

**EL DESPIDO DE LA PERSONA TRABAJADORA EN SITUACIÓN
DE INCAPACIDAD TEMPORAL TRAS LA LEY 15/2022, DE 12 DE
JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO
DISCRIMINACIÓN**

***THE DISMISSAL OF THE EMPLOYEE ON SICK LEAVE AFTER
THE LAW 15/2022, 12th JULY, FOR EQUAL TREATMENT AND
NON-DISCRIMINATION***

VANESSA CORDERO GORDILLO

Profesora Contratada Doctora

Universitat de València

<http://orcid.org/0000-0002-6667-5516>

Cómo citar este trabajo: Cordero Gordillo, V. (2023). El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1–27. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7899>

RESUMEN

Entre las novedades que incorpora la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cabe destacar la inclusión expresa de la enfermedad o condición de salud como causa de discriminación prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Partiendo de esta premisa, el presente trabajo aborda la incidencia de esta norma en la calificación de los despidos motivados por la baja por incapacidad temporal de la persona trabajadora. Para ello, en un primer momento, se analiza la evolución de la jurisprudencia del TJUE, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como de la doctrina judicial, sobre esta cuestión para, posteriormente, estudiar la nueva regulación contenida en la Ley 15/2022 sobre la discriminación por razón de enfermedad o condición de salud. La principal conclusión que se extrae de este análisis es que, tras esta Ley, los despidos

que se basen en la enfermedad de la persona trabajadora deberán ser calificados como nulos y no como improcedentes. En cualquier caso, no se trata de un supuesto de nulidad objetiva, de tal manera que la persona trabajadora deberá aportar indicios de la vulneración del derecho a la no discriminación.

PALABRAS CLAVE: discriminación, enfermedad, incapacidad temporal, despido, Ley 15/2022.

ABSTRACT

Among the legal changes of the Law 15/2022, 12th July, for equal treatment and non-discrimination, it must be highlighted the express inclusion of illness or health condition as a forbidden ground of discrimination in our legal system. From this premise, this paper deals with the impact of this law on the dismissals based on the fact that an employee is on sick leave. In order to do this, first of all, it is analysed the evolution of the case law of the CJEU, the Constitutional Court and the Supreme Court, as well as the judgements of the lower courts about this matter and, subsequently, it is studied the new regulation on discrimination on grounds of illness or health condition in the Law 15/2022. The main conclusion we can draw from this analysis is that, after this Law, the dismissals on grounds of illness must be declared null and void instead of unfair. However, it is not a case of objective nullity since the employee must give evidence of the violation of the right to non-discrimination.

KEYWORDS: discrimination, illness, sick leave, dismissal, Law 15/2022.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal.

- 1. La calificación del despido durante la situación de incapacidad temporal.*
- 2. La “enfermedad asimilada a la discapacidad” en la doctrina del TJUE.*
- 3. La recepción de la jurisprudencia del TJUE en los tribunales españoles.*

III. El despido de personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022.

- 1. La enfermedad como nueva causa de discriminación*
- 2. La nulidad del despido motivado por la enfermedad de la persona trabajadora*

3. Las repercusiones en el despido por ineptitud fundada en el estado de salud de la persona trabajadores

IV. Conclusiones.

Bibliografía

I. Introducción.

El 13 de julio de 2022 fue publicada en el BOE la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo objeto es “garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”. La norma presenta importantes novedades tales como la definición de los conceptos de discriminación por asociación¹, discriminación por error (art. 6.2) y discriminación múltiple e interseccional (art. 6.3), o la incorporación expresa de nuevos motivos de discriminación como la identidad sexual, la expresión de género o, singularmente, la enfermedad o condición de salud (art. 2.1).

Se trata, además, de una ley integral que extiende su ámbito objetivo de aplicación a múltiples ámbitos, entre los cuales cabe destacar el empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, así como el empleo público, tanto en lo que se refiere al acceso como a las condiciones de trabajo, la promoción y la formación (art. 3.1.a) y b), la afiliación y participación en organizaciones sindicales, empresariales o profesionales (art. 3.1.c) y la protección social, las prestaciones y los servicios sociales (art. 3.1.j). De ello se desprende que esta ley viene a reforzar la regulación en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y la protección social.

De hecho, el art. 9 contiene algunas disposiciones específicas respecto al empleo por cuenta ajena estableciendo la prohibición de establecer “limitaciones, segregaciones o exclusiones”, por los motivos enumerados en el art. 2.1, en “el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo”; añadiendo que se considerarán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, que den lugar a situaciones de discriminación indirecta. Expresamente se dispone que la empresa tendrá vedada la formulación de preguntas atinentes a las condiciones de salud de las personas aspirantes

¹ El concepto de discriminación por asociación ya contaba con una formulación legal expresa respecto a la discapacidad en el art. 2.e) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, pero no así en relación con otras causas de discriminación, lo cual, en cualquier caso, no ha constituido un obstáculo para su aplicación por los tribunales.

a un puesto de trabajo. Asimismo, atribuye a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación o entidades autorizadas la obligación de velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por los mismos motivos, promoviendo la aplicación de medidas para el logro de dicha finalidad, de las que menciona expresamente el currículum anónimo. Este deber de velar por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo corresponde igualmente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual deberá incluir el desarrollo de planes específicos en esta materia en su plan anual integrado de actuación. Finalmente, se prevé la posibilidad de que, mediante el desarrollo reglamentario, se establezca la exigencia de que las empresas de más de 250 personas trabajadoras “publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales” por las causas de discriminación enumeradas en la norma, lo cual vendría a añadirse a las obligaciones que, en materia retributiva, ya contempla nuestra legislación en lo referente al género.

De otro lado, se dedica un precepto específico a la negociación colectiva (art. 10), resaltando así su relevancia en la garantía y promoción de la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral. En particular, aparte de la lógica prohibición de que las cláusulas convencionales contengan “limitaciones, segregaciones o exclusiones” por las causas de discriminación listadas en el art. 2.1, se legitima a los convenios colectivos para establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el empleo y las condiciones de trabajo, posibilidad ésta que el art. 17.4 ET limita a las que pretendan favorecer el empleo femenino.

De esta sumarisísima reseña cabe colegir que la Ley 15/2022 va a tener una incidencia indudable en las relaciones laborales. Buena muestra de ello es la inclusión expresa de la enfermedad como causa de discriminación, en contra de lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, lo cual ha tenido como consecuencia, entre otras, que la calificación de un despido motivado por la baja por incapacidad temporal de la persona trabajadora debía ser la improcedencia y no la nulidad, con algunas excepciones. Precisamente esta cuestión es la que va a ser abordada en el presente trabajo, partiendo, en un primer momento, de la evolución de la jurisprudencia del TJUE, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como de la doctrina judicial, en torno a la discriminación por enfermedad, para pasar, en un segundo momento, al análisis de la nueva regulación contenida a este respecto en la Ley 15/2022 y su trascendencia en la calificación de los despidos que se produzcan a partir de su entrada en vigor y que estén motivados por esta circunstancia.

II. Evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal.

1. La calificación del despido durante la situación de incapacidad temporal.

Como es sabido, hasta la reforma operada por la Ley 11/1994 los despidos llevados a cabo durante la situación de incapacidad temporal se calificaban como nulos, por afectar a una persona trabajadora con el contrato de trabajo suspendido, salvo que la jurisdicción competente apreciara su procedencia (art. 55.6 ET). En cambio, tras dicha modificación, la declaración de nulidad quedó limitada a los supuestos en los que la decisión extintiva tuviera por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la CE o en la Ley o se produjera con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

A partir de este momento se planteó la cuestión de cuál debía ser la calificación del despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, en ausencia de causa objetiva que justificara la extinción *ex arts. 52.a) y 52.d) ET* o de incumplimiento contractual que legitimara un despido disciplinario. Ello dio lugar a pronunciamientos divergentes de la doctrina judicial, pues algunos tribunales estimaron que el despido de una persona por el hecho de hallarse en situación de incapacidad temporal debía ser calificado como nulo, bien por discriminación o bien por vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral².

Estas discrepancias fueron resueltas por el Tribunal Supremo a raíz de su sentencia de 29 de enero de 2001 (Rec. 1566/2000) en la cual, interpretando el inciso final del art. 14 CE “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, concluye que no puede englobar cualquier condición o circunstancia por cuanto, lo que caracteriza la prohibición de discriminación, es la utilización de “un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”. Y, refiriéndose en concreto a la enfermedad, señala que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio”, aunque abre la posibilidad de que pudiera serlo en circunstancias en las que pudiera apreciarse un elemento de segregación. Tampoco puede considerarse un despido discriminatorio por razón de discapacidad y, en consecuencia, no “resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el

² VELASCO PORTERO, Teresa, “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n° 39, pp. 146-147; HIERRO HIERRO, Francisco Javier, “A vueltas sobre la calificación del despido ante una situación de incapacidad temporal o enfermedad: ¿nulidad o improcedencia? La posición de los Tribunales y la falta de respuesta unívoca”. En: MIRANDA BOTO, José María (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el TJUE: problemas y soluciones*, Madrid, Ediciones Cinca, 2018, pp. 239-245.

actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo”. En cualquier caso, al no tratarse de una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, la consecuencia es la improcedencia del despido³.

Posteriormente, añadió que la diferencia entre la discapacidad y la enfermedad se halla en que esta última es “una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado” de tal modo que el colectivo de enfermos es un colectivo “efímero o de composición variable en el tiempo”. En cambio, la discapacidad es “una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada (...) un "estatus" que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”⁴.

Esta doctrina fue asumida también por el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo, argumentando que, para valorar si un criterio de diferenciación puede entenderse incluido en la cláusula abierta del art. 14 CE, debe analizarse la razonabilidad de dicho criterio, habida cuenta de que “lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico 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 (art. 10 CE)”. Con esta premisa, afirma que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación cuando sea tenida en consideración “como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”. Por el contrario, no lo será si se ha tenido en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el desarrollo de la prestación laboral, tal y como sucedía en el supuesto del demandante de amparo.

Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, el despido ha sido calificado como nulo cuando la decisión extintiva está motivada por la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona trabajadora, debido al estigma social que lleva aparejada dicha enfermedad, tal y como ha sucedido con el VIH⁵ o la tuberculosis⁶. Más recientemente, esta misma

³ En el mismo sentido, SSTs de 12 de julio de 2004 (Rec. 4646/2002), 23 de septiembre de 2002 (Rec. 449/2002), 22 de noviembre de 2007 (Rec. 3907/2006), 11 de diciembre de 2007 (Rec. 4355/2006), 18 de diciembre de 2007 (Rec. 4194/2006), 22 de enero de 2008 (Rec. 3995/2006).

⁴ SSTs de 11 de diciembre de 2007 (Rec. 4355/2006) y 13 de febrero de 2008 (Rec. 4739/2006).

⁵ SJS nº 3 de Castelló de la Plana de 7 de junio de 2005 (Sentencia nº 269/2005).

⁶ SJS nº 2 de Guadalajara de 17 de enero de 2018 (Sentencia nº 15/2018).

jurisprudencia ha servido de fundamento para estimar la nulidad del despido de personas trabajadoras afectadas por COVID-19⁷.

Junto a lo anterior, la STS de 31 de enero de 2011 (Rec. 1532/2010) abrió una nueva vía para una eventual calificación de nulidad de los despidos motivados por la baja médica de la persona trabajadora, aunque fundamentada en la vulneración de otro derecho fundamental, en concreto, el derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE, debido a las amenazas de despido vertidas por la empresa en caso no producirse la reincorporación al trabajo de la persona trabajadora⁸. En consecuencia, el despido será nulo concurriendo dichas circunstancias específicas, de tal modo que este pronunciamiento no modifica la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus anteriores sentencias.

2. La “enfermedad asimilada a la discapacidad” en la doctrina del TJUE.

Por lo que respecta al Derecho Comunitario, la enfermedad no aparece reconocida como causa de discriminación ni en el Derecho originario ni en el Derecho derivado. En cambio, no puede decirse lo mismo de la discapacidad pues el actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé que el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de discapacidad⁹. Igualmente, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por esta causa y, particularmente, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluye la discapacidad entre los distintos motivos de discriminación que contempla. Como quiera que ninguna de estas normas contiene una definición expresa de discapacidad, ha tenido que ser el TJUE quien clarifique su alcance y, fundamentalmente, si una enfermedad puede ser asimilada a una discapacidad a efectos de la Directiva mencionada.

En primer lugar, la STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, asunto C-13/05, resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en la que se planteaba si la enfermedad podía equipararse a la discapacidad en el contexto de la Directiva 2000/78/CE. Para dar solución a la cuestión formulada, el Tribunal proporciona una definición de discapacidad a nivel comunitario entendiendo por tal “una

⁷ SJS nº 1 de Mataró de 1 de febrero de 2021 (Sentencia nº 39/2021); SJS nº 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020 (Sentencia nº 231/2020); STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 23 diciembre de 2021 (Rec. 1315/2021).

⁸ Sobre esta sentencia *vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “«Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, nº 464, p. 175 y MORENO GENÉ, Josep, “La “política empresarial” de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (Nº Rec. 2943/2021)”, *IUSlabor*, 2021, nº 3, pp. 190-191.

⁹ Este precepto deriva del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Ámsterdam en 1997.

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”. Asimismo, para que una limitación pueda considerarse una discapacidad, se requiere que la misma tenga una duración prolongada en el tiempo, requisito que se deduce de la importancia que en la Directiva 2000/78/CE se da a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo de las personas con discapacidad, de donde cabe considerar que el legislador estaba pensando en supuestos en los que la participación en la vida profesional se viera obstaculizada durante un largo periodo. Partiendo de ello, concluye que enfermedad y discapacidad no son conceptos equiparables.

Posteriormente, la STJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark (en representación de Jette Ring y Lone Skoube Werge)*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, rectifica la definición de discapacidad que previamente había elaborado, incorporando su dimensión social, y ampliando las posibilidades de equiparación entre discapacidad y enfermedad¹⁰. En ello influyó la ratificación, por parte de la Unión Europea¹¹, de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad¹², la cual establece una definición amplia de personas con discapacidad, entendiendo por tales “aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (art. 1 párr. 2º).

Partiendo de ello, el TJUE define la discapacidad en términos muy similares a la Convención sosteniendo que “se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. A lo anterior añade, también en línea con la norma internacional y ratificando en este aspecto lo afirmado en la Sentencia Chacón Navas, que las deficiencias deben ser a largo plazo.

En todo caso, la cuestión de mayor relevancia para el caso concreto era la relativa a la consideración como discapacidad de una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable. Y, a este propósito, también se observa una importante evolución con respecto a la doctrina sentada en la Sentencia Chacón Navas por cuanto, en el segundo pronunciamiento, el Tribunal afirma que la enfermedad, sea curable o incurable, puede estar incluida en el concepto de discapacidad, si “acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración”¹³. Ello no implica

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso Ring»”, *Temas laborales*, 2015, nº 130, p. 143.

¹¹ Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

¹² Adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006.

¹³ Para SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2013, nº 866 (versión electrónica), p. 2, ello supone un cambio de gran relevancia

una equiparación pura y simple entre discapacidad y enfermedad pues “la enfermedad en cuanto tal” no puede ser considerada un motivo de discriminación a efectos de la Directiva 2000/78/CE, pero clarifica y amplía las posibilidades de incluir las enfermedades de larga duración en el concepto de discapacidad a efectos de la protección frente a la discriminación por esta causa.

El concepto de discapacidad formulado en la Sentencia *HK Danmark* se reitera en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA (en representación de Karsten Kaltoft)*, asunto C-354/13, en la cual se pronunció sobre si la obesidad constituye una causa de discriminación prohibida por el Derecho Comunitario y si puede constituir una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. Respecto a esta segunda cuestión el TJUE estimó que la obesidad como tal no puede considerarse una discapacidad ya que por sí misma no implica una limitación; ahora bien, admitió que si esta circunstancia acarrea una limitación, “derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración”, la obesidad podría constituir una discapacidad. Ello podría ser así cuando “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”, lo que corresponderá determinar al órgano judicial nacional.

Un paso más en esta evolución de la doctrina del TJUE se produjo con la STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*, asunto C-395/15. En ella se planteaba si la decisión de la empresa de despedir a un trabajador por el hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal, con una duración incierta, como consecuencia de un accidente de trabajo, podía considerarse una discriminación directa por razón de discapacidad. Para dar respuesta a esta cuestión, invoca la definición de discapacidad de la Sentencia *HK Danmark* e incide en la interpretación del carácter duradero de la limitación de la capacidad de la persona trabajadora. A tales efectos aduce, en primer lugar, que el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad “temporal” no obsta a que la limitación pueda ser calificada de duradera. En segundo lugar, la apreciación del carácter duradero de la limitación debe realizarse con referencia a la fecha en que se produjo el acto presuntamente discriminatorio, en este caso, el despido. Y, en tercer lugar, basándose en la Sentencia Chacón Navas, reitera que la relevancia que el legislador

conceptual y obligaría a revisar la diferenciación enfermedad/discapacidad para “dar paso a una nueva enfermedad asimilada”. En sentido similar, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Discriminación por discapacidad...”, op. cit. p. 143. En cambio, para VELASCO PORTERO, Teresa, “El despido del trabajador enfermo...”, op. cit. p. 153, se trataría de una simple matización. Esta última postura es defendida también por ITURRI GÁRATE, Juan Carlos, “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 6 (versión electrónica), p. 10, y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 105.

comunitario otorga a los ajustes razonables en la Directiva 2000/78/CE revela que se tenían en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se viera limitada durante un largo periodo de tiempo. En todo caso, la comprobación del carácter duradero de la limitación corresponde al órgano judicial remitente, el cual deberá apoyarse en todos los elementos objetivos de los que disponga, particularmente, “documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”. Asimismo, el Tribunal se refiere a los indicios que podrían ser tomados en consideración para llegar a la conclusión de que la limitación es duradera, mencionando que “en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo” o “que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

Con esta sentencia se refuerza la idea de que las enfermedades de las que pueda predicarse un carácter duradero pueden ser equiparadas a una discapacidad y, en consecuencia, ser acreedoras de la tutela antidiscriminatoria prevista para estos supuestos. Si bien, serán los órganos jurisdiccionales nacionales quienes deberán dilucidar en cada caso concreto si concurre o no dicha circunstancia, con los consiguientes problemas interpretativos que se han generado en la práctica¹⁴.

Por otro lado, cabe destacar la STJUE de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, asunto C-270/16, la cual aborda fundamentalmente una cuestión que carece ya de relevancia práctica, habida cuenta de que se pronuncia sobre la conformidad con la Directiva 2000/78/CE del derogado art. 52.d) ET que contemplaba como causa de despido objetivo las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes¹⁵. Concretamente, se planteaba si el despido basado en faltas de asistencia debidas a enfermedades atribuibles a la discapacidad de la persona trabajadora podía implicar una discriminación indirecta por esta causa¹⁶. No obstante, respecto a la temática que nos ocupa, interesa

¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 6 (versión electrónica), p. 7; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 28 (versión electrónica), p. 4. Por su parte, DESDENTADO DAROCA, Elena, “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, 2017, nº 3 (versión electrónica), p. 11, señala que la doctrina del TJUE no contradice a la del Tribunal Supremo por cuanto la enfermedad como tal no constituye un motivo de discriminación ni resulta equiparable a la discapacidad, pero sí ha propiciado una interpretación más flexible del concepto de discapacidad que la llevada a cabo por este último. Asimismo, poniendo de manifiesto las dificultades interpretativas de esta doctrina, LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a José, “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, nº 209 (versión electrónica), p. 11.

¹⁵ El citado artículo fue derogado por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, posteriormente, Ley 1/2020, de 15 de julio.

¹⁶ Básicamente, la sentencia estima que la extinción del contrato por esta causa podía implicar una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, pero, en cualquier caso, debía determinarse si esta diferencia de trato podía estar justificada objetivamente por una finalidad legítima y si los medios para su consecución eran adecuados y necesarios. A tales efectos, afirma que combatir el absentismo puede constituir una finalidad legítima, si bien el resto de cuestiones deberán ser valoradas por el órgano

resaltar que el Tribunal vuelve a hacer referencia a la definición de discapacidad formulada en anteriores sentencias, en particular en la sentencia *FOA*, por tratarse también de un supuesto de obesidad del trabajador, y que afirma que el hecho de que tuviera reconocida la condición de persona con discapacidad según el ordenamiento jurídico interno (tenía reconocido un grado de discapacidad del 37%) no significa que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, la STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW*, C-397/18, se pronuncia sobre si una persona trabajadora calificada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo en virtud del art. 25 LPRL, puede ser considerada una persona con discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. En esta resolución, el Tribunal recopila los criterios sentados en sentencias anteriores acerca del concepto de discapacidad y concluye que, el mero hecho de que una persona tenga reconocida la condición de persona trabajadora especialmente sensible, no implica que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva, ya que los requisitos que prevé el art. 25 LPRL no son idénticos a los establecidos en la definición de discapacidad elaborada por el TJUE. En consecuencia, el juez nacional deberá comprobar si, en el caso concreto, el estado de salud de la persona trabajadora supone “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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”.

De este breve recorrido por la jurisprudencia comunitaria respecto a la posible asimilación de la enfermedad a la discapacidad¹⁷, se deduce que el despido basado en la enfermedad como tal no resulta discriminatorio, pero, dado el concepto flexible de discapacidad, es posible que, concurriendo determinadas circunstancias, fundamentalmente su carácter duradero, pueda ser incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE¹⁸.

3. La recepción de la jurisprudencia del TJUE en los tribunales españoles.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE que se acaba de comentar, particularmente, a partir de las sentencias *HK Danmark* y *Daouidi*, llevó a algunos autores a afirmar que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se verían obligados a matizar su doctrina anterior acerca del despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad

jurisdiccional nacional. Poco tiempo después la STC 118/2019, de 16 de octubre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra el citado precepto.

¹⁷ Aun cuando el TJUE se ha pronunciado en otras sentencias sobre la discriminación por razón de discapacidad y ha utilizado el concepto de discapacidad formulado en las resoluciones mencionadas, no se ha planteado la cuestión relativa a la equiparación de las enfermedades de larga duración. A título de ejemplo, cabe citar la STJUE de 10 de febrero de 2022, *HR Rail*, asunto C-485/20, muy relevante respecto a la noción de ajustes razonables, pero en la que la condición de persona con discapacidad del trabajador recurrente no resultaba controvertida.

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, nº 3, p. 246.

temporal¹⁹. Sin embargo, las expectativas creadas pronto se desvanecieron pues, aunque el Tribunal Supremo ha asumido dicha jurisprudencia, su aplicación no ha tenido como consecuencia la calificación de nulidad de los despidos que se han sometido a su enjuiciamiento²⁰.

Así, la primera resolución que tuvo en consideración la sentencia *HK Danmark*, la STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014), valora si en el caso concreto cabe aplicar la definición de discapacidad contenida en dicha resolución, concluyendo que no cabe calificar de discapacidad la situación de la trabajadora²¹. Pese a que la sentencia no explicita claramente las condiciones que deberían concurrir para que procediera la aplicación de dicho concepto, se desprende que la razón es la corta duración de la situación de incapacidad temporal, ya que únicamente permaneció diez días de baja antes del despido y la duración total fue de 28 días, por lo que parece entender que no estamos ante una limitación de larga duración. La consecuencia de ello es que “el despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad”, debiendo ser calificado como improcedente y no nulo²².

De esta manera, el Tribunal Supremo al menos incorpora el factor tiempo en la valoración de la duración de la baja, pues parece indicar que, si la duración de la baja hubiera sido más prolongada, la solución podría haber sido distinta²³.

La STS de 21 de septiembre de 2017 (Rec. 782/2016) incorpora también la referencia a la Sentencia *Daouidi* que, por razones temporales, no fue tenida en consideración por la anterior. Si bien la conclusión es la misma, negando que las dolencias de la trabajadora pudieran ser equiparadas a una discapacidad.

Por el contrario, en la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016) se afirma la condición de persona con discapacidad de una trabajadora que había sido despedida por ineptitud partiendo de la definición de discapacidad del TJUE²⁴. En consonancia con ello,

¹⁹ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 34 (versión electrónica), p. 1.

²⁰ MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de larga duración en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2018, nº 17, pp. 204-205.

²¹ Para MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex social*, 2019, Vol. 9, nº 1, p. 709, esta sentencia, en el fondo, mantiene la interpretación tradicional, pero la matiza teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE. Por su parte, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad...*, op. cit. p. 164, critica este pronunciamiento por considerar que la valoración acerca del carácter duradero debería realizarse con anterioridad al despido. En sentido similar, COSTA REYES, Antonio, “Extinción del contrato del trabajador con ocasión de su incapacidad laboral: desajustes normativos y jurisprudenciales a la luz de la Directiva 2000/78/CE”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2019, nº 9, p. 897.

²² La trabajadora había sufrido un latigazo cervical como consecuencia de un accidente de tráfico *in itinere*. Meses después del despido se le diagnosticó un trastorno de ansiedad generalizado.

²³ MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido...”, op. cit. p. 205.

²⁴ En este supuesto, la trabajadora padecía un trastorno por estrés post-traumático a raíz de un atraco que sufrió en la sucursal bancaria en la que prestaba servicios, que le ocasionó diversas bajas por incapacidad temporal. Cabe destacar que el evento traumático tuvo lugar el 19 de julio de 2001 y el despido fue comunicado el 5 de junio de 2014.

considera que la nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá determinada por la inexistencia o insuficiencia de las medidas de ajuste razonable adoptadas por la empresa. Dado que “la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios” y que “por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación”, entiende que no cabe estimar la existencia de discriminación, confirmando la sentencia de suplicación que había declarado la improcedencia del despido.

En las resoluciones posteriores en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la calificación del despido de personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal, la conclusión ha sido idéntica en el sentido de no entender equiparable la enfermedad o enfermedades padecidas por las personas trabajadoras a una discapacidad. En este sentido, la STS de 15 de marzo de 2018 (Rec. 2766/2016)²⁵ considera que no resulta equiparable a una discapacidad el trastorno depresivo grave que motivó la situación de incapacidad temporal de la trabajadora, siendo despedida por la empresa por disminución del rendimiento más de nueve meses después del inicio de dicha situación, teniendo en cuenta que, en la fecha de la notificación del despido “ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE”²⁶.

Por su parte, la STS de 22 de mayo de 2020 (Rec. 2684/2017) confirma la calificación de improcedencia del despido de un trabajador que, en los tres meses previos a la extinción, había estado en situación de incapacidad temporal en dos ocasiones, sin que constara la causa de dichas bajas, y siendo ulteriormente declarado en situación de incapacidad permanente total. En similares términos se pronuncia la STS de 15 de septiembre de 2020 (Rec. 3387/2017) la cual tampoco aprecia la existencia de discriminación por enfermedad asimilada a la discapacidad en el despido de un trabajador pocos días después de iniciar un proceso de incapacidad temporal, habida cuenta de que no existía constancia de las

²⁵ Cabe reseñar que la SJS nº 2 de Lugo de 16 de diciembre de 2015 (Sentencia nº 519/2015) calificó el despido como nulo y esta resolución fue confirmada por la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2016 (Rec. 799/2016).

²⁶ MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido...”, op. cit. p. 213, critica la rigidez de los criterios empleados por el Tribunal Supremo para excluir la consideración de la trabajadora como persona con discapacidad pues de su argumentación se desprende que sería necesario el agotamiento del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal o la existencia de una resolución que acreditara el carácter duradero de la misma. Por su parte, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, “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, Cristóbal (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*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, p. 385, afirma que los argumentos del Tribunal adolecen de indefinición pues no se garantiza que cuando la incapacidad temporal alcance los 365 días vaya a equipararse, en todo caso, a la discapacidad, ni se precisa la naturaleza de la resolución a la que alude, no estando claro si sería médica o administrativa.

dolencias concretas que habían motivado la baja, ni existían otros datos que permitieran valorar su posible discapacidad con base en las mismas.

Finalmente, debe mencionarse la STS de 31 de mayo de 2022 (Rec. 109/2020) la cual desestima el recurso por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, en un supuesto en el que el trabajador se encontraba de baja por incapacidad temporal debido a un trastorno depresivo y fue despedido por su empresa menos de un mes después de la entrega del parte de baja, teniendo ésta una duración estimada de 51 días, si bien en el momento en que se dictó la sentencia de instancia continuaba en dicha situación²⁷. En cambio, en la sentencia de contraste se declaró la nulidad del despido del actor, que había sido operado del oído izquierdo permaneciendo de baja durante más de tres meses y, el año siguiente, es despedido un día antes de iniciar un nuevo periodo de incapacidad temporal y dos días antes de ser operado del oído derecho.

Al contrario, entre la doctrina judicial sí que es posible encontrar sentencias que, aplicando la doctrina del TJUE, han estimado que las dolencias de las personas trabajadoras podían ser equiparadas a una discapacidad y, consecuentemente, han declarado la nulidad del despido. Entre ellas, cabe reseñar, en primer lugar, la SJS nº 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 (Sentencia nº 472/2016), la cual resuelve el asunto *Daouidi* y califica el despido como nulo al estimar que, tras la STJUE de 1 de diciembre de 2016, resultaba necesario modificar la doctrina sobre el carácter no discriminatorio de los despidos de personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal. Así, la sentencia afirma que “parece claro que aquellos “factores” de “estricta funcionalidad” o de “falta de rentabilidad” que, según aquella doctrina, impedían calificar como discriminatorios dichos despidos ya no podrán seguir validando como “justificación objetiva para una finalidad legítima” –en los términos del art. 2.2.b.i) de la Directiva- que impida la apreciación de discriminación, como mínimo en situaciones como la analizada en el presente caso en el que la incapacidad temporal deviene una “limitación duradera”. Con todo, esta sentencia fue revocada por la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (Rec. 2310/2017).

Otra sentencia que interesa destacar es la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 12 de noviembre de 2019 (Rec. 516/2019) en la que interpreta la exigencia del carácter duradero de la limitación establecida por la jurisprudencia del TJUE, llegando a la conclusión de que la situación de la trabajadora, con un proceso de incapacidad temporal de más de un año de duración en la fecha en la que el despido se produjo, con persistencia de sintomatología incapacitante y que no presenta una perspectiva bien delimitada de recuperación a corto plazo²⁸, podía ser considerada una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Como consecuencia, confirma la nulidad del despido declarada en la sentencia de instancia.

²⁷ En concreto, la baja se inició el 2 de febrero de 2018 y la sentencia es de fecha 26 de febrero de 2019.

²⁸ En este supuesto, la recuperación de la trabajadora estaba supeditada a una intervención quirúrgica que presentaba ciertos riesgos, de tal manera que dicha posibilidad se planteaba en un plazo incierto y prolongado de tiempo.

En sentido similar, la STSJ de País Vasco de 1 de octubre de 2019 (Rec. 1546/2019) también se apoya en la larga duración del proceso de incapacidad temporal del actor, con una duración estimada de 365 días, para equiparar las dolencias padecidas a una discapacidad y, por ende, declarar la nulidad del despido; al igual que la STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2021 (Rec. 103/2021), la cual llega a la misma conclusión pues, pese a que no habían transcurrido 365 días desde el inicio de la baja, cinco días después de la reincorporación a su puesto de trabajo se le concedió una nueva baja y el INSS le reconoció una prórroga por recaída de su anterior patología. A ello añade que, con posterioridad, se acordó el inicio de un expediente de incapacidad permanente y que se trataba de patologías crónicas de larga duración.

Por su parte, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 (Rec. 833/2018) entiende igualmente equiparable a una discapacidad el cáncer de útero padecido por la trabajadora, despedida pocos días después de entregar el parte de baja y comunicar su situación a la empresa, argumentando que se trata de una enfermedad “que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo; muy al contrario, es muy posible que su tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirá la participación plena y efectiva de la actora en la vida profesional "en igualdad de condiciones con los demás trabajadores"”. Además, por tratarse de una patología exclusivamente femenina, la sentencia incorpora la perspectiva de género en el enjuiciamiento del supuesto planteado. Un supuesto similar se enjuicia en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de septiembre de 2021 (Rec. 1451/2021), en la cual se aborda el posible carácter discriminatorio del despido objetivo de la trabajadora, alegando causas económicas. Como dato relevante, se señala que la trabajadora se encontraba de alta al tiempo de producirse el despido, pero la Sala presume que la empresa tenía conocimiento del inicio de un próximo proceso de incapacidad temporal, por cuanto se trataba de una empresa de reducidas dimensiones, ubicada en una población pequeña, y la trabajadora estuvo de baja durante más de un año debido a un cáncer de ovario. Durante este periodo y, debido a los antecedentes familiares, se realizó un estudio genético en el que se detectó una mutación genética, razón por la cual se recomendaba someterse a una mastectomía bilateral profiláctica, que es lo que motivó el segundo proceso de incapacidad temporal previo al despido. Además, se da la circunstancia de que, posteriormente, inicia un tercer periodo de incapacidad temporal también por cáncer de ovario. Por todo ello, el despido se califica como nulo²⁹.

²⁹ Estimando igualmente la existencia de discriminación, y por consiguiente, la nulidad del despido atendiendo a la duración de las dolencias padecidas por las personas trabajadoras, pueden citarse, entre otras, SSTSJ de Galicia de 28 de marzo de 2019 (Rec. 2467/2018) y 18 de enero de 2019 (Rec. 3292/2018), STSJ de Navarra de 17 de enero de 2020 (Rec. 416/2019), SSTSJ de Cataluña de 8 de abril de 2019 (Rec. 377/2019) y 20 de octubre de 2020 (Rec. 2379/2020), STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2018 (Rec. 211/2018), SSTSJ de País Vasco de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 1734/2017), 16 de julio de 2019 (Rec. 1074/2019) y 24 de septiembre de 2019 (Rec. 1460/2019), STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2021 (Rec. 103/2021), STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de junio de 2020 (Rec. 193/2020), STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de mayo de 2020 (Rec. 85/2020), STSJ Castilla-La Mancha de 22 de mayo de 2020 (Rec. 425/2020) o SJS nº 1 de Cartagena de 21 de noviembre de 2019 (Sentencia nº 370/19).

Asimismo, refiriéndose al deber empresarial de efectuar ajustes razonables, la STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018 (Rec. 359/2018) confirma la calificación de nulidad del despido de la sentencia de instancia en el supuesto de una trabajadora que había estado casi un año de baja por incapacidad temporal, no habiéndose reconocido ningún grado de incapacidad permanente por el INSS, pero siendo declarada no apta para el desempeño del puesto de trabajo por el servicio de prevención. En este caso, el Tribunal argumenta que se trata de un proceso médico de larga duración y el motivo de su despido es precisamente su limitación funcional de modo que, tratándose de una enfermedad asimilada a una discapacidad, la empresa debería haber procedido a realizar las adaptaciones oportunas en el puesto de trabajo para que hubiera podido continuar prestando servicios. Sin embargo, ni siquiera intentó la adaptación sino que procedió directamente al despido objetivo³⁰.

En definitiva, este breve análisis muestra que nos encontramos ante una cuestión que dista de ser pacífica, originando múltiples problemas interpretativos y una considerable inseguridad jurídica³¹.

III. El despido de personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022.

1. La enfermedad como nueva causa de discriminación

Teniendo en cuenta lo expuesto en los apartados precedentes, con anterioridad a la aprobación de la Ley 15/2022, la declaración de nulidad del despido por razón de enfermedad únicamente era posible en cuatro supuestos: cuando se tratara de enfermedades estigmatizantes, cuando pudiera entenderse que existe una vulneración del derecho fundamental a la integridad física por mediar amenazas o coacciones de la empresa para reincorporarse al puesto de trabajo, o cuando la enfermedad pudiera ser equiparada a una discapacidad atendiendo a los criterios especificados por la jurisprudencia comunitaria, con las dificultades interpretativas que, como hemos visto, conlleva. A ello cabría añadir el supuesto contemplado en el art. 55.5.a) ET cuando el despido afecte a trabajadoras en situación de incapacidad temporal por enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, salvo que la decisión extintiva pudiera ser calificada de procedente.

La situación cambia radicalmente con la Ley 15/2022, pues la enfermedad se convierte en causa autónoma de discriminación, sin necesidad de vinculación a la discapacidad. En todo caso, cabe reseñar que la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación se habría producido unos años antes de haber prosperado el Proyecto de Ley integral para

³⁰ En sentido similar, SSTSJ de Galicia de 14 de mayo de 2020 (Rec. 146/2020) y 22 de julio de 2019 (Rec. 2582/2019).

³¹ MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido...”, op. cit. p. 212.

la igualdad de trato y la no discriminación en el año 2011³². Sin embargo, la disolución de las Cámaras, como consecuencia de la convocatoria de elecciones anticipadas, provocó la caducidad de la iniciativa.

Esta inclusión expresa se justifica en la exposición de motivos de la norma “por su especial relevancia social”, predicable tanto de la enfermedad o condición de salud como de los restantes motivos de discriminación novedosos que la ley incorpora. Sin embargo, se ha afirmado, por lo que respecta a la enfermedad, que dicha inclusión supone banalizar el concepto de discriminación³³, pues no encajaría en la definición tradicional de la doctrina constitucional³⁴, lo cual, como se señaló anteriormente, ha llevado a nuestros Tribunales a negar su inserción en la cláusula abierta “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del art. 14 CE. Como quiera que sea, la incorporación de la enfermedad como tal como causa de discriminación se ha producido por decisión del legislador, suponiendo una ampliación de la tutela antidiscriminatoria, entre otros ámbitos, a los despidos motivados por la situación de incapacidad temporal de la persona trabajadora.

Centrándonos en la regulación de la Ley 15/2022, la norma contiene una formulación amplia pues incluye como causas de discriminación la “enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos” (art. 2.1). En este sentido, respecto a la expresión “condición de salud” podría inducir a confusión el hecho de que, comúnmente, se emplea como sinónimo de enfermedad, debido a la traducción literal del término *condition* del inglés, entre cuyas acepciones sí se encuentra la enfermedad, pero en el idioma español tal uso no sería correcto³⁵. No obstante, si atendemos a la definición de condición de salud de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud, puede establecerse una diferenciación entre ambos términos, habida cuenta que la condición de salud se define como “un término genérico que incluye enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo y lesión. Una “condición de salud” puede incluir también otras circunstancias como embarazo, envejecimiento, estrés, anomalías

³² Sobre el Anteproyecto de Ley *vid.* MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan, “La enfermedad como causa de discriminación en el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No discriminación”, *Diario La Ley*, 2011, nº 7584.

³³ Como afirma ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, *Briefs de la AEDTSS*, 18 de julio de 2022, p. 1, disponible en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/antonio-cubillo.pdf> [Acceso 2-1-2023], de esta manera se alcanzaría “un resultado materialmente deseable, pero a costa de banalizar el concepto de discriminación para confundirlo con el de injusticia”. Por el contrario, TOLEDO OMS, Albert, *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008, pp. 168 y ss, ha defendido que el concepto de discriminación debe ser flexible y, desde esta perspectiva, las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal configurarían una categoría social, de tal modo que un trato desfavorable contra una persona o personas (como un despido) por razón de su adscripción a dicho grupo comportaría una discriminación.

³⁴ *Vid. supra* apartado II.1 la referencia a la STC 62/2008.

³⁵ Así se desprende del Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina de España https://dtme.ranm.es/buscador.aspx?NIVEL_BUS=3&LEMA_BUS=condici%C3%B3n [Acceso 18-10-2022].

congénitas o predisposiciones genéticas”³⁶. En consecuencia, si atendemos a esta configuración de la expresión condición de salud como un término paraguas que englobaría la enfermedad, las lesiones o las predisposiciones genéticas, así como también, aunque no se mencione expresamente, el estado serológico, lo cierto es que la mención legal de estos otros motivos resultaría innecesaria, aunque podría entenderse que la intención del legislador ha sido evitar dudas interpretativas incluyendo de manera expresa los distintos términos señalados³⁷. De este modo, la referencia a la discriminación por razón del estado serológico vendría a englobar, aunque no sólo, los tratos desfavorables que sufren las personas seropositivas al VIH. Y, por lo que respecta a la predisposición genética a padecer patologías y trastornos, encontramos un precedente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 21 incluye entre los motivos de discriminación prohibidos las características genéticas.

Hecha esta aclaración terminológica, cabe plantear si cualquier enfermedad, por banal que sea, podría dar lugar a una discriminación. En este sentido, puesto que la Ley no efectúa distinción alguna sobre el alcance, duración o gravedad de la enfermedad o condición de salud, cabe entender que todas ellas podrían configurar la causa de discriminación prohibida. En contraposición a la doctrina jurisprudencial relativa a la equiparación de la enfermedad a la discapacidad, que requiere que la enfermedad comporte una limitación duradera, actualmente, hemos de entender que este requisito será irrelevante para la calificación del despido de una persona en situación de incapacidad temporal, pudiendo tratarse de procesos de corta, media o larga duración³⁸.

2. La nulidad del despido motivado por la enfermedad de la persona trabajadora

La principal consecuencia de la inclusión expresa de la enfermedad como causa de discriminación es la nulidad de los tratos desfavorables fundados en dicha circunstancia (arts. 26 Ley 15/2022 y 17.1 ET), lo cual sería extrapolable a los supuestos de despido (arts. 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2.a) LRJS), con la consiguiente obligación empresarial de readmitir de manera inmediata a la persona trabajadora y de abonarle los salarios dejados de percibir (arts. 55.6 ET y 113 LRJS).

No obstante, podría argumentarse para soslayar la calificación de nulidad, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que la motivación del despido no es la enfermedad o condición de salud en sí misma considerada, sino los perjuicios económicos que pueda tener para la empresa la situación de incapacidad temporal de una persona trabajadora; de hecho, la empresa ni siquiera tiene por qué

³⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud. Versión abreviada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 206.

³⁷ A este respecto interesa destacar que el texto original de la Proposición de ley incluía solamente el término enfermedad, siendo en el trámite de enmiendas en el Congreso cuando se incorporó la condición de salud, el estado serológico y la predisposición genética a padecer patologías y trastornos, justificando la adición en una mejora técnica (BOCG nº 146-4 de 27 de mayo de 2021).

³⁸ En el mismo sentido, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 2022, nº 235, p. 19.

conocer la concreta dolencia que ha originado la baja médica. De hecho, el coste económico y organizativo de la incapacidad temporal suele ser la principal razón que lleva a la empresa a adoptar la decisión de extinguir el contrato³⁹, particularmente, cuando la situación se prolonga en el tiempo, o cuando existen distintas bajas con carácter intermitente originadas por la misma patología. Frente a ello, puede argüirse que la incapacidad temporal está indisolublemente ligada a un trastorno de salud y, siendo la enfermedad una causa autónoma de discriminación, ya no cabe defender esa interpretación que antepone los intereses económicos de la empresa en virtud del art. 38 CE, por muy legítimos que sean, al derecho a la no discriminación de la persona trabajadora enferma⁴⁰. De no efectuar esta interpretación, es decir, de admitir que la calificación de nulidad solo procedería cuando la decisión empresarial esté motivada por la naturaleza de la enfermedad o condición de salud (en definitiva, por la concurrencia de un elemento de segregación o estigmatización), la Ley 15/2022 no habría venido a incorporar prácticamente ninguna novedad respecto a la legislación precedente.

En todo caso, una cuestión que reviste especial importancia es que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, esto es, no puede entenderse que el despido de una persona trabajadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal va a ser calificado automáticamente como nulo, si la empresa no acredita una justa causa para despedir⁴¹. De ser ésta la intención del legislador, debería haber procedido a la modificación de los arts. 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LRJS. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 LRJS y, como también se establece en el art. 30.1 de la Ley 15/2022, la parte demandante deberá aportar indicios fundados sobre la existencia de la discriminación alegada y, en tal caso, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Y, descartado el móvil discriminatorio, el despido podría ser calificado como procedente, si la empresa acredita una causa justificada para ello, o improcedente si tal acreditación no se ha producido, pero su motivación es ajena a la enfermedad de la persona trabajadora⁴². Se impondrá, en consecuencia, un análisis casuístico de cada supuesto de hecho para determinar si se ha vulnerado o no el derecho a la no discriminación.

Por razones cronológicas, son todavía muy incipientes las resoluciones judiciales que han abordado esta cuestión y la gran mayoría han desestimado la calificación de nulidad del

³⁹ TOLEDO OMS, Albert, *El despido sin causa...*, op. cit. p. 160.

⁴⁰ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La nueva Ley 15/2022...”, op. cit. p. 9.

⁴¹ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La nueva Ley 15/2022...”, op. cit. p. 19.

⁴² A tales efectos podríamos pensar en el supuesto de una persona trabajadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal y que lleva a cabo actividades que, a juicio de la empresa, serían incompatibles con la situación de baja médica o, al menos perjudican la curación y, por ende, la pronta reincorporación al trabajo, razón por la cual se procede a su despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2.d) ET. Si impugnado el despido en vía judicial, el órgano jurisdiccional considera acreditados los hechos alegados por la empresa, pero estima que no son lo suficientemente graves como para justificar la decisión de despido, ¿cuál debería ser la calificación? En este caso, se plantean serias dudas de la existencia de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud, por lo que quizá la calificación más adecuada sería la improcedencia y no la nulidad.

despido de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal, por haberse producido la decisión extintiva en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2022 (14 de julio de 2022)⁴³. No obstante, pueden citarse dos sentencias que han estimado la existencia de discriminación por razón de enfermedad contra dos personas trabajadoras que se encontraban en situación de baja médica y, en consecuencia, han declarado nulos sus respectivos despidos. En primer lugar, la SJS nº 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Sentencia nº 419/2022), pese a que el despido se produjo unos días antes a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, pues tuvo lugar el 8 de julio de 2022, sí que estima aplicable la nueva normativa y califica el despido como nulo al estimar acreditado que el cese estuvo motivado por la enfermedad (y consiguiente intervención quirúrgica) de la trabajadora, que determinó un proceso de incapacidad temporal iniciado el mismo día del despido. Para llegar a esta conclusión se argumenta que la enfermedad ha pasado a constituir una causa de discriminación autónoma, de tal modo que la distinción entre enfermedad y discapacidad, atendiendo a su duración, deja de tener sentido. Además, resultaba muy evidente que el despido había obedecido a la situación de incapacidad temporal, habida cuenta que un responsable de la empresa había comunicado por Whatsapp a la trabajadora, su intención de volver a contratarla una vez finalizado dicho proceso. Y, en segundo lugar, la SJS nº 1 de Vigo de 13 de diciembre de 2022 (Sentencia nº 473/2022), ya refiriéndose a una extinción contractual posterior a la entrada en vigor de la Ley que nos ocupa, califica como nula la finalización del contrato temporal del trabajador por tratarse de una contratación fraudulenta que deviene en indefinida y estar motivado el cese por la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor⁴⁴.

3. Las repercusiones en el despido por ineptitud fundada en el estado de salud de la persona trabajadora

Al margen de lo anteriormente reseñado, debe prestarse atención a lo dispuesto en el art. 2.3 de la Ley 15/2022 el cual viene a admitir las diferencias de trato basadas en la enfermedad cuando “deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. Por lo que respecta al ámbito laboral y, concretamente, a la extinción del contrato de trabajo, considero que puede tener una particular incidencia la excepción relativa a que la enfermedad padecida implique limitaciones objetivas para el ejercicio de determinadas actividades, como podría ser para

⁴³ STSJ de Cantabria de 30 de noviembre de 2022 (Rec. 830/2022), STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2022 (Rec. 879/2022), SJS nº 5 de Vigo de 15 de noviembre de 2022 (Sentencia nº 483/2022), SSTSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2022 (Rec. 2772/2022) y 19 de septiembre de 2022 (Rec. 3184/2022), SJS nº 1 de Cartagena de 9 de noviembre de 2022 (Sentencia nº 322/2022), SJS nº 1 de Guadalajara de 4 de noviembre de 2022 (Sentencia nº 412/2022), entre otras.

⁴⁴ Ambas sentencias han sido reseñadas en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “El despido (injustificado) durante la incapacidad temporal es nulo: primeras reacciones en la instancia (JS Gijón y JS Vigo) a la Ley 15/2022”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 23 de diciembre de 2022, disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/12/23/el-despido-durante-la-incapacidad-temporal-es-nulo-primeras-reacciones-en-la-instancia-js-gijon-y-js-vigo-a-la-ley-15-2022/> [Acceso 29-12-2022].

el desempeño de las funciones que correspondan a la persona trabajadora⁴⁵. Ello puede obedecer a la voluntad de compatibilizar la prohibición de discriminación por enfermedad con la causa de despido objetivo fundamentada en la ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora⁴⁶.

Esta problemática puede producirse de manera frecuente cuando, finalizado el proceso de incapacidad temporal por alta médica sin declaración de incapacidad permanente, la persona trabajadora es declarada no apta tras la práctica de un reconocimiento médico por parte de los servicios de prevención y la empresa decide proceder a su despido por ineptitud⁴⁷. Tras la Ley 15/2022 parece que este despido continuará siendo posible siempre y cuando queden debidamente acreditadas las limitaciones padecidas y su incidencia sobre las funciones que corresponda desarrollar a la persona trabajadora⁴⁸, sin que ello pueda ser calificado como una discriminación por razón de enfermedad.

En cualquier caso, deberá plantearse cuál deberá ser la calificación del despido por ineptitud cuando la empresa no haya agotado las posibilidades de recolocación de la persona trabajadora en otro puesto de trabajo que esté vacante y que resulte adecuado a su capacidad. Respecto a ello, debe tenerse en consideración que, desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria, la obligación de efectuar ajustes razonables continúa limitada a los supuestos de discapacidad⁴⁹. Así lo corrobora la propia Ley 15/2022 al señalar que la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad se considerará una discriminación directa. La consecuencia de ello es que, para que surja este deber empresarial de adaptación, resultará imprescindible que la persona trabajadora tenga la condición de persona con discapacidad, de tal modo que la distinción entre discapacidad y enfermedad continuará teniendo relevancia a efectos de determinar si la

⁴⁵ Esta excepción se asemeja a lo dispuesto, respecto a la discapacidad, en el Considerando 17 de la Directiva 2000/78/CE cuando afirma que “La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad”.

⁴⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “Discriminación por enfermedad”, *Noticias CIELO*, 2022, n.º 11, p. 3.

⁴⁷ Lógicamente, durante la situación de incapacidad temporal, por su propia naturaleza, no sería legítimo recurrir a esta causa de despido, la cual presupone la persistencia de la dolencia que origina la falta de aptitud para el trabajo. *Vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad...”, *op. cit.* p. 721.

⁴⁸ En este sentido, la STS de 23 de febrero de 2022 (Rec. 3259/2020) ha señalado que el informe del servicio de prevención no constituye un medio de prueba incuestionable que legitime a la empresa para extinguir automáticamente el contrato de trabajo por ineptitud, sino que será necesario que dicho informe identifique de manera precisa cuáles son las limitaciones detectadas y su incidencia sobre las funciones desarrolladas, “sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual”.

⁴⁹ Para un estudio detallado de esta figura, *vid.* CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 133-175; y GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019, particularmente pp. 209-264.

empresa viene obligada o no a realizar ajustes razonables, antes de proceder al despido por ineptitud. En este sentido, la STJUE de 10 de febrero de 2022 (Asunto C-485/20, *HR Rail*) ha señalado que el cambio de puesto de trabajo dentro de la misma empresa a favor de un trabajador que ha sido declarado definitivamente no apto para el desempeño de las funciones esenciales del puesto que ocupaba, puede constituir una medida de ajuste razonable, siempre que no implique una carga excesiva para la empresa, debiendo entender, en particular, que la carga no será excesiva cuando exista, al menos, un puesto vacante adecuado a la capacidad de la persona con discapacidad.

Ahora bien, en el caso de la enfermedad que no pueda equipararse a la discapacidad, las obligaciones de adaptación pueden provenir de una normativa distinta, en concreto, de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, que impone a la empresa un deber de protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos derivados del trabajo (art. 14.1 LPRL), deber que deberá cumplir con arreglo a una serie de principios generales, entre los cuales se encuentra el de adaptar el trabajo a la persona (art. 15.1.d) LPRL) y, de manera específica, deberá garantizar la protección de aquellas personas que, “por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo” (art. 25.1 LPRL)⁵⁰. Con fundamento en estos preceptos, podemos encontrar doctrina judicial que supedita la calificación de procedencia del despido por ineptitud a que la empresa haya agotado las posibilidades de adecuación del puesto de trabajo y, de no ser posible, de recolocación en otro puesto vacante⁵¹, configurándose la extinción del contrato por esta vía como una medida subsidiaria respecto a las medidas de adaptación⁵²; en caso contrario, el despido se declara improcedente⁵³.

De este modo, el interrogante que se plantea es si la consideración de la enfermedad como causa de discriminación debería llevar a la declaración de nulidad del despido también en estos supuestos. A mi juicio, la respuesta debería ser afirmativa habida cuenta que el

⁵⁰ Sobre el concepto de personas trabajadoras especialmente sensibles, *vid.* GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 69-78.

⁵¹ A este respecto, MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad”, *Documentación laboral*, 2020, nº 120, p. 83, afirma que estos deberes de adaptación se configurarían como un elemento modulador o que se incluiría en los requisitos que debe cumplir la empresa para efectuar un despido objetivo por ineptitud sobrevenida. También MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad...”, *op. cit.* p. 720, y COSTA REYES, Antonio, “Extinción del contrato...”, *op. cit.* p. 893, abogan por la adaptación del puesto o la reubicación de la persona trabajadora en otro puesto compatible antes de proceder al despido por ineptitud.

⁵² GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, *Adaptación y reubicación laboral...*, *op. cit.* p. 275.

⁵³ *Vid.* STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021 (Rec. 4198/2020), STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 2022 (Rec. 4525/2021), SSTSJ de Madrid de 2 de junio de 2021 (Rec. 255/2021), 15 de febrero de 2021 (Rec. 632/2020), 18 de abril de 2016 (Rec. 90/2016), 19 de octubre de 2015 (Rec. 281/2015), 30 de noviembre de 2015 (Rec. 483/2015) y 17 de julio de 2012 (Rec. 3399/2012), STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de julio de 2020 (Rec. 384/2019), SSTSJ de País Vasco de 5 de noviembre de 2019 (Rec. 1825/2019) y 21 de septiembre de 2010 (Rec. 1677/2010), SJS nº 5 de Zaragoza de 18 de enero de 2018 (Sentencia nº 20/2018), entre otras.

despido estaría motivado por la enfermedad que padece la persona trabajadora, sin que la empresa hubiera cumplido los requisitos necesarios para poder extinguir el contrato por falta de aptitud *ex art. 52.a) ET*, teniendo en cuenta la interpretación antedicha.

IV. Conclusiones.

Como conclusión de cuanto se ha expuesto, cabe afirmar que la incorporación expresa de la enfermedad o condición de salud entre los motivos de discriminación prohibidos por parte de la Ley 15/2022, supone, a mi juicio, un cambio radical en la calificación de los despidos que afectan a las personas trabajadoras mientras se encuentran en situación de incapacidad temporal, de modo que, si la decisión empresarial está motivada por esta circunstancia, debería ser calificada como nula y no como improcedente. En cualquier caso, no se trata de un supuesto de nulidad objetiva o automática, en defecto de causa justificada para la extinción, sino que deben regir las reglas generales en materia de discriminación y vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, exigiendo a la persona trabajadora la aportación de indicios de dicha vulneración por parte de la empresa. Con ello debería quedar superada la jurisprudencia relativa a la enfermedad asimilable a la discapacidad que sostiene que únicamente aquellas enfermedades de larga duración que pudieran equipararse a la discapacidad gozarían de la tutela antidiscriminatoria correspondiente a esta última.

Por consiguiente, esta nueva regulación, junto a la derogación del art. 52.d) ET, que permitía el despido objetivo por faltas de asistencia justificadas, impone serios obstáculos a las empresas para proceder a las extinciones contractuales en estas situaciones por el coste económico que pueden conllevar⁵⁴. En este sentido, a mi modo de ver, ni el impacto económico de los procesos de incapacidad temporal, ni el riesgo de que las bajas por enfermedad puedan ser utilizadas de manera fraudulenta para lograr una mayor protección frente al despido⁵⁵, constituyen razones de peso para efectuar una interpretación restrictiva de la nueva legislación, sin perjuicio de que pudiera resultar conveniente una modificación de la normativa sobre el control y gestión de los procesos de incapacidad temporal.

⁵⁴ A este respecto DESDENTADO DAROCA, Elena, “El despido del enfermo...”, op. cit. p. 14, señala que la regulación de la incapacidad temporal, con la obligación de abonar las cotizaciones de la persona trabajadora durante buena parte del periodo de baja y de pagar la propia prestación durante el periodo inicial cuando deriva de contingencias comunes, junto al coste que pueda suponer la contratación de la persona que la sustituya (podríamos añadir también las mejoras voluntarias previstas en la negociación colectiva), llevan a muchas empresas a optar por despidos injustificados si el importe de la indemnización por despido es inferior. También RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “La calificación del despido del trabajador...”, op. cit. p. 7, sostiene que las restricciones para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente provocan que personas con un estado de salud precario deban reincorporarse a sus empresas desplazando a éstas los costes que deberían recaer en el erario público.

⁵⁵ Este riesgo de que la incapacidad temporal pueda ser utilizada como una situación de refugio frente al despido, es apuntado por MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan, “La enfermedad como causa de discriminación...”, op. cit. p. 5, en relación con el proyecto de ley del año 2011.

En cualquier caso, si finalizado el periodo de baja, la persona trabajadora no tuviera aptitud suficiente para desarrollar las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, pese a no existir declaración de incapacidad permanente, quedaría abierta la vía del despido objetivo por ineptitud, siempre que la falta de aptitud sea debidamente acreditada por la empresa y, en mi opinión, haya agotado las posibilidades de adaptación del puesto y de recolocación en otro que pudiera estar vacante, con fundamento en el art. 25.1 LPRL y no en el deber de efectuar ajustes razonables, que continúa estando limitado a las personas con discapacidad. Si bien, nótese que el alcance del deber de efectuar ajustes razonables es más amplio que estas obligaciones de recolocación derivadas del art. 25.1 LPRL y, particularmente, su fundamento es muy distinto, pues, en el primer caso, se persigue garantizar la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, mientras que, en el segundo caso, se pretende la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos derivados del trabajo⁵⁶. En consonancia con ello y con la inclusión de la enfermedad como factor de discriminación autónomo, cabría incluso defender la conveniencia de extender a estos supuestos la obligación de efectuar ajustes razonables que se prevé a favor de las personas con discapacidad⁵⁷.

Para finalizar, resulta evidente que deberemos esperar a la interpretación que nuestros Tribunales efectúen de la nueva causa de discriminación por enfermedad o condición de salud, si bien, las primeras resoluciones judiciales que se han pronunciado al respecto apuntan en la dirección indicada de considerar nulo el despido de una persona trabajadora por el hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal. El debate sigue abierto.

Bibliografía

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 2022, nº 235.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, *Briefs de la AEDTSS*, 18 de julio de 2022, p. 1, disponible en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/antonio-cubillo.pdf> [Acceso 2-1-2023].

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 6 (versión electrónica)

⁵⁶ CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Igualdad y no discriminación...*, op. cit. pp. 164-165; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad...*, op. cit. p. 168.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad...”, op. cit. p. 732, propone extender este deber respecto de todas las personas trabajadoras después de una incapacidad temporal, siempre que no suponga una carga excesiva para la empresa.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “El despido (injustificado) durante la incapacidad temporal es nulo: primeras reacciones en la instancia (JS Gijón y JS Vigo) a la Ley 15/2022”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 23 de diciembre de 2022, disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/12/23/el-despido-durante-la-incapacidad-temporal-es-nulo-primeras-reacciones-en-la-instancia-js-gijon-y-js-vigo-a-la-ley-15-2022/> [Acceso 29-12-2022].

CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

COSTA REYES, Antonio, “Extinción del contrato del trabajador con ocasión de su incapacidad laboral: desajustes normativos y jurisprudenciales a la luz de la Directiva 2000/78/CE”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2019, nº 9.

DESDENTADO DAROCA, Elena, “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, 2017, nº 3 (versión electrónica).

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 28 (versión electrónica).

GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019.

HIERRO HIERRO, Francisco Javier, “A vueltas sobre la calificación del despido ante una situación de incapacidad temporal o enfermedad: ¿nulidad o improcedencia? La posición de los Tribunales y la falta de respuesta unívoca”. En: MIRANDA BOTO, José María (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el TJUE: problemas y soluciones*, Madrid, Ediciones Cinca, 2018.

ITURRI GÁRATE, Juan Carlos, “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 6 (versión electrónica).

LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a José, “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, nº 209 (versión electrónica).

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, “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, Cristóbal (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, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso Ring»”, *Temas laborales*, 2015, nº 130.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “«Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, nº 464.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan, “La enfermedad como causa de discriminación en el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No discriminación”, *Diario La Ley*, 2011, nº 7584.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex social*, 2019, Vol. 9, nº 1.

MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de larga duración en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2018, nº 17.

MORENO GENÉ, Josep, “La “política empresarial” de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (Nº Rec. 2943/2021)”, *IUSlabor*, 2021, nº 3.

MORENO SOLANA, Amanda, “La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad”, *Documentación laboral*, 2020, nº 120.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud. Versión abreviada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal”, *Trabajo y Derecho*, 2017, nº 34 (versión electrónica).

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, nº 3.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2013, nº 866 (versión electrónica).

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “Discriminación por enfermedad”, *Noticias CIELO*, 2022, nº 11.

TOLEDO OMS, Albert, *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008.

VELASCO PORTERO, Teresa, “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, nº 39.