudir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador.

Y, aunque en la actualidad de las dos posibilidades solo se contempla normativamente la segunda (esto es, la relativa al despido objetivo por ineptitud sobrevenida), creemos ilustrativo esbozar ambas, porque también la extinta causa

<sup>5</sup> Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op. cit. pg. 22.

de excesivo -aunque justificado- absentismo del trabajador nos puede dar cuenta de la evolución en el tratamiento jurídico de la enfermedad a efectos laborales y acaso explica la actual consideración en lo que hace a la continuidad del contrato de trabajo.

## 2.1. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador

El art. 52 en su letra d) del ET dispensaba al empresario la posibilidad de despedir al trabajador que se ausentaba justificadamente de su puesto de trabajo. La inicial perplejidad que pudiera embargarnos tal opción jurídica quedaba despejada al ver con claridad la finalidad a la que atendía el precepto.

De un lado se hacía patente que era necesario tutelar la situación del trabajador que no podía acudir a su puesto de trabajo por una razón que en absoluto era caprichosa y ni siquiera buscada: su enfermedad. Una enfermedad común muy especial que no se prolongaba en el tiempo, pues quedaban fuera del precepto los procesos de incapacidad temporal de duración superior a veinte días continuos, junto a otros supuestos explicitados en la norma<sup>6</sup>. Una enfermedad -decimos-especial tanto por lo que se ha comentado antes con relación a su baja duración como por su intermitencia, esto es, eran enfermos recurrentes durante unos pocos días.

Situados en el otro lado de la balanza, no se podía ser ajeno a las consecuencias que este tipo de bajas por enfermedad intermitentes entrañaban para los intereses empresariales. Más allá de cuestiones netamente crematísticas que venían representadas por la sustitución del trabajador enfermo, el empresario se encontraba con un auténtico problema de reorganización de sus recursos humanos. ¿Realmente era eficiente el trabajador sustituto que cubría brevemente las ausencias del empleado enfermo y al que no solo había que -lógicamente- abonar salario, cotizaciones, sino también formar?

Esta tensión representada por los naturales y legítimos intereses de ambas partes contractuales es resuelta de forma salomónica por el legislador: el despido objetivo. Y, para que resultara aún más claro el perjuicio que se le ocasionaba al empleador se va a exigir algo más, pues no es suficiente con que las bajas por enfermedad del trabajador candidato al despido representen un determinado

<sup>6</sup> “huelga legal..., el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género....

Tampoco ... las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”

porcentaje en un lapso temporal concreto, sino que es preciso que el nivel de absentismo del resto de los trabajadores fuera relevante.

Lamentablemente -a nuestro juicio- la reforma de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) cercenó esta última exigencia. A partir de entonces, no se requería probar que el absentismo global de la plantilla de la empresa alcanzara porcentaje alguno<sup>7</sup>.

No exento de críticas, el precepto sucintamente expuesto es cuestionado judicialmente, sin que finalmente se estime la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra aquel. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/19, de 16 de octubre<sup>8</sup>, confirma la plena conformidad de la previsión normativa al texto constitucional y, en particular, con el art. 35 de la Carta Magna, aun cuando el sentido del fallo no es compartido por todos los miembros del Pleno<sup>9</sup>.

El Real Decreto Ley 4/20, de 18 de febrero, hizo desaparecer de nuestro panorama normativo tal opción extintiva con efectos desde el 20 de febrero de 2020<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Un examen de esta reforma y de los argumentos sobre la posible afectación de derechos constitucionales en Blasco Jover, C.: “La necesaria reforma (que no derogación) del despido objetivo por absentismo”. Revista Española de Derecho del Trabajo. Aranzadi. 2020. núm. 229, pgs. 107-138.

<sup>8</sup> ECLI:ES:TC:2019:118.

<sup>9</sup> 3 votos particulares.

Recuérdese también que en su momento se planteó cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca ante el TJUE dando lugar a la STJUE de 18 de enero de 2018 -caso Ruiz Conejero- (ECLI:EU:C: 2018:17); simplificada por nuestra parte se planteaba la posible oposición a la Directiva 2000/78 de nuestro precepto cuando las ausencias eran protagonizadas por un trabajador afectado por discapacidad. En efecto, el TJUE aprecia que esta previsión normativa puede “suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad” pero que queda justificada por la existencia de una medida política de empleo, elemento este que junto a la constatación de que los medios son proporcionados han de ser valorado por los tribunales nacionales, prestando especial atención a las dificultades que encontrarían los trabajadores discapacitados para volver a incorporarse a la vida laboral. Para un análisis más exhaustivo, incluyendo la respuesta del Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca tras la respuesta del TJUE en Beltrán de Heredia Ruiz, I.: (20 marzo 2018). “El despido por ausencias derivadas de enfermedades vinculadas a una discapacidad es discriminatorio: respuesta del JS/1/Cuenca al caso Ruiz Conejero”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. El despido por ausencias derivadas de enfermedades vinculadas a una discapacidad es discriminatorio: respuesta del JS/1 Cuenca al caso Ruiz Conejero - Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com)

<sup>10</sup> Moreno Gené, J.: “La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador”. Temas Laborales núm. 152/20, pgs. 271-300. Por la trascendencia que a los efectos del presente estudio tendrá, nos permitimos reflejar la opinión final del autor: “Ahora más que nunca, por tanto, será necesario dar la batalla y agudizar el ingenio para conseguir la declaración de nulidad de los

## 2.2. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida

A través de este escueto enunciado legal, se otorga la posibilidad al empresario de dar por finalizada la relación laboral en los supuestos en los que el trabajador carece de las habilidades necesarias como consecuencia de verse aquejado por una incapacidad física o psíquica<sup>11</sup>.

La clave radica en la imposibilidad física o psíquica que tiene visos de ser definitiva<sup>12</sup> y que afecta de forma decisiva a la hora de ejecutar las funciones que le habían sido atribuidas al trabajador. La incidencia en el trabajo obedece a razones relacionadas con su estado de salud, siempre que la patología padecida no

despidos de los trabajadores enfermos frente a su habitual declaración de improcedencia por parte de los tribunales laborales. En este punto, no cabe duda que la supresión del art.52.d) ET no puede resultar inocua.”

<sup>11</sup> La ineptitud sobrevenida a la que se refiere el precepto engloba situaciones heterogéneas y no necesariamente derivadas del estado físico y/o psíquico del trabajador. Así, a título de ejemplo la “carencia en el trabajador de las condiciones necesarias de tipo formal -falta de titulación, retirada de un carné o licencia- o material -falta de conocimientos, habilidades o capacidad, física o intelectual- para desempeñar adecuadamente un concreto puesto de trabajo y, si bien puede ser originaria -anterior a la celebración del contrato- para fundar la extinción de la relación laboral debe sobrevenir con posterioridad a la contratación, con la particularidad de que, si existiera antes del cumplimiento de un periodo de prueba -por ser originaria o sobrevenida durante dicho periodo- una vez superado éste no puede invocarse para justificar el despido...” Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar, Ed. Civitas. 2009. 1º Edición Navarra, Pg.544; en similar sentido, STSJ de Andalucía de 11 de septiembre de 1995, AS 1995/3377; STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 1995, AS 1995/4207; STSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 1995, AS 1995/4121 matiza que la pérdida de la aptitud puede ser “física o intelectual originaria”; STSJ de Andalucía de 30 de noviembre de 1995, AS 1995/4244; STSJ de Cantabria de 10 de marzo de 1998 (AS 1998/5437); STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2003 (AS 2003/1362).

<sup>12</sup> Esta exigencia relativa al carácter presuntamente definitivo de su falta de capacidad por razón de la enfermedad o lesiones que presenta el trabajador es lo que diferencia esta situación que posibilita el despido objetivo de la simple incapacidad temporal que no opera como razón habilitante para cercenar el vínculo laboral. Así, sin ánimo exhaustivo, STSJ de las Islas Canarias de 4 de septiembre de 1.998, AS 1998/4245; STSJ de las Islas Canarias de 30 de enero de 2001, JUR 2001/184347 en donde se desestiman las pretensiones extintivas del empresario por cuanto el padecimiento psíquico que presenta el trabajador lo es de carácter temporal; STSJ de Navarra de 24 de julio de 2001 (AS 2001/3445); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/18635); STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005 (AS 2005/1215); STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2007 (JUR 2007/323427); STSJ de Castilla y León de 11 de junio de 2008 (AS 2008/2419); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/18635).

Igual suerte desestimatoria han de merecer los alegatos de la empresa cuando para probar la ineptitud del trabajador se sirve de la declaración médica de “no apto temporal” (STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2014 -JUR 2014/287363- o STSJ de Navarra de 2 de junio de 2017 -JUR 2017/229467).

No obstante, se ha de hacer alusión a la STSJ de Asturias de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016/69020) en cuyo aserto se afirma la procedencia del despido aun cuando el trabajador -reponedor- estaba pendiente de una operación de la columna (cuyo resultado se desconoce) lo que redundaba en el argumento de que pudiera haberse entendido que la ineptitud no era un atributo permanente de la persona (trabajador que había agotado el período máximo de incapacidad temporal).

alcance un grado suficiente como para fundamentar la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez<sup>13</sup>.

### **3. EL DESPIDO SIN CAUSA A TRABAJADOR ENFERMO: LA RESPUESTA DE NUESTROS TRIBUNALES INTERNOS**

Más allá de las estrecheces legales que posibilitaban la extinción contractual cuando el trabajador sufre una alteración en su estado de salud, no era posible cercenar la relación laboral sin consecuencias para la persona del empleador.

Esas consecuencias -una vez desterrado el efecto de nulidad automática legal- eran simples: al no poder acreditarse una causa jurídicamente relevante y basada en el incumplimiento grave y culpable del trabajador, el despido se declaraba improcedente con las consecuencias jurídicas anudadas a tal pronunciamiento.

Sin fisuras, esta era la visión que proyectaba tanto las sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia como las que proclamaba el alto Tribunal. De esta manera, las demandas que solicitaban pronunciamientos de nulidad eran desestimadas porque no se apreciaba ni la lesión al derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), ni tampoco se podía sostener con éxito que tal acto extintivo obedecía a un propósito discriminatorio del que fuera empleador (art. 14 CE).

En cuanto a la primera (esto es, conculcación al derecho fundamental relativo a la integridad física) no es ocioso recordar la imposibilidad de reconducir la nulidad de un acto extintivo cuando el trabajador está enfermo, pues “solo protege la incolumidad corporal, evitando la lesión o menoscabo corporal (STC 207/1996), aunque cuando surja un grave peligro para la salud sí puede verse afectado el derecho a la integridad corporal (STC 160/2007)”<sup>14</sup>.

El segundo derecho fundamental (art. 14 CE) ha sido un argumento recurrente entre los operadores jurídicos. A pesar de que la enfermedad no ha sido recogida en nuestro texto constitucional como parámetro para determinar la posible discriminación prohibida, se ha tratado de reconducir el argumento

<sup>13</sup> La incapacidad permanente parcial podría dar lugar al despido objetivo por ineptitud sobrevenida, pues -STSJ de País Vasco de 6 de mayo de 1997, AS 1997/1467- “Habrá ocasiones en las que el trabajador no se encontrará ya en condiciones de atender bien su trabajo por un déficit crónico de salud sobrevenido y no constitutivo de invalidez permanente en grado alguno o sólo de incapacidad parcial (que no constituye causa propia de extinción del contrato de trabajo), al tiempo que el empresario no esté en condiciones de darle otro adecuado a su salud y propio de las funciones contratadas”.

Las situaciones declaradas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez supondrían por sí mismas causas autónomas de extinción de la relación laboral, siempre que no se haya reflejado en la resolución que la concede la revisión del estado del incapaz por previsible mejoría en el plazo máximo de dos años.

<sup>14</sup> Sempere Navarro, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm.866/2013. BIB 2013/1497.



antidiscriminatorio a través de la conocida fórmula abierta que nos dispensa el precepto en su parte final (“o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”<sup>15</sup>). Pero, lo que verdaderamente esconde la decisión extintiva no es un propósito discriminatorio para apartar de la vida laboral al trabajador enfermo, sino que la razón que explica el resultado extintivo es -como norma general-económica<sup>16</sup>.

De esta forma, al desaparecer el efecto de nulidad automática para los supuestos de extinción contractual mientras el trabajador se hallaba en situación de incapacidad temporal, la opción más viable (art. 14 CE) para tratar de alcanzar una resolución judicial declarando el despido nulo fracasa, por cuanto “la enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores”<sup>17</sup>. Faltaba, pues, el elemento consustancial a todo acto discriminatorio: la segregación por pertenencia a colectivo determinado.

## 4. LA INFLUENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

### 4.1. Contexto

Sentada la premisa de ausencia de mención expresa a la discriminación por enfermedad en los instrumentos normativos internacionales<sup>18</sup>, la cuestión era si

<sup>15</sup> Específicamente, tampoco el art.17 del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/15, de 23 de octubre) recoge la situación de enfermedad como una de las susceptibles de desembocar en la nulidad del acto empresarial que haya sido decidido con base a este motivo. Advértase que el precepto en cuestión en su redacción actual es la trasposición de la Directiva 200/78/CE.

<sup>16</sup> Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op.cit. pg. 23. Señala, por su importancia, los asertos contenidos en STS de 29 de enero de 2001 (RCUD 1566/00), STS de 23 de septiembre de 2002 (RCUD 449/02) y STS de 12 de julio de 2004 (RCUD 4646/02), resaltando que “se dejará una espita abierta: “aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”.

<sup>17</sup> STS de 29 de enero de 2001, RJ 2001/2069.

<sup>18</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 19 de diciembre de 1966, cuya ratificación fue publicada en España el 30 de abril de 1977); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de 28 de septiembre de 1976, publicándose la ratificación en España el 13 de abril de 1977); Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ( de 21 de diciembre de 1965, al que nos adherimos BOE de 17 de mayo de 1969); Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ( de 18 de diciembre de 1979, cuya ratificación fue publicada en BOE de 21 de marzo de 1984); Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989, ratificado el 26 de enero de 1990 por España); Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (18 de diciembre de 2002, ratificado en BOE de 22 de junio de 2006); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de 1 de julio de 2003); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (13 de noviembre de 2006, cuya ratificación fue publicada el 21 de abril de 2008 en BOE). Todos ellos recordados por

esta -la enfermedad- podía o no subsumirse en un concepto que parecía próximo y que sí estaba amparado por la normativa trasnacional: la discapacidad.

En este sentido, hemos de partir de las previsiones específicas que en materia de igualdad en el empleo nos dispensa la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>19</sup>. En ella se señalan las razones discriminatorias vetadas, pero el primer escollo ante el que nos encontrábamos era la contundente conclusión de que no era posible aplicar la analogía para extender los motivos discriminatorios a otras causas diferentes de las allí expresamente consagradas<sup>20</sup>.

Viendo que no resultaba factible la ampliación, se abre otra vía de argumentación; se propone entender bajo el genérico concepto de discapacidad -que sí estaba recogido como factor discriminatorio- también a la situación de enfermedad.

Pero, para poder decidir finalmente si era posible tal asimilación, había que dotar de contenido a la noción de discapacidad<sup>21</sup> que no venía acotada en el instrumento normativo antes referido.

Arcos Vargas, M.: “La no discriminación en el Derecho derivado de la Unión Europea” en Morales Ortega, J.M (director.) *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*. Laborum. 2022, pg. 18.

<sup>19</sup> Multitud de pronunciamientos del TJUE afirman la extensión en la aplicación del ámbito subjetivo de la Directiva a cualquiera empleador (público o privado). También, véase, STJUE de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05 de la pertinencia de aplicar aquella a los despidos de personas discapacitadas.

<sup>20</sup> Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019. núm. 61, pg. 304

<sup>21</sup> Para conocer los cambios experimentados en la percepción social de la noción de discapacidad (lo que tendrá lógicos efectos en orden a la protección del colectivo), Ruiz Santamaría, J.L.: “El tratamiento de la discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE y su incidencia en España” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. 2019. Núm.61, pgs.360-365. La evolución de la tutela de la discapacidad a efectos laborales: Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE” op.cit., pg. 302. Los distintos instrumentos empleados a nivel internacional e interno para proteger las situaciones de discapacidad transmutan su sentido: de una visión netamente médica y asistencial a uno social que implica también la diferencia en la forma de tratar la situación que ya no es contemplada como inhabilitante a los efectos laborales. Téngase en cuenta -STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05 que “tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición” del concepto de discapacidad.

La doctrina ha analizado exhaustivamente la interpretación que, al efecto, dispensa el TJUE, observando una “evolución”<sup>22</sup> en orden a su comprensión, facilitada por la Decisión 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, por cuanto fue entonces cuando se aprobó la Convención de la ONU “por parte de la Unión”<sup>23</sup>.

Acudiendo a la labor de recapitulación efectuada por el iuslaboralismo, podemos distinguir tres fases en orden a la delimitación del concepto de discapacidad y su relación con la enfermedad que pasamos a contemplar seguidamente.

## 4.2. Primera etapa

El primer pronunciamiento del TJUE que tuvo la oportunidad de abordar la relación entre el concepto de discapacidad y el de enfermedad<sup>24</sup>.

El núcleo de la cuestión prejudicial planteada lo fue con relación a nuestra normativa interna<sup>25</sup> a fin de comprobar si la misma era o no respetuosa con el Derecho de la Unión y, en concreto, con la Directiva 2000/78/CE.

El litigio que se escondía tras la mencionada cuestión enfrentaba a la trabajadora contra la que fuera su empresa que había puesto fin a su relación

<sup>22</sup> Nótese que ya en su considerando e) da cuenta del dinamismo en la comprensión de la noción de discapacidad, por cuanto expresamente se recoge que la discapacidad es un “concepto que evoluciona”.

<sup>23</sup> Art. 1: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, núm. 61, pg. 111.

Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”. Trabajo y Derecho. Monográfico 6/2017. Wolters Kluwer. [Consultado en línea: [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)]. Pone de manifiesto cómo “el término “discapacidad” ha experimentado una (notable) definición evolutiva, propiciada por los cambios normativos que se han producido en el marco comunitario a raíz de la aprobación en 2009 de la Convención de las Naciones sobre los derechos de las personas con discapacidad”

<sup>24</sup> STJUE 11 de julio de 2006 (C-13/05), asunto Chacón Navas ECLI:EU:C:2006:456

<sup>25</sup> Un repaso somero a la normativa de discapacidad hasta hoy: la trasposición de la Directiva en lo que hace al factor discriminatorio de discapacidad se produjo a través de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, respecto del ámbito del empleo y la ocupación. Después, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Posteriormente, tras la ratificación por España de la Convención de la ONU -que entró en vigor el 3 de mayo de 2008- y su aprobación por la UE, la adecuación de ambas normas se llevó a cabo por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, la refundición de ambos textos se realizó por el 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.

laboral durante la situación de incapacidad temporal de aquella, situación ésta en la que -en el momento del despido- se encontraba desde hacía más de medio año. La actora solicitaba un pronunciamiento judicial declarativo de la nulidad de su despido al apreciar que no estábamos ante una extinción improcedente (efecto que la empresa sí había asumido) sino nula, por cuanto la decisión de poner fin al nexo laboral había sido por su estado de enfermedad, pudiendo constatarse así la desigualdad de trato constitutiva de discriminación.

El abordaje de esta cuestión (cuestiones) había ineludiblemente de pasar por el asentamiento del concepto de discapacidad, pues solo así se podía concluir si todas o algunas enfermedades se encontraban englobadas en la primera. No era en absoluto superfluo asentar una definición más o menos aproximada del concepto, pues concretada esta se erigiría en noción válida para todos los Estados miembros<sup>26</sup>.

Y, lo que aparece como diáfano en el horizonte del Tribunal de Luxemburgo es que el empleo del vocablo “discapacidad” es deliberado, consciente y buscado, lo que a la postre desemboca en la imposibilidad de entender que aquel es sinónimo al concepto de enfermedad.

La pista para trazar un esbozo del concepto de discapacidad se halla en la propia Directiva. La lectura de la misma le lleva al Tribunal a entender la enorme trascendencia de las medidas de adaptación del puesto de trabajo invocadas por el legislador comunitario. Si estas medidas están pensadas para que una vez implantadas por el empresario posibiliten la continuidad en el trabajo del empleado afectado por discapacidad, es lógico deducir que en el fondo la idea de discapacidad hace referencia a una situación de merma en la salud durante largo tiempo.

Ahondando en esta idea, se infiere que el objetivo que persiguen las medidas de adecuación del puesto de trabajo es conseguir que el trabajador afectado por una limitación en su capacidad pueda, sin riesgo para su salud, seguir desempeñando su actividad laboral<sup>27</sup>.

Ante ello, y aunque no podamos equiparar enfermedad con discapacidad, el TJUE sí tiene la suficiente sensibilidad como para matizar su respuesta y entender que existen algunas, ciertas enfermedades que sí pueden equipararse al concepto de discapacidad y gozar, por ende, de la protección que la Directiva dispensa.

<sup>26</sup> Se resalta por el TJUE -y así lo destaca Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 305. la necesidad de uniformidad en la interpretación del concepto por parte de los Estados miembros pues, de lo contrario, la mencionada Directiva carecería de efecto útil (Ibidem), pg. 321.

<sup>27</sup> A mayor abundamiento y, extrayendo las aseveraciones de la Sentencia comentada: “La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”.

Si descartada quedaba la asimilación entre discapacidad y enfermedad, solo restaba comprobar si era factible entender que la última situación se incorporaba a la Directiva por vía de analogía. Tal extensión “a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo” se niega.

En definitiva, estaremos ante discapacidad cuando la persona en cuestión sufre una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”<sup>28</sup>.

De ahí que si centramos nuestra atención en el propósito al que atiende la interdicción de la discriminación por discapacidad, podemos afirmar que lo que se trata es de tutelar a la persona que la sufre a fin de que esa situación que atraviesa no entrañe un obstáculo añadido para su integración social y, particularmente, laboral<sup>29</sup>.

Esta visión restrictiva es asumida con naturalidad por nuestros tribunales<sup>30</sup>, pues en definitiva se sigue entendiendo que la discriminación no es lo mismo que aplicación tajante del principio de igualdad, sino que lo que está vedado es el distinto trato que se dispensa por concurrir en el individuo realidades que desde antaño han colocado a “sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”<sup>31</sup>.

### 4.3. Segunda etapa

Asentadas las anteriores consideraciones en torno al concepto de discapacidad, esta noción se verá perfilada con mayor precisión a través de la STJUE de 11 de

<sup>28</sup> Apartado 43 de la Sentencia. Posteriormente, por obra de la Convención de la ONU ratificada por la Unión Europea a través de Decisión de 26 de noviembre de 2009 se refuerza el entendimiento del concepto, expresando que (art.1.2º) las personas afectadas de discapacidad son quienes “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>29</sup> Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 304. “... son más bien las determinadas y concurrentes condiciones externas las que al entrar en relación con la deficiencia actúan como barreras que impiden o dificultan que quien la sufre pueda desarrollar una actividad profesional adecuadamente”.

Resaltando que no es preciso que la discapacidad conlleve ineludiblemente “la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”, Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op. cit., pg. 112.

<sup>30</sup> Beltrán de Heredia Ruíz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op. cit.

<sup>31</sup> STC 166/1988, de 26 de septiembre. ECLI:ES:TC:1988:166.

abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11)<sup>32</sup> -HK Danmark- que nos invita a proyectar una mirada más abierta cuando emprendemos su comprensión<sup>33</sup>.

La discapacidad a la que se refiere la Directiva no tiene un origen concreto, pudiendo haberse originado como consecuencia de una enfermedad o accidente.

Se admite explícitamente que una enfermedad pueda verse comprendida bajo el concepto de discapacidad y, por ende, gozar de la tutela que la Directiva dispensa.

Por supuesto, no todo tipo de enfermedad se halla amparada normativamente. Será preciso que conlleve una limitación (que no impedimento absoluto<sup>34</sup>) “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”, con independencia de que sea o no incurable, aun cuando sí es preciso que “esta limitación [sea] de larga duración”.

La consecuencia práctica es la exigencia al empresario para que lleve a cabo las adaptaciones necesarias en el sentido antes comentado<sup>35</sup> siempre que no supongan una carga excesiva o desproporcionada o indebida. La lectura a la inversa nos lleva a apreciar discriminación cuando el empleador pone fin a la relación laboral que le ata con un trabajador en situación de discapacidad, sin haber procedido a esos ajustes o probado la falta de obligación de llevarlos a cabo.

Y, gracias a esa comprensión de la discapacidad como limitación funcional se posibilitó, más adelante en el tiempo, que determinadas enfermedades -así la

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:2013:222.

<sup>33</sup> Tal y como se ha señalado doctrinalmente, por todos Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op.cit., de la lectura de los diferentes pronunciamientos de la justicia comunitaria se infiere la evolución en la comprensión del alcance del concepto, desde una visión restrictiva (representada por la STJUE relativa al asunto Chacón Navas) a otra mucho más flexible (así, asuntos Danmark y Daouidi). La responsable de tal giro interpretativo es la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en especial su art. 2.1.

<sup>34</sup> Lo que lleva a admitir que también es idónea de ser protegida por la Directiva la persona que está impedida en parte, sin que sea necesaria “la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”, circunstancia que es precisamente la que concurría en el supuesto a dilucidar por el tribunal danés que planteó las cuestiones prejudiciales aquí resueltas, pues se trata de empleadas que podían realizar jornadas más breves a las que inicialmente prestaban.

Estas consideraciones sobre qué hemos de entender por discapacidad también se vierten en la STJUE DE 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, EU: C: 2013:446, apartado 46.

<sup>35</sup> La interpretación de este concepto -a diferencia de lo que se sostiene con relación a la enumeración de los factores discriminatorios- sí es extensiva. Ante ello la medida consistente en la reducción de jornada se comprende bajo esta noción de ajuste razonable incluso si no se entendiera comprendida dentro de la señalada en la Directiva (art.5) bajo el título de “pautas del tiempo de trabajo”.

obesidad- entraran de lleno en el concepto y gozaran, por tanto, de la tutela que la norma comunitaria prevé<sup>36</sup>.

Si antes afirmábamos -extrayéndolo del aserto comentado- que se hacía abstracción de la causa que originó la discapacidad, necesario también es apuntar que tampoco tiene incidencia alguna a estos efectos que haya sido el propio trabajador el que se hubiera colocado en esa situación<sup>37</sup>.

Aclaradas las iniciales dudas sobre cuándo una enfermedad puede ser protegida por vía de asimilación a la discapacidad, queda por solventar cuáles son los requisitos exigibles a la luz de los hechos concretos. Y así, se asienta que una de las claves es que el sufrimiento de las trabas para participar de forma plena en la vida profesional constituya una limitación de larga duración, pero ¿a partir de qué momento puede entenderse esa “larga duración”?

El problema es que, si se pone el acento en la duración de la enfermedad, estamos obligados a examinar cada situación médica que, de otro lado, puede variar en virtud de otra serie de factores internos y/o externos al que queda sometido el sujeto-paciente<sup>38</sup>.

### 4.3. Tercera etapa

En esta ocasión volverá a ser un juzgado español el que plantee las cuestiones prejudiciales dando lugar a la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (C-396/15<sup>39</sup>) -Daouidi.

Los hechos concretos a dilucidar por el órgano judicial unipersonal se refieren a la calificación del despido de un trabajador sobre el que no existe ninguna tacha, pero que se ve sorprendido por el despido cuando se hallaba en situación de

<sup>36</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), ECLI:EU:C:2014:2463. En el apartado 60 de la meritada sentencia se recoge “Así sería, en particular, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional”.

<sup>37</sup> Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op. cit., pg. 114, destaca que el TJUE emplea un “concepto funcional” de discapacidad ajeno al motivo y en donde lo verdaderamente relevante es “la existencia de una limitación objetivamente apreciable y por un tiempo suficientemente prolongado”.

<sup>38</sup> Expresado claramente por Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op.cit. El autor destaca que estamos ante “un concepto con una amplia textura abierta, muy vinculado a una casuística infinita, cuya certeza (esto es, su efectiva o presumible duración) es posible que sólo pueda conocerse mucho más tarde al acto presuntamente discriminatorio (sin perjuicio que, en el ínterin los factores que pueden provocar la “prolongación de la limitación pueden ser múltiples y de imputación diversa).

<sup>39</sup> ECLI:EU:C:2016:917.

incapacidad temporal “de duración incierta” a consecuencia de haber sufrido un accidente de trabajo.

No es un detalle banal el diagnóstico de la patología del trabajador. Se trataba de una lesión en el codo, en principio, curable pero que, “unos seis meses después de dicho accidente laboral” continuaba sin sanar y de hecho portaba un yeso que le imposibilitaba seguir prestando su actividad laboral como ayudante de cocina.

Remarcando la necesidad de que la limitación de la capacidad del trabajador sea duradera (atributo este que se refiere a una situación de hecho y, por ende, de exclusiva apreciación por la jurisdicción interna de cada Estado<sup>40</sup>) la sentencia comentada nos ofrece una serie de “indicios” “en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio<sup>41</sup>, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, o ... el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Lamentablemente, a nuestro juicio, estos denominados indicios nos remiten a circunstancias indeterminadas, abstractas y de confusa concreción en la práctica más allá de situaciones clamorosas en las que por lo dilatadísimo en el tiempo (años) pueda apreciarse<sup>42</sup>.

Con sustento en estos argumentos, llega a la conclusión de que la duración incierta del proceso de incapacidad temporal no nos conduce inexorablemente a apreciar que la limitación en la capacidad es duradera.

<sup>40</sup> “Al comprobar ese carácter “duradero”, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”.

<sup>41</sup> Tal y como se señala por la doctrina “Para el TJUE, es la fecha en que se adopta la decisión empresarial de proceder al despido, la que debe tomarse como referencia para determinar el carácter “duradero” de la limitación para trabajar del trabajador”. Rojo Torrecilla, E.: (11 septiembre 2019). El blog de Eduardo Rojo: No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018. (eduardorojotorrecilla.es). De igual modo, Beltrán de Heredia Ruiz, I.: (16/septiembre/2019). “Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plásticos”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plásticos - Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com)

<sup>42</sup> En particular, así lo vemos cuando emplea la expresión “bien delimitada ... a corto plazo” o la que alude a la prolongación significativa del estado de salud maltrecho. Más que indicios (que vendrían referidos a circunstancias fácticas concretas) lo que nos ofrece es el concepto general de discapacidad cuando esta viene referida a un estado de enfermedad concreto del sujeto-trabajador afectado.



En esta senda de tratar de delimitar el concepto de discapacidad y su posible relación con la enfermedad, es de destacar la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18)<sup>43</sup>.

De nuevo es importante señalar los hechos que dieron lugar a las diferentes preguntas que hizo, en este caso, el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona. Se trata de una trabajadora que se hallaba en una situación de “especialmente sensible” en virtud de sus dolencias previamente diagnosticadas, que fue despedida -junto a nueve compañeros- por razones económicas, técnicas, productivas y organizativas; la designación de los trabajadores afectados se realiza en atención a la aplicación de determinados parámetros empresariales, relativos estos al absentismo, productividad y polivalencia funcional.

Tras la extinción se le comunica a la entidad empleadora informe de la Inspección de Trabajo por medio del que se deja constancia que la empresa no había asegurado la compatibilidad entre el puesto de trabajo de la empleada y su estado de salud, a pesar de recaer sobre el empleador tal obligación.

La cuestión planteada ante el Tribunal de Luxemburgo engloba varias preguntas. La primera hace referencia a si se ha de producir la automática asimilación entre persona con discapacidad y persona especialmente sensible. Se niega.

Al no coincidir las exigencias requeridas entre ambas situaciones (discapacidad y especial sensibilidad) no puede automáticamente procederse a tal equiparación. Ahora bien, esta afirmación general no implica que, a la luz del supuesto concreto, concurren en el mismo individuo ambas cualidades, en cuyo caso resultaría tutelado por la reiterada Directiva<sup>44</sup>.

Otra de las dudas planteadas se refiere a los criterios empleados por el empresario para proceder al despido. Del análisis de los mismos no se puede desprender circunstancia alguna que permita inferir una actuación discriminatoria.

<sup>43</sup> ECLI:EU:C:2019:703. En extenso, un comentario en Rojo Torrecilla, E.: (11/ septiembre/2019), “No pero sí, pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018”, op. cit.

<sup>44</sup> Así, Rojo Torrecilla, E.: (11 septiembre 2019), “No pero sí, pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018”, op. cit.: “Punto final al debate? En modo alguno, porque el cumplimiento de los requisitos requeridos para que una persona tenga la consideración de especialmente sensible a los efectos de prevención de riesgos laborales puede llevar a una disminución tal de su capacidad laboral que la equipare con las personas con discapacidad según el texto de la Directiva, de tal manera que si ello ocurriera la persona afectada sí sería una persona con discapacidad en el sentido de la citada norma en el momento de proceder la empresa a la extinción de su contrato.”

Los parámetros afectan por igual a todas las personas trabajadoras, sin que se haya tenido en consideración el estado de salud.

Ahora bien, en la medida en que esos criterios aparentemente neutros pueden afectar a las personas con discapacidad de forma preferente (por cuanto estos sujetos son susceptibles de ausentarse más de sus puestos de trabajo y, por supuesto, de presentar un rendimiento inferior, así como de carecer de la aptitud exigida para desempeñar diferentes funciones) se podría apreciar la discriminación indirecta. Toda vez que la discriminación es un riesgo real, al empresario le incumbe la implantación de los ajustes para eliminar las barreras con las que un trabajador con discapacidad se puede encontrar; no obstante, el cerciorarse sobre la suficiencia y pertinencia de esas medidas de ajuste es una actuación indagatoria que se pone en manos del juzgador nacional.

Sin embargo, y a pesar de que apreciar estas circunstancias sea competencia del juzgado, en este caso español, el TJUE sí aporta unas claras señales acerca de la conclusión que se debe alcanzar; así, de los datos ofrecidos (incluyendo el informe de Inspección) se constata la existencia de discriminación indirecta por motivos de discapacidad, todo ello sin perjuicio de poder sostenerse la conclusión diametralmente opuesta siempre que se fundamente jurídicamente tal alternativa y, en concreto, la implantación efectiva e idónea de los ajustes razonables.

Y, así, aplicada la tesis comunitaria a nuestra práctica judicial diaria<sup>45</sup>, aparece claro<sup>46</sup> que debemos desprendernos del concepto que la Seguridad Social nos dispensa sobre la capacidad y, en concreto, sobre la declaración de las situaciones

<sup>45</sup> Un reflejo de lo ocurrido en nuestros tribunales hasta noviembre de 2017 en el ensayo antes citado de Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op. cit.

Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Nulidad por discriminación por discapacidad asociada a una enfermedad”, Despido y calificación judicial: nulidad, Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com) ha ido rescatando los diferentes asertos judiciales internos que, en línea (o no) con la jurisprudencia comunitaria, se han ido dictando. Así, conviene hacer mención a la STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2017 (rec. 6324/2017) que glosa este autor para dejar constancia de las únicas tres tesis a favor de considerar que el despido de trabajador enfermo es nulo; así: “a) cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y, por lo tanto, asimilable a discapacitado; b) cuando el despido obedezca a causas segregadoras o de segregación; y c) cuando se acredite que existen presiones empresariales para que las personas asalariadas no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias”.

<sup>46</sup> Un examen exhaustivo de la reacción (reacciones) de nuestra jurisdicción social en Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Nulidad por discriminación por discapacidad asociada a una enfermedad”, op. cit., ha ido rescatando los diferentes asertos judiciales internos que, en línea (o no) con la jurisprudencia comunitaria, se han ido dictando. El autor glosa -entre otras- la STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2017 (rec. 6324/2017) y deja constancia de las únicas tres tesis a favor de considerar que el despido de trabajador enfermo es nulo; así: “a) cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y, por lo tanto, asimilable a discapacitado; b) cuando el despido obedezca a causas segregadoras o de segregación;

de incapacidad permanente, de las que ahora vamos a desplegar en relación con la discapacidad laboral. El Sistema de la SS está inspirado por fundamentos distintos, pues en el ámbito laboral debemos proyectar una imagen social a diferencia del sector de la SS en donde prima una visión médica<sup>47</sup>.

## **5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD PREVIA A LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD**

Entrelazando el concepto de discapacidad con los diferentes estados de enfermedad que aquejan a una persona, se puede concluir que, si bien no opera la equiparación entre ambas situaciones, existen determinados estados de salud que sí tendrían que ser tutelados pues, de lo contrario se incurriría en realidades discriminatorias<sup>48</sup>.

Prescindiendo de la causa que originó la enfermedad e incluso de si la actuación (o pasividad) del sujeto afectado influyó en que se desencadenara esta, parece que lo verdaderamente relevante más allá de la limitación funcional que, de otro lado entendemos (acaso apresuradamente) que se produce en mayor o menor medida en todas las situaciones y estadios de enfermedad, es que aquella sea duradera.

Es esa duración, la prolongada, la que se protege, en clara coherencia con el resto de factores discriminatorios que también son dilatados en el tiempo<sup>49</sup>. La estabilidad en la condición deja de ser -en nuestra opinión- una cuestión meramente

y c) cuando se acredite que existen presiones empresariales para que las personas asalariadas no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias empresariales”.

<sup>47</sup> Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 312, pues discapacidad no es sinónimo de incapacidad para trabajar (pg. 310). Acaso por ello resulta irrelevante la declaración formal en la que conste el estado de incapacidad, lo que a la inversa también supone que la constancia documental de la situación de incapacitado no presupone necesariamente su amparo a través de esta Directiva.

<sup>48</sup> Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”. Trabajo y Derecho. Monográfico 6/2017, 1 de noviembre de 2017. Wolters Kluwer, consultado en línea. Base de Datos Smarteca]. “A las consideraciones de justicia material se han unido las dudas a propósito de si las decisiones empresariales no están guiadas por un ánimo discriminatorio basado en la enfermedad, situación que se ha pretendido asimilar a la discapacidad en base a la proximidad entre la una y la otra, y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador enfermo.”

<sup>49</sup> El sexo, la raza, el origen étnico, ... son circunstancias que acompañan al individuo durante toda su vida, por lo que podríamos afirmar que son factores inmanentes a la persona. Acaso se escapa de esa idea de eternidad unida a lo que dura la vida humana el factor de la edad, pero -y aunque es cierto que la edad que tenemos depende de algo tan sencillo -o complejo como es el calendario, también es un factor duradero. Téngase en cuenta que la discriminación por edad

formal<sup>50</sup> para convertirse en la prueba que muestra una realidad material: la de afectación de la salud no permanente pero sí al menos con una cierta prolongación temporal<sup>51</sup>.

Previamente a la aparición en nuestro universo normativo de esta ley integral de igualdad no faltaban voces que ya invocaban que se podía defender con éxito la existencia de discriminación en razón a la enfermedad que presentaba el trabajador. No obstante, esas proclamaciones doctrinales advertían que no todo tipo de enfermedad era susceptible de ser un factor discriminatorio, sino tan solo aquellas enfermedades que eran crónicas, matizando el sentido de este adjetivo en función del propio concepto que, al efecto, nos ofrecía la Organización Mundial de la Salud<sup>52</sup>. Así, siguiendo esta definición entenderíamos con Fernández Martínez que lo serían patologías como el cáncer, la esclerosis múltiple, la diabetes o la obesidad mórbida<sup>53</sup>, dando cabida también bajo esta calificación a los efectos que persisten tras haber superado la enfermedad de la COVID.

perseguida protege a sujetos comprendidos en franjas de edad (no edades concretas) merecedores de tutela porque son susceptibles de ataques a su persona.

<sup>50</sup> Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op.cit., pg.306. En la glosa que realiza de los pronunciamientos del TS califica en un primer momento el carácter permanente con un “aspecto temporal”, pero -salvo error de interpretación por nuestra parte- posteriormente lo considera como “elemento(s) formal(es)”.

<sup>51</sup> Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op. cit., pg.114. Descendiendo a supuestos en los que se apreciaría el carácter duradero de la limitación que aqueja al sujeto y le hace merecedor de la protección jurídica: “se observaría claramente en incapacidades permanentes, como también potencialmente en las IT de pronóstico incierto o negativo. Pero también podría alcanzar, si bien con más incertidumbres, a las IT de larga duración, o de duración superior a la media en curación respecto de la enfermedad o lesión de que se trate, como respecto de aquéllas crónicas o, en general y por ejemplo, de las que se esperan recidivas o son necesarios seguimientos y control”.

<sup>52</sup> Así, Fernández Martínez, S.: “La enfermedad crónica como nueva causa de discriminación”. Ciclo microjornadas. Comisión de igualdad AEDTSS. Nuevas formas y causas de discriminación en el empleo (14/06/22). Disponible en (34) Microjornadas Comisión de Igualdad (14/06/22): Nuevas formas y causas de discriminación en el empleo - YouTube (50:42). Rescata el concepto de la OMS: “aquella que produce problemas de salud e incapacidades que requieren una gestión durante años o décadas”. Destaca la autora que son “enfermedades que carecen de una cura definitiva y cuyos efectos están destinados a prolongarse en el tiempo, eventualmente, con fases de mejoría y de progresivo empeoramiento”

<sup>53</sup> Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Obesidad y sobrepeso. ¿Causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen? .... pg. 267. El estudio llevado a cabo parte de la premisa de que “Ni la Directiva 2000/78 ni los arts. 14 CE y 17 ET mencionan la obesidad ni el sobrepeso como causas de discriminación prohibidas”.

## 6. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD TRAS LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD

### 6.1. Apuntes previos

El pasado día 12 de julio (BOE de 13 de julio) vio la luz la Ley 15/22. Su propósito se anuncia ya en el título: abordar integralmente la igualdad de trato y no discriminación.

Es esta una norma que encuentra acomodo constitucional no solo en el art. 14 CE, sino en preceptos tan nucleares como el art. 9 y, por supuesto, el art. 10 CE. No se olvida la Ley de reconocer el papel y la notable influencia que tiene la jurisprudencia comunitaria y los instrumentos supranacionales en la concepción al derecho a no ser discriminado.

Gracias a este bagaje previo se afrontan los problemas derivados de actuaciones protagonizadas por cualquier ente o persona en cada una de las parcelas vitales con un propósito innovador que encierra la intención de avanzar hacia la igualdad real y plena del individuo en la sociedad.

Para proseguir la andadura se estimó necesario incrementar los factores tradicionales que podían dar lugar a actuaciones discriminatorias. De esta forma, a los tradicionales incluidos en el art.14 CE, esto es, nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad o discapacidad, se le añaden otros nuevos. En concreto, aparecen expresamente censuradas las actuaciones de cualquier índole que se fundamentan en criterios tales como la orientación o identidad sexual<sup>54</sup>, “la expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica”, a lo que se une la tradicional cláusula abierta de cierre relativa a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

De todos estos factores proscritos centraremos nuestra atención en el relativo a la “enfermedad o condición de salud”<sup>55</sup> en el ámbito concreto de las relaciones laborales y, aún más específicamente, en sede de despido, aunque -insistimos- el

<sup>54</sup> Nótese la concomitancia con nuestro art. 17 ET destinado para acabar con las actuaciones empresariales inspiradas en móviles discriminatorios.

<sup>55</sup> La enfermedad ya aparecía como causa de discriminación en el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación de 2011. Rojo Torrecilla, E. (19 agosto 2022) “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral” El blog de Eduardo Rojo: Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral. (eduardorojotorrecilla.es) El blog de Eduardo Rojo: Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó

propósito del texto es universal<sup>56</sup>, esto es, aplicable a todas las facetas de desarrollo de la personalidad individual y colectiva.

Situados en este punto, el interrogante que se suscita -ante la ausencia de precepto legal que incluya una definición- es qué ha de entenderse por “enfermedad o condición de salud”.

Así, concretando la duda sobre el entendimiento y alcance de tales términos, la cuestión se ceñiría en resolver la espinosa pregunta: ¿La ley actúa a modo de tabla rasa impulsando y extendiendo la nulidad (art.4 Ley 15/22) del despido a trabajador aquejado de cualquier déficit de salud?

Trataremos de examinar las diferentes opciones:

## 6.2. Argumentos a favor de la declaración de nulidad de todos los supuestos

El primer fundamento que -entendemos- serviría de base para postular esta afirmación es la literalidad del precepto. Precisamente el empleo consciente del vocablo “enfermedad”<sup>57</sup> y la ausencia de condicionamientos legales referidos al mismo, nos hace concluir en que bastaría con acreditar la existencia de una patología -sea cual fuera esta- para que se descubriera el móvil discriminatorio empresarial, puesto que lo que legalmente se ha acogido es “cualquier circunstancia que guarde relación con la salud”<sup>58</sup>.

La existencia de la alteración de la salud se erigiría en indicio de discriminación, provocando el natural efecto de la inversión del probatorio (art. 30 Ley 15/22, arts.

(bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral. (eduardorojotorrecilla.es)

El “estado de salud” se contempla como factor discriminatorio en el ordenamiento francés. Circunstancia esta puesta de manifiesto por Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “El replanteamiento de la enfermedad como causa de despido, tras las SSTJUE Daouidi y Ruiz Conejero: nuevos criterios de la jurisprudencia española y reformas legales de urgencia” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, núm. 61, pg. 381.

<sup>56</sup> El art. 4.1 de la Ley 15/22, de 12 de julio dispone en su segundo párrafo que “En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad”.

<sup>57</sup> Recuérdese que la OMS entiende por enfermedad: “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos y cuya evolución es más o menos previsible”.

<sup>58</sup> Fernández García, A.: (19 julio 2022) “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: nuevas tipologías y causas de discriminación”. *IurisCrimPol*. Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política. UOC. Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (uoc.edu). “Además, en diversos puntos de la ley se mencionan las “enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal”, los “síndromes incapacitantes”; el ser persona

96.1 y 181.2 LRJS)<sup>59</sup>, debiendo ser el empresario demandado el que fundamentara de manera contundente que su decisión extintiva fue ajena a dicha circunstancia de salud del trabajador. En este sentido, entendemos (empleando para ello el argumento contenido en STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-354/13) que no bastaría con que el empleador probara que la decisión de despido fue tomada tras haber transcurrido un tiempo desde el conocimiento de la debilidad en el estado de salud del empleado.

Y, en este caso, si no se desvirtuaran las alegaciones del trabajador, este obtendría un pronunciamiento de nulidad (art. 26 Ley 15/22) y junto a él otro de condena para reparar el daño moral que -art. 27- se presume existente<sup>60</sup>.

Pero es más, idéntico efecto -el de nulidad- obtendríamos con otro acto extintivo: el que se produce a instancias del empresario vigente el periodo de prueba. El blindaje a la situación de enfermedad -ocasional o no- del trabajador es completo<sup>61</sup>.

Y decimos completo por cuanto la tutela antidiscriminatoria por esta razón podría extenderse a otros trabajadores que, encontrándose en la misma empresa, mantienen una relación con ese trabajador enfermo, pudiendo apreciarse, en este supuesto, discriminación por asociación (art. 6.2.a) Ley 15/22).

De igual forma, no es descartable la apreciación de discriminación múltiple (art. 6.3 Ley 15/22) al apreciarse conjuntamente este motivo de enfermedad junto

“portadora de virus”, los “problemas de drogodependencia”, la “salud sexual y reproductiva” y el “riesgo o predisposición a sufrir patologías y trastornos de la salud graves o inhabilitantes”.

<sup>59</sup> Terradillos Ormaetxea, E.: (19 julio 2022) “Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Briefs* de la AEDTSS. Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (aedtss.com)

Resalta la profesora Terradillos que estas previsiones contenidas en relación tanto a la inversión de la carga probatoria como la indemnización destinada a reparar el daño de la Ley 15/22 ya estaban en nuestro ordenamiento jurídico laboral, aun cuando “que en este momento se contemplan en una ley integral es, sin duda, una buena noticia”.

<sup>60</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I.: (14/julio/2022) “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?” Una mirada crítica a las relaciones laborales. A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?, Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com). El autor concluye que es nulo el despido siempre, claro está, que “el empresario no [sea] capaz de justificar la decisión extintiva de forma objetiva y razonable”, pues parte “de la base de que es muy difícil que una situación de enfermedad o de baja por IT no quede subsumida en alguno de los conceptos” a los que hace alusión la norma.

<sup>61</sup> En atención a una afección concreta, la obesidad y el sobrepeso, merece retener las palabras del profesor Fernández García, A.: “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: nuevas tipologías y causas de discriminación”, op. cit. El autor destaca la omisión expresa a estas situaciones “ya que no siempre esta causa de discriminación va relacionada con la salud, sino que a menudo también se vincula con el aspecto físico y la propia imagen”.

al resto de factores y, específicamente, con el de la edad que tan relacionado puede estar con la condición de salud del trabajador.

Pero es más, resulta oportuno recordar que la propia Exposición de Motivos (que se expresa de forma idéntica al enumerar los factores discriminatorios) enuncia que “Es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen” e “*incorpora*<sup>62</sup> expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”.

Otra de las fundamentaciones que podrían tomarse en consideración para entender que la enfermedad amparada a estos efectos lo es de cualquier tipo, podría encontrarse en la concepción de los ajustes razonables que el art. 6.1.a) de la Ley 15/22 reserva únicamente para los supuestos de discapacidad<sup>63</sup>. Si el legislador hubiera querido amparar tan solo a la enfermedad con los rasgos que la jurisprudencia comunitaria ha postulado, hubiera también previsto la adopción de ajustes razonables para estas situaciones; sin embargo, no se menciona como supuesto de hecho para la implantación de las medidas de ajuste a la enfermedad, consciente de la irrelevancia de la puesta en marcha de estas cuando el trabajador es aquejado de una enfermedad de corta vida.

### **6.3. Argumentos de oposición a la declaración de nulidad de todos los supuestos**

El primero vendría dado por el propio concepto de discriminación que nos remite a la idea de colectivo tradicionalmente segregado. Es esta necesidad de amparo la que entronca directamente con el derecho a la dignidad humana.

<sup>62</sup> La cursiva es nuestra, a fin de realzar la fundamentación.

<sup>63</sup> Art. 6.1.a) Ley 15/22 en su segundo párrafo: “Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad”. Véase también, en lo que hace a la carga excesiva que eximiría de la obligación empresarial de proceder a tales ajustes a Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “El replanteamiento de la enfermedad como causa de despido, tras las SSTJUE Daouidi y Ruiz Conejero: nuevos criterios de la jurisprudencia española y reformas legales de urgencia” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, núm.61, pg. 381, esa “carga irrazonable” es un “concepto indeterminado que lleva a realizar una valoración de conjunto de la persona del trabajador, así como de su recorrido laboral, el coste dichas medias y las ayudas públicas o privadas, previstas a tal fin”.

La norma comentada no contiene una definición acerca de qué es ajuste razonable, lo que a nuestro juicio hubiera sido deseable para alcanzar la añorada seguridad jurídica. De cualquier forma parece claro que se ha inspirado en la obligación que ya venía reflejada en la Directiva 2000/78 y, en concreto en su art. 5 que, recientemente ha sido interpretado por el TJUE -STJUE de 10 de febrero de 2022, C-485/20



Descendiendo a supuestos concretos, mal se compagina esta idea de estigmatización, de encontrar barreras infranqueables para el disfrute con plenitud de la integración del individuo en la sociedad, con concretos procesos víricos que aquejan al trabajador y son de muy corta duración.

Pensemos en dos supuestos concretos y cotidianos. Un empleado recientemente incorporado a la vida de la empresa y que durante el periodo de prueba incurre en un proceso de incapacidad temporal por algo tan habitual como puede ser haber contraído la gripe. Imaginemos también a otro prestador de servicios -ya sin periodo de prueba- que se ausenta de su puesto de trabajo como consecuencia de estar inmerso en un proceso de incapacidad temporal por una afección gastro-intestinal.

En ambas situaciones (extensibles, por supuesto, a otras imaginadas por el paciente lector) en las que -reiteramos- la afección a la salud es de breve duración y siendo esta circunstancia immanente al ser humano por el mero hecho de existir, ¿se puede adivinar en el acto extintivo empresarial el propósito de segregación, el ánimo discriminatorio en definitiva?

Olvidémonos, por un momento, del acto de extinción. Acudamos a la fase de la relación en la que porcentualmente concurren mayores dosis de discriminación: la precontractual.

No resulta aventurado pensar que hemos sido apartados del proceso de selección con ocasión de ser mujer, por pertenecer a otra etnia, ser un activista comprometido con un determinado partido político o sindicato o, incluso, por nuestro aspecto, pero se nos antoja poco creíble sostener con éxito que la razón por la que no hemos sido contratados es porque en ese momento estábamos resfriados (permítasenos lo exagerado del ejemplo).

La segunda razón que entendemos avalaría la necesidad de matizar ese factor de enfermedad para considerarlo como susceptible de provocar discriminación es la literalidad de la ley.

Adviértase que la expresión de la norma completa en relación a este factor es “enfermedad o condición de salud”; el empleo de la conjunción, en este caso, no nos sitúa ante dos realidades distintas en la que la primera viene representada por la enfermedad y la segunda por la condición de salud. Si atendemos a la fórmula que utiliza el legislador para expresarse, comprobamos que para enumerar y escindir los diferentes factores discriminatorios se emplean signos de puntuación (comas), pero aquí la enfermedad no aparece separada de la condición de salud sino que se representa como un todo de forma que ha de entenderse que el factor protegido es la enfermedad, término este que se define como condición de salud.

Si enfermedad es un término idéntico a condición de salud, la clave se circunscribe en precisar esta última expresión y más concretamente qué es una “condición” cuando este término se refiere a la salud. A falta de especificación

legal optamos por acudir al concepto que, al efecto, nos dispensa la Real Academia Española de la Lengua y aun cuando son varias las acepciones de este sustantivo, si se emplea el vocablo para hacer referencia a una persona (no a un objeto inanimado) se enuncia que es “Estado, situación especial en que se halla alguien”.

Siendo así, y entendiendo que el legislador lo que trata de amparar es un estado de salud, creemos ver que para poder hablar de estado se precisa cierta estabilidad en el proceso, lo que nos remite a la idea de que no todas las enfermedades vienen a originar un estado, una condición de salud, pues aquellas que naturalmente son de corta evolución no constituyen una condición de salud, sino situaciones de enfermedad que no son especiales<sup>64</sup>.

A mayor abundamiento, creemos encontrar otro fundamento para entender que el legislador nacional cuando enuncia el factor discriminatorio enfermedad o condición de salud ha de interpretarse conforme a la doctrina comunitaria, corriendo idéntica suerte la interpretación de los ajustes razonables, en la literalidad del art. 7 de la norma interna que prescribe que “la interpretación del contenido de la ley... se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales”. Este precepto lejos de ser superfluo (aunque ciertamente si no hubiera aparecido en nuestro texto legal la consecuencia sería exactamente la misma) parece dejar claro que lo que se pretende es coherencia nuestra realidad normativa con la idea comunitaria que se ha asentado con respecto a la no discriminación y, en concreto -pues es lo que a nosotros interesa- con relación a la enfermedad que es susceptible de provocar la discriminación prohibida, máxime cuando no aparece precepto alguno en la norma comentada que delimite el alcance del término “enfermedad”.

Si finalmente se optara por este entendimiento sí resulta congruente un pasaje de la Exposición de Motivos que explica la razón de ser de la tutela antidiscriminatoria<sup>65</sup>. Así pues, si lo que se trata de amparar es a personas que han sufrido prejuicios sociales y sobre las que hemos proyectado estereotipos, no puede entenderse que todas las personas enfermas -dado que no presentan tampoco rasgos

<sup>64</sup> Se podría objetar que, si bien las dolencias de corta duración no constituyen un “estado”, sí podrían ser encuadrables en “situación especial en que se halla alguien”. No obstante, y siguiendo con la RAE, comprobamos que el adjetivo “especial” que se alza como calificador de la situación solo concurre en la medida en que sea “singular o particular, que se diferencia de lo común o general”. La enfermedad genéricamente considerada no es singular o particular, sino que forma parte de la propia esencia humana.

<sup>65</sup> “Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos.”

comunes que las aúnen- hayan sido objeto de ideas preconcebidas y negativas de toda o parte de la sociedad<sup>66</sup>.

Con la inclusión de estas causas de discriminación (enfermedad y condición de salud) se estaría claramente escindiendo entre discapacidad y estos otros dos factores discriminatorios, procediéndose a acoger las opiniones doctrinales que ya antes del dictado de la ley propugnaban caminar por este sendero<sup>67</sup>. La tutela discriminatoria de los trabajadores afectados por enfermedad crónica no se puede (a decir por esa doctrina) encauzar por los mismos caminos que la discapacidad, por el propio concepto, alcance y significado de la enfermedad protegida (la crónica), considerándose como “categoría intermedia entre la discapacidad y la simple enfermedad”<sup>68</sup> y, de esta forma, al no engarzarse con la discapacidad, resultaría tutelada como causa autónoma que, de otro lado, parece que ha sido la alternativa legal acogida.

Nótese que ya antes de la previsión expresa de la norma, la autorizada doctrina exponía la posibilidad de acoger normativamente la asimilación de determinadas situaciones de enfermedad a la discapacidad<sup>69</sup> (y, por ende, a considerar a aquellas como discriminatorias), asimilación que se produciría cuando la incapacidad temporal se dilate durante un determinado lapso temporal, “lo que nos abocaría a

<sup>66</sup> La relevancia del efecto de exclusión social para amparar estas situaciones, reconociéndose en algunas enfermedades crónicas, siendo por ello, aplicable la normativa antidiscriminatoria. Así, Fernández Martínez, S.: “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 3, núm. 1, enero-marzo de 2015. Disponible en línea: Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada | Relaciones Laborales y Derecho del Empleo (adapt.it)-

<sup>67</sup> Así, Fernández Martínez, S.: “La enfermedad crónica como nueva causa de discriminación”, op. cit.

<sup>68</sup> La profesora Fernández Martínez, S. (Ibidem) sostiene esta afirmación por cuanto las situaciones que atraviesan discapacitados y enfermos crónicos son diferentes. En concreto señala que “las necesidades de inclusión en el mercado laboral de los trabajadores con enfermedades crónicas no tienen por qué ser las mismas que las de las personas con discapacidad, pues... la enfermedad crónica siempre va a afectar a la capacidad laboral y, en cambio,... las personas con discapacidad no tienen por qué ver afectada necesariamente su capacidad laboral, si se pueden poner en práctica los ajustes razonables que sean necesarios”

<sup>69</sup> Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”. Trabajo y Derecho. Monográfico 6/2017, 1 de noviembre de 2017. Wolters Kluwer. [Consultado en línea. Base de Datos Smarteca]. Ya en 2017 plasmaba la necesidad de “reflexionar a propósito de si el derecho interno podría otorgar una mayor protección al empleo de las personas con enfermedades duraderas que no hayan obtenido todavía la consideración de persona con discapacidad, sobre todo, considerando que la jurisdicción social no acaba de ponerse en sintonía con el TJUE”.

Este autor señalaba que “A las consideraciones de justicia material se han unido las dudas a propósito de si las decisiones empresariales no están guiadas por un ánimo discriminatorio basado en la enfermedad, situación que se ha pretendido asimilar a la discapacidad en base a la proximidad entre la una y la otra, y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador enfermo.”

la existencia de un concepto “estable” de persona con discapacidad y una suerte de “discapacidad provisional” para supuestos específicos”<sup>70</sup>.

Podría pensarse que si lo que se propugna es una concepción continuista con los dictados supranacionales en el entendimiento de la enfermedad como factor discriminatorio, no hubiera sido necesario aludir en este nuevo texto legal a la enfermedad. Creemos, no obstante, que la nueva inclusión legal facilita la invocación y sobre todo apreciación de la discriminación en el acto empresarial, pudiendo sostenerse una interpretación más completa de este factor. Con la alusión expresa tanto a la enfermedad como a la condición de salud, se adopta el criterio de valorar qué le ha ocurrido previamente al trabajador, qué enfermedades ha tenido y sus duraciones. Pues siguiendo con el mismo autor aunque aparentemente las bajas que ha sufrido un trabajador son diferentes entre sí, si se contemplan todas puede concluirse en que en realidad estamos ante un única enfermedad porque todas aquellas bajas aparentemente distintas en realidad obedecen a una sola causa médica<sup>71</sup>.

Además, la necesidad de la referencia a la enfermedad no resulta superflua, pues es posible que el legislador consciente de que los pronunciamientos judiciales nacionales no habían asumido plenamente la doctrina del TJUE, ha refrendado legalmente esta<sup>72</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

De los argumentos expuestos a través del epígrafe anterior, entendemos que existen más razones para avalar que lo que se ha pretendido amparar es toda

<sup>70</sup> Así, Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, op. cit. Matiza aún más, indicando que la concreción temporal podría coincidir con lo que prevé “la Equality Act británica de 2010 y sus guías de desarrollo” que “asimilan a la discapacidad la situación de personas cuya enfermedad podría probablemente alcanzar los doce meses de duración, o bien cuando dicho tope ha sido ya alcanzado”.

<sup>71</sup> La conveniencia de remontarnos a la situación precedente médica del trabajador ya fue puesta de manifiesto por Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 320.

<sup>72</sup> Nos parece deducir esta idea -aunque lógicamente cuando se escribió el ensayo no estaba vigente la norma ahora analizada- de Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 324.

Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op.cit., Comentando las sentencias del TS, y específicamente la de 3 de mayo de 2016 (rec.3348/14) enunciaba que “parece sostener una interpretación en extremo restrictiva sobre la discapacidad que, al menos en mi opinión, se desvía claramente del TJUE”.

situación de enfermedad, siendo independiente las características de esta para desplegar todos los efectos que prevé la normativa antidiscriminatoria.

A pesar de ello, no creemos acertado que se acoja esta interpretación porque, a la postre, opinamos que se pervertiría el sentido que, hasta el momento, ha tenido la concepción de la discriminación. Estar enfermo no genera prejuicios sociales, lo que sí suscita concepciones estereotipadas es sufrir enfermedades concretas<sup>73</sup>.

En este sentido, no está de más recordar que la prohibición de discriminación es un derecho autónomo y diferente al de igualdad<sup>74</sup>.

Otro de los problemas que plantearía asumir la interpretación extensiva de la noción de enfermedad sería la necesidad de afrontar una nueva concepción de los supuestos que, relacionados con la salud, podrían habilitar al despido objetivo por ineptitud sobrevenida. No planteará ningún problema si la enfermedad que incapacita al trabajador -en el sentido meramente laboral- es transitoria pues, como ya es sabido, esta ni antes ni ahora faculta al empresario a extinguir la relación laboral, pero sí en el caso de que estemos ante enfermedades que provocan una merma en sus capacidades laborales que no tiene reflejo como situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez en el ámbito de Seguridad Social<sup>75</sup>.

Y, por supuesto, a los efectos de dotar de coherencia interna entre las distintas normas y dado que la Ley 15/22 no es específicamente laboral, aun cuando la trascendencia en este sector es particularmente significativa, se haría necesario

<sup>73</sup> Siguiendo a Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Obesidad y sobrepeso. ¿Causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen?, op.cit., pg. 270, aun cuando su estudio y reflexiones tienen por objeto la obesidad. Lo que, a nuestro juicio, debería ampararse es lo que se ampara es “una enfermedad concreta, que goza de ese estigma y de un perjuicio real -muchas veces subjetivo e inconsciente en su producción- pero existente y de fácil aplicación como recurso para el descarte”.

<sup>74</sup> Así, STC (STC 36/2011 de 28 de marzo) “lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio general de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”.

<sup>75</sup> O, para concretar más y rescatando la sugerente idea de Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español, op. cit., pg. 114 antes expresada. Se preconiza la posibilidad de afrontar con éxito la reclamación de nulidad del despido del trabajador en los diferentes estadios de enfermedad, esto es, ante “incapacidades permanentes, como también potencialmente en las incapacidades temporales de pronóstico incierto o negativo. Pero también podría alcanzar, *si bien con más incertidumbres*, a las IT de larga duración, o de duración superior a la media en curación respecto de la enfermedad o lesión de que se trate, como respecto de aquéllas crónicas o, en general y por ejemplo, de las que se esperan recidivas o son necesarios seguimientos y control”. La cursiva es nuestra, por cuanto ya -con la aprobación del texto legal de 2022- desaparecería (a nuestro juicio) la incertidumbre.

proceder a la modificación tanto del art.4.2.c), como del art.17 y, por supuesto, del art.55.5 todos ellos del ET.

Pero, además, entendemos que la lectura de la norma integral suscita otra laguna no menor. Si los ajustes razonables se han circunscrito a la discapacidad del trabajador, ¿qué ocurre con aquellas situaciones de enfermedad que no generan discapacidad, pero se pueden asimilar -según consolidada doctrina del TJUE- a esta? En definitiva, los intentos que hasta el momento se han llevado a cabo por los profesionales del Derecho para asimilar la enfermedad con la discapacidad al objeto de extender la protección que específicamente se había previsto para este último caso, no van a cesar, pues se nos antoja como probable que en las reclamaciones judiciales se siga insistiendo en su asimilación por cuanto la situación de aquel trabajador que se halla en obvia situación de discapacidad continúa más protegido que el que tan “solo” tiene una enfermedad.

En definitiva, las peticiones de nulidad que se insten por razón de salud no se van a enfocar en todo caso en la alegación de la enfermedad o condición de salud para invocar la nulidad del acto empresarial, sino que seguirán planteándose demandas que arguyan la proximidad de la concreta enfermedad con la discapacidad, para así reforzar la tesis de discriminación a través del alegato acumulado de la falta de adaptación del puesto de trabajo.

Si antes tratábamos de hacer hincapié en el efecto que sobre el despido objetivo por ineptitud sobrevenida puede tener la interpretación final de erigir a cualquier tipo de enfermedad como factor discriminatorio, no podemos dejar de señalar que entra dentro de lo jurídicamente factible que también otro precepto del Estatuto de los Trabajadores -en sede extintiva- quede visiblemente afectado. Se trata del art.54.2.f) ET o lo que es lo mismo la consideración como incumplimiento contractual susceptible de ser causa de despido disciplinario a “La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”.

A partir del momento en que se aprueba la norma integral sobre no discriminación ¿hemos de entender de forma distinta al despido disciplinario por consumo de drogas y alcohol? Téngase en cuenta que el ET recoge la toxicomanía y este concepto hace referencia no al consumo esporádico de drogas, sino al habitual<sup>76</sup>. Así que, solo se puede despedir disciplinariamente al trabajador toxicómano o ebrio habitual, siempre que estas circunstancias afecten negativamente al trabajo prestado. En ambas causas es exigible que sea reiterada la ingesta, y a pesar de no ser profesionales de la sanidad, entendemos que es algo comúnmente sabido que

<sup>76</sup> Domínguez Morales, A.: “Adicciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿Causa de discriminación laboral? en Morales Ortega, J.M (Dtor.) *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*. Laborum. 2022, pg. 313. La autora destaca la habitualidad en la definición de la toxicomanía, no comprendiéndose en ese concepto “el mero consumo”, pues existe una coincidencia terminológica entre la embriaguez y el alcoholismo a los efectos de apreciar esta causa de despido disciplinario.

ambas situaciones inciden de manera decisiva en la salud, afectando a uno o varios órganos o bien ocasionando serios problemas psicológicos. En cualquier caso, y en la medida en que esto sea así, sí podría entenderse que en ambas situaciones se sufre una enfermedad estigmatizante, por cuanto socialmente la persona consumidora de alcohol o toxicómana cuando no tiene control sobre la ingesta o muestra claramente una conducta perturbadora y ve extinguida su relación laboral sí sufriría de discriminación, máxime si optamos por una visión no condicionada del factor de enfermedad.

A partir de ahí los efectos se desdoblán. Si mantenemos una concepción restrictiva a la hora de apreciar a la enfermedad como factor discriminatorio y el consumo de droga o alcohol no provoca una alteración visible de la salud ni tampoco afecta al funcionamiento de ningún órgano o representa un déficit psicológico, no podemos apreciar aquí el elemento imprescindible para poder estimar discriminación por cuanto la sociedad no rechaza a aquel que aparentemente no tiene problemas con las drogas o el alcohol<sup>77</sup>.

Por el contrario, si aceptamos una visión amplia y no comedida de la enfermedad como elemento discriminatorio, se podría sostener que este individuo sí tiene una enfermedad -aunque no sea incapacitante- y no podría ser despedido ni siquiera cuando se pruebe que esa situación afecta de forma ostensible a su rendimiento. El despido a trabajador que sufre de toxicomanía o embriaguez habitual sería discriminatorio y por ende nulo.

Desde nuestro modesto punto de vista, si lo que se pretende es amparar la situación del trabajador enfermo, entendemos que debería rescatarse la previsión normativa anterior sobre la nulidad automática del despido<sup>78</sup>, pero no tutelarla a través de la vía de la afectación al derecho a no ser discriminado.

Creemos que vamos a tener que estar especialmente pendientes de los pronunciamientos de nuestra jurisdicción social en torno a la interpretación de este

<sup>77</sup> Discrepamos de la conclusión alcanzada por Domínguez Morales, A.: "Adiciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿Causa de discriminación laboral?", op. cit., pg. 322-323: "...resulta evidente que el consumo de drogas, incluyendo alcohol y tabaco, provoca la estigmatización de los afectados, siendo importante la marca negativa que propicia el ser percibido como consumidor habitual de este tipo de sustancias en más de lo que se considera el consumo social tolerable". No creemos que la clave esté en la última afirmación ("consumo social tolerable"), lo que no se tolera no es que el sujeto pueda consumir más de lo que es habitual (parámetro, de otro lado, muy difícil -a nuestro modo de ver- de concretar), sino que lo que resulta intolerable es que la persona con independencia de cuál sea el consumo que lleva a cabo muestre un comportamiento inapropiado, inoportuno. Es la manifestación de la droga o el alcohol lo que estigmatiza, con independencia de cuánto sea su consumo.

<sup>78</sup> Esteban Legarreta, R.: "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad", op. cit. el autor propone diferentes alternativas de acción legal, siendo una de ellas la glosada en el cuerpo del presente.

factor de discriminación, si se produce o no una nueva concepción del despido objetivo por ineptitud sobrevenida en los términos antes expresados (u otros) y, también, si cabe la extensión de la obligación de proceder a los ajustes razonables a los supuestos de enfermedades próximos a las discapacidades.

La buena noticia es que, suponemos, no tardará demasiado tiempo en producirse los primeros asertos judiciales pues, tal y como se encuentra redactada la norma es bastante probable que se incrementen el número de reclamaciones judiciales que accionando contra actos de despido (o extinciones durante el periodo de prueba) soliciten el dictado de sentencias estimatorias a la nulidad. Téngase en cuenta que el trabajador encontrará dos motivaciones poderosas para presentar su demanda: de un lado, recuperar el que fuera su puesto de trabajo y, de otro, obtener una indemnización por la lesión a su derecho.