

**VISTO BUENO DEL O DE LA TUTOR/A DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER**

La Profesora LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, como Tutora del Trabajo Fin de Máster titulado “La alteración de la salud como factor de discriminación en la relación laboral: discapacidad y enfermedad”, realizado por doña **Patricia Orlanda Rodríguez Padrón**, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

En cumplimiento de lo previsto en la Guía docente de la asignatura, se propone la calificación de **...10...**, en atención a la profundidad del tema tratado, sistemática utilizada y consultas jurisprudenciales y bibliográficas realizadas.

En La Laguna, a 27 de enero de 2020.

Fdo.: .....

C/ Padre Herrera s/n  
38207 La Laguna  
Santa Cruz de Tenerife. España

T: 900 43 25 26

ull.es

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.  
*La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>*

Identificador del documento: 2362541      Código de verificación: KyKcxKmb

Firmado por: Lucía Dans Álvarez de Sotomayor  
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 27/01/2020 18:47:19



**Facultad de Derecho**  
Universidad de La Laguna

Máster en Abogacía  
Facultad de Derecho ULL  
Ilustre Colegio Abogados S/C Tenerife  
Curso 2018-2019  
Convocatoria: Enero

**LA ALTERACIÓN DE LA SALUD DEL  
TRABAJADOR COMO FACTOR DE  
DISCRIMINACIÓN EN LA RELACIÓN  
LABORAL: DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD**

*Altering workers' health as a factor of discrimination in employment  
relationships: disability and illness*

Realizado por la alumna Patricia Orlanda Rodríguez Padrón

Tutorizado por la Profesora Dra. Lucía Dans Álvarez De Sotomayor

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



## ABSTRACT

*Persons with disabilities as a historically discriminated collective, and with particular difficulties in entering the labour market, require a strengthened protective legal framework that allows them to participate fully and effectively in society. In this regard, following the enactment of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, focus is placed on the prohibition of discriminatory conduct in employment, both direct and indirect, as the main mechanism to ensure labour integration of workers with disabilities.*

*Recent ecb laying up a new concept of disability to extend anti-discrimination protection for workers suffering from diseases that, taking into account their characteristics or duration, impede the development of their work on an equal footing with other workers. That is why the present work has a dual object, on the one hand analyze the protective legal framework discrimination on the basis of disability, and on the other hand the study of the possibilities for action available to the sick worker react to discriminatory behavior.*



## RESUMEN

Las personas con discapacidad, como colectivo históricamente discriminado, y con especiales dificultades para la inserción en el mercado laboral, requieren de un marco jurídico protector reforzado que les permita la participación plena y efectiva en la sociedad. En este sentido, a raíz de la promulgación de 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, se pone el foco de atención en la prohibición de conductas discriminatorias en el empleo, tanto directas como indirectas, como principal mecanismo para garantizar la integración laboral de los trabajadores con discapacidad.

La reciente jurisprudencia del TJUE ha configurado un nuevo concepto de discapacidad que permite ampliar la tutela antidiscriminatoria a los trabajadores que padezcan enfermedades que, atendiendo a sus características o duración, impidan el desarrollo de su trabajo en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores. Precisamente por ello, lo que el presente trabajo tiene un doble objeto, por una parte analizar el marco jurídico protector frente a la discriminación por razón de discapacidad; y por otro, el estudio de las vías de acción de las que dispone el trabajador enfermo a fin de reaccionar ante una conducta discriminatoria.

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD: TRANSICIÓN DEL MODELO MÉDICO AL SOCIAL</b> .....	3
2.1. La concepción de la discapacidad en la legislación preconstitucional.....	3
2.2. La discapacidad a partir de la Constitución Española de 1978 .....	6
<b>III. MARCO JURÍDICO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ALTERACIÓN DE LA SALUD: DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD</b> .....	11
3.1. Legislación internacional y europea sobre igualdad y no discriminación por razón de discapacidad.....	11
3.2 Marco jurídico vigente.....	16
3.2.1 <i>El concepto de discapacidad</i> .....	16
3.2.2 La necesaria delimitación conceptual entre discapacidad e incapacidad permanente laboral.....	20
<b>IV. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD</b> .....	22
4.1 La protección de la discapacidad a través de las medidas de acción positiva: Los ajustes razonables.....	22
4.2 Análisis del tratamiento jurisprudencial de la discriminación: Especial consideración de la discapacidad como causa de despido.....	28
4.3 Nuevas formas de discriminación: La discriminación por asociación o derivada.....	37
<b>V. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE ENFERMEDAD</b> .....	39
5.1 La tutela extensiva de la Directiva 2000/78 a los supuestos de enfermedad: El concepto europeo de discapacidad.....	39
5.1.1. <i>Evolución de la jurisprudencia del TJUE</i> .....	39
5.1.2 <i>Su recepción por los tribunales españoles</i> .....	43
5.2 La enfermedad como factor independiente de discriminación : La aplicación extensiva del artículo 14 de la Constitución Española.....	50

CONCLUSIONES

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española de 1978

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

LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

LIONDAU: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad

LGPD: 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

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE/STJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea/ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TC/STC: Tribunal Constitucional/ Sentencia del Tribunal Constitucional.

TS/STS: Tribunal Supremo/ Sentencia del Tribunal Supremo.

TSJ/STSJ: Tribunal Superior de Justicia/ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

JS/SJS: Juzgado de lo Social/ Sentencia del Juzgado de lo Social.

TEDH/STEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos/ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IT: Incapacidad Temporal.

## I. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo que ha sido históricamente discriminado y excluido, especialmente en lo que se refiere a su incorporación y permanencia en el mercado de trabajo, respecto de lo cual han venido presentando especiales dificultades. Tomando conciencia de ello, 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, ha centrado parte de sus esfuerzos en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en la relación laboral. Y ello, por considerar que “el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”<sup>1</sup>. A tal fin, se articula un sistema que, además de proteger a los trabajadores frente a tratamientos discriminatorios, les brinda la oportunidad de que se implanten todas aquellas medidas de adaptación del puesto de trabajo que resulten procedentes.

Sin embargo, y pese a la enorme preocupación existente, tanto por parte del legislador europeo como del nacional, lo cierto es que las cifras relativas a la empleabilidad de los trabajadores con discapacidad resultan desalentadoras<sup>2</sup>. En este sentido, conviene destacar que en el año 2018 su tasa de actividad fue del 34,5%, medio punto menos que en 2017, lo que supone una diferencia de 43 puntos respecto a la población sin discapacidad. Por otra parte, la tasa de empleo fue del 25,8%; esto es, 0,1 puntos menos en relación con 2017, lo cual representa una diferencia en más de 40 puntos respecto a las personas sin discapacidad. Por lo que respecta a la tasa de paro de 2018, a pesar de que se redujo en un punto respecto al año anterior, ésta se situó en el 25,2 %, lo que supone una diferencia de más de 10 puntos respecto a los trabajadores sin discapacidad, cuya tasa de paro se situó en el 15,1%. En este contexto, la

---

<sup>1</sup> Considerando octavo de la Directiva 2000/78/CE.

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Estadística (18 de diciembre, 2019), *El Empleo de las Personas con Discapacidad*, estudio disponible en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595) (fecha de última consulta: 22/01/2020).



prohibición de discriminación en el empleo se configura como uno de los principales mecanismos para garantizar su integración laboral y el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores.

En los últimos años, tanto desde la doctrina como desde la propia jurisprudencia laboral, se ha valorado la posibilidad de que la enfermedad, como situación fronteriza con la discapacidad, sea merecedora de la especial tutela antidiscriminatoria con que cuenta el trabajador con discapacidad. Precisamente a raíz de recentísimos pronunciamientos judiciales del TJUE, se ha constatado la necesidad de construir un nuevo concepto de discapacidad, que —sentado sobre las bases del modelo social— permita la inclusión de aquellas enfermedades que, aún no respondiendo a la concepción tradicional de la discapacidad, supongan una limitación para el adecuado desarrollo de su puesto de trabajo.

Este trabajo tiene, por tanto, un objetivo doble. Por una parte, se propone analizar el marco jurídico protector de la discriminación por discapacidad; y por otro, el estudio de los mecanismos de protección contra la discriminación del trabajador enfermo, tanto por considerarse esa enfermedad inserta en el nuevo concepto de discapacidad, como la enfermedad en sí misma considerada. Y todo ello, desde una perspectiva eminentemente práctica, analizando los recientes pronunciamientos judiciales de nuestros tribunales.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD: TRANSICIÓN DEL MODELO MÉDICO AL SOCIAL

### 2.1. La concepción de la discapacidad en la legislación preconstitucional

Si analizamos la normativa relativa a las personas con discapacidad existente hasta la promulgación de nuestra Carta Magna en el año 1978, puede apreciarse la enorme evolución que ha tenido lugar, tanto en lo relativo a la percepción del fenómeno de la discapacidad considerado en sí mismo, así como la manera de afrontar esa realidad en el conjunto de la sociedad actual. De este modo, se observa que las primeras normas reguladoras de la materia responden al denominado modelo médico rehabilitador, en virtud del cual la discapacidad se configura desde una perspectiva individualista, siendo la propia persona afectada la encargada de actuar para eliminar las barreras que dificulten su inserción, en aras de alcanzar la igualdad con las personas no aquejadas de discapacidad. En definitiva, la solución pasaba por el tratamiento médico enfocado en la disminución o eliminación de la discapacidad, sin que se haga alusión a ningún instrumento dirigido a posibilitar la plena inserción en la sociedad, ni a la responsabilidad del Estado en la consecución de dicha labor. De igual modo, la construcción del concepto de discapacidad ha sido fruto de una larga evolución empleándose diversos términos para hacer referencia a la misma, entre la contundencia descriptiva y el eufemismo<sup>3</sup>.

Una de las primeras normas dictadas en la materia es la Orden de 7 de noviembre de 1968, por la que se conceden ayudas a centros de empleo protegido para trabajadores minusválidos<sup>4</sup>. En ella, se acuña el concepto de minusválido, en el que se incluye “todo trabajador en edad laboral, considerándose como tal la comprendida entre los dieciocho y los sesenta y cinco años que, encontrándose en situación de desempleo, se vea además afectado por una disminución de su capacidad física superior a un 30 por 100 que le impida el acceso a puestos de trabajo en Empresas de régimen de trabajo

---

<sup>3</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Thomson Reuters (Cizur Menor, 2015), p. 91.

<sup>4</sup> BOE núm. 288, de 30 de noviembre.

normal precisamente a causa de tal merma de capacidad”<sup>5</sup>. Pueden apreciarse las limitaciones existentes en dicha conceptualización, en tanto se circunscribe la discapacidad exclusivamente al ámbito físico, quedando excluida la discapacidad de naturaleza psíquica, y otras contingencias, como que la persona en cuestión se encuentre en situación de desempleo. Se trata de un claro ejemplo de la plasmación del modelo médico, en tanto no se articula ningún mecanismo de inclusión, ni medidas de adaptación por parte de las empresas, de modo que la norma se limita a constatar la imposibilidad de incorporación al mercado laboral en el régimen ordinario, quedando limitada la prestación de trabajo al ámbito de los Centros de Empleo Protegido<sup>6</sup>.

Dos años más tarde se aprueba el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos<sup>7</sup>, el cual en su Exposición de Motivos pone de manifiesto que “La incorporación de los minusválidos al trabajo constituye un importante objetivo en la política social”. Dicho decreto supone un importante avance, en tanto se aborda la problemática desde el punto de vista de la integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Comienza la evolución hacia el denominado modelo social, el cual no pone el foco sobre el individuo afectado por una discapacidad, sino que se configura desde una perspectiva colectiva, no siendo el individuo el que debe adaptarse a la sociedad, sino que es la sociedad la que debe brindar todos los instrumentos necesarios a fin de facilitar la inserción social, de tal manera que, en caso de no alcanzarse tal fin, se trata de un problema de la propia sociedad que no ha sido capaz de adaptarse. Sin perjuicio del avance hacia el modelo social, es reseñable el hecho de que el decreto incorpora diversos artículos<sup>8</sup> dirigidos al

---

<sup>5</sup> Artículo 1 de la Orden de 7 de noviembre de 1968.

<sup>6</sup> De acuerdo con el artículo 2º de la citada Orden de 7 de noviembre de 1968 “Se entenderá por Centro de Empleo para Trabajadores Minusválidos toda Entidad laboral de carácter público o privado cuya plantilla esté integrada por trabajadores minusválidos, aunque formen también parte de la misma trabajadores con capacidad normal que desempeñen puestos de instructores, capataces, monitores y otros de carácter técnico que requieran para el desarrollo de su función la plena capacidad física y mental. Tal y como se desprende de esta definición el lenguaje empleado hace patente la ausencia sensibilidad

<sup>7</sup> BOE núm. 221 de 15 de septiembre.

<sup>8</sup> Dentro del apartado Medidas de recuperación, formación y empleo el artículo 4.1 dispone que “Las personas incluidas en el censo de minusválidos podrán solicitar y, en su caso, beneficiarse de procesos de rehabilitación médica y funcional.” Por su parte el apartado segundo describe en qué podrán consistir dichos procesos, esto es, exámenes destinados a determinar el origen, la naturaleza y el tratamiento de la afección, los tratamientos médicos adecuados para su rehabilitación médica y funcional y por último el suministro, la adaptación, conservación y renovación de aparatos de prótesis y ortopedia.

tratamiento médico y rehabilitador. Se pone de manifiesto por algunos autores<sup>9</sup> el peligro que supone el abandonar por completo el modelo médico, en la medida en la que la asistencia médica y rehabilitadora se erige como un pilar fundamental para lograr una mejor adaptación social.

Tiene lugar una ampliación del concepto de discapacidad entendiéndose que se encuentra en dicha situación “las personas comprendidas en edad laboral que estén afectadas por una disminución de su capacidad física o psíquica en el grado que reglamentariamente se determine, sin que en ningún caso pueda ser inferior al treinta y tres por ciento, que les impida obtener o conservar empleo adecuado precisamente a causa de su limitada capacidad laboral”<sup>10</sup>. Se incorpora ya, además de la discapacidad física, la psíquica, lo que supone un gran avance para la época, desterrándose la vieja idea de que las personas aquejadas de una discapacidad de tipo intelectual o mental no podían incorporarse al mercado de trabajo. Se eleva, además, el porcentaje mínimo requerido para adquirir la condición de persona con discapacidad, que en la Orden de 7 de noviembre de 1968 se fijaba en un 30 por 100.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales<sup>11</sup>, hace una somera referencia al concepto de discapacidad al enumerarse las relaciones laborales especiales, recogiendo el “trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida”<sup>12</sup>. En estas dos últimas normas, se alude a la disminución de la capacidad, lo que supone un importante progreso en tanto ya no se hace hincapié en la propia persona discapacitada, empleándose términos como disminuido o minusválido, sino que lo que se pretende destacar es la circunstancia en la cual se encuentra el individuo.

---

<sup>9</sup> Así se expresa PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y Cuotas de reserva*, Cit., p. 89.

<sup>10</sup> Artículo 1 Decreto Sobre Empleo de Trabajadores Minusválidos de 1970.

<sup>11</sup> BOE núm. 96, de 21 de abril.

<sup>12</sup> Artículo 3.1 c) de la Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

## 2.2 La discapacidad a partir de la Constitución Española de 1978

A partir de la aprobación de la Constitución de 1978 se consagra el modelo social de protección de las personas con discapacidad, incluyéndose en su articulado una mención expresa al referido colectivo junto con un claro mandato a los poderes públicos. Se trata del artículo 49 de la CE, el cual dispone que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Dicho mandato constitucional debe ser puesto en relación con el artículo 9.2 de la misma norma<sup>13</sup>, en el sentido de que deben promoverse las condiciones necesarias para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad, consideradas individualmente. Los poderes públicos asumen, por tanto, la obligación de poner en marcha y desarrollar toda acción positiva necesaria para garantizar a las personas con discapacidad la plenitud del ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos, y por supuesto, entre ellos, el derecho al trabajo consagrado en el artículo 35 de la CE. Como puede observarse, el lenguaje empleado por el legislador, nada acertado, supone un cierto anacronismo respecto a la normativa precedente, toda vez que continúa utilizando el término “disminuido”.

La siguiente referencia en el tiempo al colectivo del que venimos hablando la encontramos en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)<sup>14</sup>. Si bien la norma no hace referencia al concepto de discapacidad ni a la relación especial de los trabajadores con discapacidad, el artículo 4.2 establece —dentro de los derechos básicos de los trabajadores— el de “no ser discriminados por razón de

---

<sup>13</sup> Tal y como dispone dicho precepto, “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>14</sup> BOE núm. 64, de 14 de marzo.

disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

La aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI)<sup>15</sup>, supone un verdadero punto de inflexión, visto que constituye la primera norma que contiene una regulación integral en materia de inserción de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de la sociedad. Y ello, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 49 de la CE. No obstante, no se articula un concepto de discapacidad genérico que integre todo el sistema jurídico, toda vez que el mismo se circunscribe al estricto ámbito de la ley. De este modo, el artículo 7 de la referida norma dispone lo siguiente: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. Dicha definición dio lugar a serias dudas interpretativas, en tanto no se precisaba en ella qué grado de discapacidad hacía a una persona acreedora de la protección dada por la ley<sup>16</sup>; cosa, por cierto, que sí se había hecho en normas anteriores, pudiendo entenderse que encuentran encaje en la norma aquellas personas cuya disminución de las posibilidades de integración resulte significativa, de modo que evidencien un desajuste merecedor de corrección<sup>17</sup>. Dicha concreción derivó en diversos problemas prácticos a la hora de verificar el

---

<sup>15</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril.

<sup>16</sup> El artículo 10.2. c) de la LISMI preveía la creación de equipos multiprofesionales, los cuales tenían como una de sus funciones principales “La valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente”. Sin embargo, no concretaba en ningún otro punto de su articulado la graduación mínima de la discapacidad, lo que sí fue contemplado por la normativa reglamentaria de desarrollo, aun no existiendo habilitación o remisión alguna a tales normas. De este modo, en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, se establece como requisito para el acceso a determinadas prestaciones estar afectado por una discapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento. Nos encontramos, por tanto, ante una regulación ultra vires, la cual podría haberse solventado mediante la incorporación de la habilitación reglamentaria en el artículo 7.

<sup>17</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación Laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., p. 154.

cumplimiento por parte de las empresas de la cuota de reserva establecida<sup>18</sup> y, por tanto, en una nada deseable ausencia de seguridad jurídica.

Sin embargo, aún deficiente, el nuevo concepto de discapacidad dado por la ley supone un paso más en la consecución del modelo social vigente, en tanto se encuentra inspirado en los principios de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías y en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de La Salud, las cuales parten de la existencia de barreras que dificultan el desarrollo ordinario de la persona en la sociedad.

Si bien la LISMI aún se encontraba incardinada dentro del modelo médico, orientado a la superación de las deficiencias, se entendía que la inclusión social que se desarrolla por la educación y el trabajo, debía ser un proceso integral, flexible y dinámico<sup>19</sup>, de modo que únicamente cuando las características de la discapacidad así lo requieran se optará por las fórmulas de empleo protegido o centros de educación especial; y ello, siempre con carácter subsidiario al régimen ordinario. Sin perjuicio del mantenimiento de este tipo de modelo, si es cierto que existe un progresivo acercamiento al modelo social, en tanto que el artículo 37 *bis* de la LISMI<sup>20</sup> establece la obligación de los empresarios de “adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Además, según el mismo precepto, “para determinar si una carga es excesiva, se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las

---

<sup>18</sup> El artículo 38 de la LISMI imponía esta obligación a las empresas que emplearan a más de 50 trabajadores fijos, las cuales debían reservar la contratación para un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla.

<sup>19</sup> GARCÍA SABATER, A., “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221 (2019), p. 4.

<sup>20</sup> Dicho artículo fue introducido por la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social.

medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

Tras la LISMI, se suceden diversas normas, tanto de rango legal como reglamentario, que hacen referencia al concepto de discapacidad. Al respecto, puede citarse el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo<sup>21</sup>: Dentro de su ámbito de aplicación incluye a “las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos”<sup>22</sup>.

Más adelante, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (en adelante LIONDAU)<sup>23</sup>, consigue paliar el vacío conceptual que supuso la LISMI en cuanto a la determinación del grado de discapacidad. Sin embargo, en ella se limita el concepto de discapacidad a su estricto ámbito de aplicación, desaprovechándose de nuevo la oportunidad de crear un concepto de discapacidad que integre todo el sistema. En su artículo 1.2, se contiene una definición indirecta de discapacidad<sup>24</sup>, al disponer que tienen este carácter, aquellas personas “que presenten 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”. En definitiva, lo que se persigue es evitar cualquier forma de discriminación en aras de garantizar el ejercicio por parte de las personas con discapacidad de todos los derechos constitucionales reconocidos.

---

<sup>21</sup> BOE núm. 189, de 8 de agosto.

<sup>22</sup> Artículo 2 Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio.

<sup>23</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre.

<sup>24</sup> Así lo entiende PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación Laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., p. 162.



Continúa diciendo el precepto que, a los efectos de esta Ley, “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. En todo caso, continúa el precepto, “se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”<sup>25</sup>. Tal previsión supuso la confusión en cierto modo de los términos discapacidad e incapacidad permanente; pese a que, aunque en algunos extremos presenten caracteres coincidentes, lo cierto es que nos encontramos ante realidades muy distintas.

La asimilación conducía necesariamente a plantear la cuestión de si el hecho de ser perceptor de una prestación de la Seguridad Social, con base en el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente, llevaba aparejada necesariamente la asimilación con la situación de discapacidad, siendo acreedores de los mismos derechos y prestaciones. De hecho, fueron numerosas las solicitudes presentadas ante los órganos competentes de las respectivas administraciones públicas, a fin de conseguir el reconocimiento de la condición de discapacitado, la cual no ofrecía una respuesta homogénea en tal sentido. Por eso mismo, se publica el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre<sup>26</sup>, el cual habilitaba a los pensionistas de la Seguridad Social para solicitar al IMSERSO u otro órgano competente de la Comunidad Autónoma el reconocimiento de la situación de discapacidad; si bien exclusivamente a los efectos de esa misma norma.

---

<sup>25</sup> Tiene lugar la asimilación entre discapacidad e incapacidad laboral permanente; conceptos, que como ya se analizará, no son equivalentes, siendo necesaria una correcta diferenciación. El fundamento de tal equiparación lo podríamos encontrar en la necesidad de facilitar el reconocimiento de la discapacidad a las personas que han pasado ya por un procedimiento de valoración de su capacidad. Algunos autores justifican esta previsión por la necesidad de descargar el trabajo de los servicios competentes para la valoración y calificación de la discapacidad. Así lo entiende PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación Laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., pp. 163 y 164.

<sup>26</sup> BOE núm. 300, de 16 de diciembre.

Esta cuestión también recibió respuesta por parte de los tribunales, llegando incluso hasta el TS<sup>27</sup>, cuya Sala de lo Social clarificó este extremo estableciendo que “la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la LISMI y no al de la LIONDAU, por lo que la equiparación contenida en el artículo 1.2 de la LIONDAU se refiere únicamente al ámbito de materias de dicha ley, no pudiendo admitirse que con carácter general se ostente la condición de persona con discapacidad como consecuencia del reconocimiento de una Incapacidad Permanente”.

### **III. MARCO JURÍDICO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ALTERACIÓN DE LA SALUD: DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD**

#### **3.1. Legislación internacional y europea sobre igualdad y no discriminación por razón de discapacidad**

Como punto de partida, conviene situarse en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), aprobado en el año 1950, cuyo artículo 14 consagra la prohibición de discriminación, al establecer que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. El protocolo 12 (2000) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, amplía el alcance de la prohibición de la discriminación, toda vez que garantiza la igualdad de trato en el disfrute de todos los derechos (incluidos los derivados de la legislación nacional).

La memoria explicativa de este documento llama la atención acerca del hecho de que su artículo primero contemple los mismos motivos de discriminación previstos en el artículo 14 del citado Convenio, justificándose en ella la decisión de no haber procedido a incluir otros motivos adicionales de discriminación —entre ellos la minusvalía física y psíquica— bajo el argumento de que sería inútil desde el punto de vista jurídico, ya que

---

<sup>27</sup> STS 21 de marzo de 2007 (rec. 3902/2005).

la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva, y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos no mencionados. En definitiva, se opta por mantener el carácter abierto de la prohibición de discriminación por medio del empleo del término “cualquier otra situación”, a fin de englobar otros motivos no previstos expresamente<sup>28</sup>.

No obstante lo anterior, y adentrándonos en el ámbito específico de protección de los derechos de las personas con discapacidad, también resulta de obligada mención la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>29</sup>, que ya en el año 1948 consagró el derecho de toda persona a unas condiciones justas y favorables de trabajo; aunque, eso sí, sin referirse expresamente a las personas con discapacidad. Con el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>30</sup>, tiene lugar una ampliación de los factores de discriminación protegidos y, entre ellos, la situación de discapacidad. Más adelante, en el año 1971, la Asamblea general de la ONU promueve la Declaración de los derechos del retrasado mental<sup>31</sup>, donde se les reconoce el derecho “en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil”.

---

<sup>28</sup> En este sentido, conviene destacar la STEDH de 21 de diciembre de 1999, sobre el asunto *Salgueiro da Silva Mouta* vs. Portugal, que reconoce la orientación sexual como motivo de discriminación. Dicha sentencia trae causa de un procedimiento de familia en el que el demandante solicitaba la patria potestad de la hija en común con su ex pareja. Esta ex pareja alega como motivo para denegar la patria potestad el hecho de que éste era homosexual y convive con otro hombre. El tribunal de apelación da la razón a la actora estableciendo que “es notorio que la sociedad cada vez es más tolerante con este tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño”. Entiende el TEDH que hubo una diferencia de trato entre demandante y demandado basada en la orientación sexual del demandante “noción que se contempla, sin duda, en el artículo 14 del Convenio”.

<sup>29</sup> Puede consultarse el documento en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (Fecha de última consulta: 23/12/19).

<sup>30</sup> Documento accesible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (fecha última consulta: 23/12/19).

<sup>31</sup> Puede consultarse el documento en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2008.pdf> (fecha de última consulta: 28/12/19).

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993<sup>32</sup>, se declaró que “cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos”. Un año más tarde el Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, dejó patente la incidencia que las diversas formas de discriminación frente a las personas con discapacidad pueden tener en diversos ámbitos, tales como la educación, el empleo, la vivienda o el transporte.

Resulta también de obligada mención la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>33</sup>, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual ya en su Preámbulo proclama que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”<sup>34</sup>. En particular, el artículo 27 de la Convención, relativo al trabajo y el empleo, dispone que los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, a fin de “prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables”.

Además, el Preámbulo de la Convención delimita el concepto de discapacidad y dispone que “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Como puede apreciarse, se observa ya en este texto el abandono del modelo médico tradicional, centrado en el concepto de discapacidad limitado estrictamente a los factores de salud, en la medida en la que lo determinante es el entorno en el que se

---

<sup>32</sup> Documento accesible en: <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencia-mundial-de-los-derechos-humanos-14-25-junio-1993-viena-austria/> (fecha de última consulta: 23/12/19).

<sup>33</sup> BOE núm. 96, de 21 de abril.

<sup>34</sup> Preámbulo de la Convención, letra H.

desenvuelve el individuo, promoviendo la adopción de medidas de acción positiva tendentes a alcanzar la integración en la sociedad.

En el plano europeo, el artículo 10 del TFUE<sup>35</sup> proclama que “la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. A partir de la década de los noventa del siglo pasado, se comienza a demandar por parte de algunos sectores de la sociedad una ampliación de los supuestos amparados por la normativa sobre prohibición de discriminación; y entre ellos, de nuevo, la discapacidad. En el año 2000, y como respuesta a la referida demanda, se aprueba la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo Considerando decimoprimeros reconoce que “la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas”. Conviene advertir que dicha Directiva no viene desarrollado un concepto de discapacidad; como tampoco existe una remisión al Derecho interno de los Estados miembros a fin de definir dicho concepto. Precisamente por ello, ha sido el TJUE —como en tantas otras ocasiones— el que ha asumido la labor de delimitar el contenido y alcance del mismo, debiendo los Estados Miembros aplicar este concepto de forma unitaria.

Más en concreto, esta Directiva tiene por objeto “establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”, según consigna su artículo 1. A continuación, añade el art. 2 de la misma Directiva que, “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la

---

<sup>35</sup> Documento accesible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (fecha última consulta: 20/12/19).

ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1, esto es religión, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Sí se ocupa en cambio la Directiva de elaborar las correspondientes precisiones conceptuales en materia de discriminación, ya sea ésta directa o indirecta. Y así, se considera que existe discriminación directa “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”, Sin perjuicio de lo antedicho, debe tomarse asimismo en consideración lo dispuesto en el artículo 4.1<sup>36</sup>, donde se configura una excepción a esta regla general, en la medida en que un tratamiento diferenciado por razón de discapacidad no tendrá la consideración de discriminatorio, siempre que dicha distinción obedezca a la propia naturaleza de la profesión a desempeñar, configurándose como un requisito profesional esencial y determinante, y siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Por su parte, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”. Se exceptúan aquí los supuestos en los que la disposición, criterio o práctica cuente con una justificación objetiva, obedeciendo a una finalidad legítima, así como aquellos en los que el empresario venga obligado, en virtud de la legislación nacional, a la adopción de las medidas necesarias para paliar las desventajas ocasionadas a las personas con una discapacidad concreta. La Directiva contiene así, por tanto, dos excepciones que permiten delimitar el concepto de discriminación indirecta, de modo que cuando la actuación empresarial cuente con una finalidad legítima, o bien se hayan promovido las medidas de adaptación del puesto de trabajo necesarias, no nos encontraremos ante una situación acreedora de la condición de discriminatoria.

---

<sup>36</sup> Dicho precepto dispone en particular “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

## 3.2 Marco jurídico vigente

### 3.2.1 *El concepto de discapacidad*

En nuestro ordenamiento jurídico, la principal norma en materia antidiscriminatoria se localiza en la CE de 1978, cuyo artículo 14 consagra el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Como puede observarse, el precepto no contiene ninguna mención expresa a la discapacidad como factor de discriminación prohibido. No obstante, la STC 269/94, de 3 de octubre de 1994,<sup>37</sup> ha avalado esta posibilidad y afirma que “es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”. Y precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación, continúa diciendo, reconoce las “sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados”. Tampoco existe referencia específica a la enfermedad dentro de la relación de motivos de discriminación prohibidos por la CE, dando paso así a la duda sobre la posibilidad de insertar esta causa dentro de la cláusula genérica de cualquier otra condición o circunstancia personal. La admisibilidad de este planteamiento ha sido objeto de un profuso debate tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, cuestión que se abordará más adelante.

La Directiva 2000/78/CE se traspuso a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>38</sup>. Esto se tradujo, fundamentalmente, en la modificación del ET; y más en concreto, de su artículo 4.2.c), donde se reconoce como derecho básico de los trabajadores el de “no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas

---

<sup>37</sup> Rec. 3170/1993. Este procedimiento trae causa del recurso de amparo interpuesto por un aspirante de un proceso selectivo para ocupar un determinado cargo funcional. Estimaba el recurrente haber sido objeto de un tratamiento discriminatorio; y ello, dado que se ha dado acceso preferente a las plazas a los aspirantes con discapacidad. Argumenta el Alto Tribunal que la reserva de un determinado porcentaje de plazas a las personas con discapacidad no vulnera el artículo 14 de la CE; más aún cuando, tanto la normativa estatal como internacional, imponen a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas para promover la igualdad de oportunidades del colectivo.

<sup>38</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”. Añade el precepto que “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate<sup>39</sup> .

Del mismo modo el artículo 17 del ET consigna como “nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”<sup>40</sup> . Tampoco conviene olvidar, en materia de despido, que el artículo

---

<sup>39</sup> Respecto a esta cuestión resulta conveniente destacar la STSJ de Asturias de 12 diciembre de 2008 (rec. 1431/2008). El recurso trae causa de una demanda interpuesta por un trabajador al que, tras solicitar la incorporación en una empresa como ayudante minero, declaran no apto para el desempeño del trabajo por la Comisión de Evaluación de Reconocimientos, por padecer asma bronquial. El tribunal declara que la enfermedad padecida por el trabajador es incompatible con el trabajo en el interior de las minas, no siendo admisible que el empresario asuma la excesiva carga que implica el alto riesgo para la salud del trabajador. Todo lo cual le lleva a concluir que no ha existido la invocada discriminación por razón de discapacidad, basándose la exclusión del trabajo en la falta de aptitud para desempeñar el concreto empleo.

Un supuesto similar se plantea en la STSJ de Andalucía (Granada) de 24 junio de 2003 (rec. 294/2003). El recurso trae causa de la demanda presentada por un trabajador al que, tras la finalización del periodo de prueba, se su contrato, por entender la empresa que no se encuentra en condiciones de aptitud para desempeñar el puesto. Pues bien, según la Sala de lo Social, y dado que “afirma el Juez a quo que la decisión administrativa de denegar al actor la adquisición de la categoría y puesto solicitados se fundamenta por la Secretaría General para la Administración Pública de la Junta de Andalucía en los informes emitidos respecto de cada trabajador”. En definitiva, estima el tribunal que no se niega la ocupación del puesto de trabajo por encontrarse en situación de discapacidad, sino porque dicha limitación le imposibilita desempeñar las específicas funciones del puesto.

<sup>40</sup> A modo de ejemplo cabe citar la STSJ de Aragón de 18 febrero de 2002 (rec. 1187/2001). Dicho procedimiento trae causa de un conflicto colectivo planteado por unos trabajadores con discapacidad a fin de que se les reconociera el derecho a ser compensados económicamente por los días festivos trabajados. La empresa sostiene que dicha disposición prevista en el convenio colectivo no resulta de aplicación a los trabajadores discapacitados, en tanto se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación. Finalmente, el tribunal sostiene que, si bien es cierto que dichos trabajadores no están incluidos en el ámbito subjetivo del convenio colectivo, ya se habían desarrollado anteriormente dos procedimientos de conciliación, llegándose a diversos acuerdos sin tener lugar ningún tipo de distinción entre los trabajadores con o sin discapacidad. En particular dispone el tribunal “la empresa ha conciliado los dos procedimientos seguidos al respecto sin hacer distinción alguna entre los trabajadores, aplicando sin embargo luego la especial remuneración de los que hubieran trabajado en los días festivos litigiosos, sólo a trabajadores no



55.5 del ET consagra la nulidad de los despidos efectuados cuando “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

Sin perjuicio de todo cuanto acaba de exponerse, hoy por hoy, el marco normativo principal en relación a los derechos de las personas con discapacidad, viene integrado fundamentalmente 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 (en adelante, LGPD)<sup>41</sup>. El objeto de esta norma es doble<sup>42</sup>; por un lado, garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la CE (y conforme también a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Por otro lado, la referida norma tiene por objeto el establecimiento del régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

A su vez, este texto refundido trae causa de la Ley 26/2011<sup>43</sup>, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por medio de ella, tiene lugar la refundición de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre por la que se establece el régimen de

---

minusválidos. Es por ello por lo que entiende que los trabajadores con discapacidad ostentan el mismo derecho al cobro de la compensación económica.

<sup>41</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre. La citada norma pone de manifiesto en su Preámbulo lo siguiente: “El impulso de las medidas que promuevan la igualdad de oportunidades suprimiendo los inconvenientes que se oponen a la presencia integral de las personas con discapacidad concierne a todos los ciudadanos, organizaciones y entidades, pero, en primer lugar, al legislador, que ha de recoger las necesidades detectadas y proponer las soluciones y las líneas generales de acción más adecuadas. Como ya se ha demostrado con anterioridad, es necesario que el marco normativo y las acciones públicas en materia”.

<sup>42</sup> Lo pone de manifiesto su artículo 1.

<sup>43</sup> BOE núm. 184, de 2 de agosto.

infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El artículo 2 letra de la LGPD define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De la citada definición se desprende la completa asunción del concepto de discapacidad orientado desde la perspectiva del modelo social, en tanto esta no se conceptúa haciendo hincapié en la limitación individual del sujeto que le hace merecedor de la condición de discapacitado, sino que se configura la discapacidad como un fenómeno externo resultante de la interacción de la persona con diversas barreras.

Por su parte, el artículo 4.1 de la LGPD afirma que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Añade, además, en su apartado segundo que “a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Al respecto, continúa el mismo precepto, “se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Respecto a esta equiparación entre discapacidad e incapacidad permanente resulta de obligada mención la STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 1826/2017). En ella, el recurrente argumenta que la redacción del artículo 4.2 del RDL 1/2013 viene a sustituir lo dispuesto en el artículo 1.2 de la ya reseñada ley 51/2003, la cual establecía que la asimilación a la discapacidad lo era a los solos efectos de dicha ley, al contrario del nuevo decreto que amplía dicha equiparación a todos los efectos. El tribunal afirma que “el art. 4. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 conduce a la inexorable conclusión de que ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, en tanto que no respeta el art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratificó el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase «a los efectos de esta ley» por la de «a todos los

### *3.2.2 La necesaria delimitación conceptual entre discapacidad e incapacidad permanente laboral*

Pese a que en diversas ocasiones los términos discapacidad e incapacidad permanente han sido objeto de confusión por parte de la normativa —que ha llevado a cabo una equiparación involuntaria de derechos—, lo cierto es que nos encontramos ante realidades perfectamente distintas, que parten de fundamentos diversos y que cuentan con finalidades bien diferenciadas. Es por ello por lo que resulta de una importancia máxima abordar esta cuestión con carácter previo al análisis que nos ocupa.

La noción de incapacidad permanente se encuentra definida en la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). En su modalidad contributiva, la incapacidad permanente se encuentra regulada en los artículos 193 a 200 de la LGSS<sup>45</sup>. Concretamente, se define en su artículo 193, como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. No obstará a tal calificación, advierte el mismo precepto “la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”<sup>46</sup>. Por lo demás, “las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”.

---

efectos», en una radical alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar”.

<sup>45</sup> BOE núm. 261 de 31 de octubre.

<sup>46</sup> Artículo 193 de la LGSS

Se desprende de la citada regulación que, sin perjuicio de que a priori se establezca que la situación de incapacidad laboral debe producirse de forma sobrevenida a la situación de alta en la Seguridad Social, luego se matiza esta afirmación, admitiéndose la posibilidad de que se acceda a la prestación de incapacidad permanente cuando se trate de reducciones anatómicas o funcionales existentes con carácter previo a la relación laboral, siempre que se trate de personas con discapacidad y las mismas hayan experimentado una agravación respecto a su estado inicial, viéndose reducida la capacidad para el trabajo.

Existen evidentes similitudes entre los dos conceptos, en tanto ambos se refieren a reducciones anatómicas o funcionales que afectan al desarrollo personal del individuo, con un carácter previsiblemente definitivo, requiriendo una determinación objetiva por parte de un equipo evaluador. No obstante lo anterior, se trata de figuras que persiguen finalidades no coincidentes. En este sentido el ámbito protector de la discapacidad se circunscribe a la necesidad de evitar la proliferación de cualquier tipo de obstáculo que impida o dificulte la plena participación del individuo en la sociedad, y ello en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, mientras que la incapacidad laboral protege a aquellas personas que tras el inicio de una actividad productiva no pueden continuar prestando trabajo por razón de su estado de salud.

Es por ello por lo que el modelo de respuesta apropiado para cada una de las situaciones y los beneficios y protección que la declaración de cada una de ellas puede otorgar deben ser distintos<sup>47</sup>. En definitiva, la incapacidad laboral hace referencia a un sistema público de protección social ante la falta de prestación de trabajo, mientras que la discapacidad pretende, mediante el reconocimiento de derechos y prestaciones, paliar la desventaja social que implica para el individuo a efectos del pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

---

<sup>47</sup> GARCÍA SABATER, A., *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular el empleo protegido*, Aranzadi (Pamplona, 2018), p. 81.

Tampoco conviene olvidar que la incapacidad permanente legitima al trabajador la salida del mercado de trabajo, mientras que en el caso de la discapacidad lo que se persigue es precisamente fomentar la inserción laboral del individuo, siendo la incorporación laboral uno de los pilares fundamentales de la integración social. Asimismo una vez que se es declarado en situación de incapacidad permanente esto conlleva, en principio, la imposibilidad de continuar con la prestación de trabajo, si bien conviene precisar que la LGSS dispone que en el caso de la incapacidad permanente total “la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”<sup>48</sup>. De igual modo, en el caso de encontrarse el individuo en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, podrán continuar desarrollando aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado<sup>49</sup> y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.<sup>50</sup>

#### **IV. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD**

##### **4.1 La protección de la discapacidad a través de las medidas de acción positiva: Los ajustes razonables**

Tal y como puede inferirse de la normativa protectora de la discapacidad que caba de analizarse, la tutela antidiscriminatoria se configura atendiendo a una doble perspectiva, de modo que, por una parte, se garantiza la protección frente a la discriminación propiamente dicha, cuando tenga lugar un tratamiento diferenciado o desigual que se sustente en la discapacidad del individuo (concepción negativa); y por otra parte, se protege al colectivo garantizando la adopción de medidas de acción

---

<sup>48</sup> Artículo 198.1 de la LGSS.

<sup>49</sup> Por lo que respecta a la compatibilidad de la situación de gran invalidez con la prestación de trabajo, la jurisprudencia del TS ha confirmado tal posibilidad siempre que se comunique oficialmente. Véase al respecto las SSTs de 30 de enero de 2008 (rec. 480/2007) y de 23 de abril de 2009 (rec. 2512/2008).

<sup>50</sup> Artículo 198.2 de la LGSS.

positiva, lo que se concreta en la realización de ajustes razonables o la adaptación del puesto de trabajo por parte del empleador (concepción positiva).

Como ya se ha adelantado, uno de los aspectos que se tienen en consideración a fin de excluir el carácter discriminatorio de un tratamiento desfavorable, es la realización de ajustes razonables por parte del empresario. La Directiva 2000/78 impone a los empresarios la obligación de realizar ajustes razonables en su artículo 5, en particular dispone que “los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

Por lo que se refiere a la legislación española, el artículo 2.M) de la LGPD define los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.”. A diferencia del precepto comunitario —que circunscribe la adopción de ajustes razonables al ámbito estrictamente laboral—, el legislador español ha optado por un concepto más amplio que abarca todas las esferas de la vida personal.

Por otra parte, el artículo 40.2 de la citada norma concreta la exigibilidad de esta obligación en el ámbito laboral, al disponer que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su

trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

Como puede observarse, tanto a nivel europeo como nacional, se configura un concepto de ajustes razonables genérico, sin que se precise las concretas medidas que cabe adoptar. La falta de determinación de las medidas de ajuste y su tipología, dificulta sustancialmente la detección de los ajustes a realizar y su tipología, generándose —en abstracto— infinitas opciones de ajuste<sup>51</sup>. No obstante, se puede extraer la concurrencia de los tres elementos fundamentales sobre los que pivota la institución, como son: la necesidad de realización del ajuste, que dicho ajuste garantice el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas y, por último, que las medidas adoptadas no supongan una carga excesiva para el empresario.

En definitiva, para determinar cuándo los empresarios están sujetos a la obligación de realizar ajustes debemos determinar cuándo son razonables. Respecto a este concreto extremo, la Directiva no nos proporciona ningún parámetro que permita precisar el término razonable. Ausencia de detalle, como se ha puesto de manifiesto, que “se deba tal vez a que se trata de una Directiva, disposición comunitaria sobre un determinado aspecto que ha de ser incorporada a su Derecho por los Estados de la Unión Europea, que ha de ser respetada como nivel de exigencia mínima, pero que los países miembros, en el proceso de transposición, pueden elevar y ampliar”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3 (2015), p. 21.

<sup>52</sup> PÉREZ BUENO, L., “La Configuración jurídica de los ajustes razonables”, accesible en Cermi.es: [https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA\\_CONFIGURACION\\_JUR\\_DICA\\_DE\\_LOS\\_AJUSTES\\_RAZONABLES.pdf](https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA_CONFIGURACION_JUR_DICA_DE_LOS_AJUSTES_RAZONABLES.pdf) (fecha de última consulta: 03/01/20).

La concreción de la razonabilidad del ajuste dependerá, por tanto, del desarrollo legislativo de cada ordenamiento interno<sup>53</sup>. En España, es el artículo 66.2 de la LGPD<sup>54</sup> el que arroja un poco de luz sobre esta cuestión y nos concreta los aspectos que tenemos que considerar a fin de determinar si un ajuste es o no razonable. Estos factores son, fundamentalmente, el coste de la medida, el efecto discriminatorio que supone para el individuo la no adopción del ajuste, así como la posibilidad de acceder a sistemas de ayuda públicos para sufragar los costes derivados de la adaptación.

Por lo que respecta a la delimitación de la carga excesiva, debemos concretar si se trata de un concepto independiente o si éste forma parte de la noción de ajuste razonable. Podemos concluir que se trata de una noción estrechamente vinculada al concepto de ajuste razonable, en tanto en cuanto el carácter excesivo de la carga determinará que el ajuste pierda la consideración de razonable, configurándose, por tanto, como un límite para su adopción<sup>55</sup>.

La LGPD concreta cuáles son los aspectos que debemos considerar para determinar si una carga es o no excesiva para el empresario; en particular, “si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”<sup>56</sup>. Todos estos criterios —de marcada naturaleza económica— evidencian que no estamos

---

<sup>53</sup> Desde un punto de vista comparado, cabe distinguir tres tipos de planteamientos. En primer lugar, el de aquellos Estados que condicionan la razonabilidad de la medida exclusivamente al coste económico (Finlandia y Alemania). Un segundo grupo que condiciona la razonabilidad a la eficacia de la medida para atender a las necesidades del individuo (Irlanda y Francia). Y por último un tercer grupo que ha tenido en cuenta tanto el coste económico para el empleador como la eficacia del ajuste (Reino Unido, Bélgica, España). Véase CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71 (2018), p. 43.

<sup>54</sup> Dispone el 66.2 LGPD que “a efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”.

<sup>55</sup> En este sentido FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195 (2017), p. 20.

<sup>56</sup> Párrafo segundo del artículo 40 de la LGPD.



ante “un concepto estático ni uniforme para todo tipo de empresa”<sup>57</sup>, toda vez que una misma medida puede resultar excesiva para una empresa y razonable para otra atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Una vez concretado el alcance de esta obligación, resulta conveniente dilucidar si el incumplimiento del deber de realizar ajustes razonables se puede articular como una forma de discriminación autónoma o si, por el contrario, se debe reconducir necesariamente al ámbito de la discriminación directa o indirecta. Esta incertidumbre tiene su origen en la propia configuración del artículo 2 de la Directiva, visto que, dentro de las excepciones que permiten excluir la situación de discriminación indirecta, se encuentra la realización de ajustes razonables.

A mi juicio, si llevamos a cabo una interpretación teleológica de la norma, debemos decantarnos por la primera de las opciones. Y ello, sobre la base de que vincular la obligatoriedad de realizar el ajuste a la previa constatación de una situación discriminatoria, supone atentar contra el fin fundamental perseguido por la Directiva de garantizar al acceso al empleo de las personas con discapacidad. De modo que, podemos concluir que la negativa del empresario a realizar un determinado ajuste constituye en sí misma una discriminación, en tanto expresión de la vertiente positiva de la normativa protectora de la discapacidad.

En este sentido, conviene traer a colación la STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2019<sup>58</sup>, en la que se declara la nulidad del despido de un trabajador con discapacidad que, tras pasar por un proceso de IT, solicita a la empresa la adaptación de su puesto y que se le proporcione un calzado adecuado a su estado de salud. Pues bien, en el supuesto controvertido, el tribunal considera que “el actor tenía derecho a que su situación, su estado físico, fuera tratado de forma individualizada con las necesarias adaptaciones (a la luz tanto del certificado de discapacidad, como del informe de aptitud para el trabajo, y del informe de Reumatología)”, coincidiendo con la sentencia de

---

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ SANZ GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Revista Temas Laborales*, núm. 127 (2014), pp. 85 y ss.

<sup>58</sup> Rec. 1167/2019.

instancia en que “estos extremos proporcionan un panorama indiciario de lesión de discriminación, *ex art.14 CE*”.

Por lo que respecta a las concretas medidas de ajuste que cabe adoptar, si bien es cierto que con carácter general no se enumeran, el Considerando 20 de la Directiva 2000/78, a modo ilustrativo, dispone que entre las medidas a adoptar se encuentran las dirigidas a “acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. Como posible contenido de la medida, cabe destacar la recolocación en un puesto de trabajo adaptado a la discapacidad del trabajador. En este sentido el TSJ de Valencia<sup>59</sup> ha estimado la concurrencia de discriminación por razón de discapacidad debido a la gran cantidad de reclamaciones, tanto administrativas como judiciales, que ha tenido que articular el trabajador para la recolocación en un puesto adaptado a su condición personal. Cabe dar cuenta, asimismo, de cierta jurisprudencia admitiendo, como medida de ajuste razonable, la reducción de la jornada de trabajo. Sobre este extremo, puede citarse la STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2014<sup>60</sup>, que declara nulo el despido por causas económicas y organizativas de una trabajadora que había mostrado su interés en reducir la jornada de trabajo, invocando su situación de discapacidad<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> STSJ Valencia de 10 de septiembre de 2013 (rec. 1495/2013).

<sup>60</sup> Rec. 6157/2014.

<sup>61</sup> En la resolución reseñada la recurrente, que tiene reconocida una discapacidad del 67%, pone en conocimiento de la empresa su voluntad de reducir la jornada de trabajo a fin de poder compatibilizar su situación médica con la prestación de servicios, y recalca el tribunal que a tales efectos resulta irrelevante el hecho de que la trabajadora no haya formulado una petición formal de reducción de la jornada de trabajo.

## 4.2 Análisis del tratamiento jurisprudencial de la discriminación: especial consideración de la discapacidad como causa de despido

Una vez analizada la vertiente positiva de protección de la discapacidad, concretando el alcance de la obligación de adoptar medidas de ajuste, las páginas que siguen tienen por objeto examinar la vertiente negativa de protección, analizando —a través de la casuística jurisprudencial— los motivos más frecuentemente esgrimidos por el empresario, ya sea para limitar el acceso al empleo, ya sea para dar por extinguida de la relación laboral. Denominador común en todos ellos es que tras las decisiones empresariales controvertidas se oculta una situación de discriminación prohibida por la Ley.

Por su importancia, conviene hacer referencia aquí al principio de inversión de la carga de la prueba, que consigna el artículo 96 la LRJS<sup>62</sup>, a cuya virtud, una vez que el trabajador aporte indicios suficientes de haber sufrido discriminación por razón de discapacidad, es el demandado el que debe demostrar que su actuación responde a una causa objetiva y razonable. En particular, destaca la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 junio de 2001<sup>63</sup>, que “para que se produzca la inversión del *onus probandi* no basta afirmar que se ha producido un despido discriminatorio, sino que han de reflejarse unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación”. Una vez que el trabajador ha conseguido constatar la existencia de indicios racionales, tiene lugar el desplazamiento de la carga probatoria, correspondiendo al empresario acreditar “la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Según dicho artículo 96 de la LRJS, “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

<sup>63</sup> Rec. 681/2001.

<sup>64</sup> STSJ Madrid de 13 de mayo de 2011 (rec. 358/2011), FD 7°.

En relación ahora con las limitaciones existentes a la hora de acceder al empleo, y como supuesto paradigmático, cabe destacar el asunto planteado ante el JS de Murcia<sup>65</sup>. El supuesto de hecho relata la demanda interpuesta por cierta empresa contra una orden del Servicio de Fomento de Empleo, que a su vez había ratificado un acta de infracción contra dicha empresa. El caso expuesto gira en torno un trabajador con discapacidad al que, tras superar el proceso de selección para ocupar un puesto como informático, se le comunica que finalmente no se va a proceder a formalizar su contratación, por no haber informado éste acerca de su condición de discapacitado, aportando al efecto la documentación correspondiente. Pues bien, en el supuesto controvertido, el juzgador concluye que la empresa sí tenía conocimiento de la situación de discapacidad del solicitante de empleo, y que —si bien no era necesaria la entrega de dicha documentación para la contratación— ésta sí que fue aportada por el afectado. Por lo tanto, dado que no fue acreditada suficientemente que fuera éste el motivo de la no contratación, el Juez de lo Social concluyó que la decisión se fundó en la discapacidad del sujeto, lo que supone una discriminación en el acceso al empleo; consideración, por cierto, que ya había sido formulada por la inspección. Destaca además esta sentencia que, en ningún caso, tiene por qué hacerse constar en el *Curriculum*, tal y como alega la parte actora, la condición de discapacitado, en la medida en la que se trata de un documento que define profesionalmente a una persona y, por lo tanto, debe ceñirse a concretar los datos académicos, formativos y profesionales que resulten relevantes a fin de acceder a un concreto puesto de trabajo.

No obstante, no siempre la situación discriminatoria viene de una conducta concreta del empresario que se traduzca en un tratamiento desfavorable. En efecto, nuestra jurisprudencia ha admitido la existencia de discriminación en el acceso al empleo, cuando el empresario no da cumplimiento a aquellas medidas de acción positiva establecidas en la legislación. En este sentido, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de noviembre de 2018<sup>66</sup> ha considerado que el hecho de incumplir la legislación de reserva de puestos de trabajo para discapacitados del 2% de la plantilla<sup>67</sup>,

---

<sup>65</sup> SJS de Murcia de 7 de mayo de 2018 (rec. 13/2018).

<sup>66</sup> Rec. 1024/2018.

<sup>67</sup> Dicha obligación, ya presente en normativa anterior, se recoge hoy en el artículo 42 de la LGPD, en virtud del cual “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores

no implica exclusivamente la infracción de lo dispuesto en la LGPD, sino que constituye una auténtica discriminación en el acceso al empleo prohibida por los artículos 4.2. c) y 17.1 del ET. A mayor abundamiento, entiende la Sala canaria que, el hecho de que conforme a las bases de datos del servicio de empleo no existan trabajadores discapacitados con el perfil técnico requerido por la empresa, ello no la exime del cumplimiento de sus obligaciones; en particular, la adopción de medidas excepcionales alternativas, no habiendo acreditado ni la contratación ni la adopción de medida alguna.

Resulta también bastante frecuente que el empleador se escude en la libertad de resolución del contrato durante el periodo de prueba, para ocultar una situación de discriminación prohibida<sup>68</sup>. Tal es el supuesto planteado ante el JS nº 3 de Gijón<sup>69</sup>, en el que se da por extinguida la relación laboral de una trabajadora con discapacidad bajo el pretexto de no superación del periodo de prueba. Concluye el juzgador que la trabajadora ha aportado indicios suficientes que hacen desplazar la carga de la prueba al empresario; concretamente, que la trabajadora solicitó determinadas mejoras, como disponer de un vestuario para cambiarse, así como la negativa de ésta a aceptar un descuento de las vacaciones o de la retribución por las faltas de asistencia para acudir a consulta médica.

Sin embargo, donde se concentra la mayor fuente de conflictos es en la extinción de la relación laboral del trabajador con discapacidad, teniendo en cuenta el impacto del estado de salud del trabajador en determinados factores, como la productividad o el absentismo. Merece un especial análisis la problemática que se ha suscitado en torno a la aplicación del artículo 52. d) del ET a los trabajadores con discapacidad. Sobre este tema, resulta ineludible la cita de la STJUE de 18 de enero de 2018, *asunto Ruiz*

---

vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa”.

<sup>68</sup> Conviene recordar que el artículo 14.2 del ET en relación con el periodo de prueba dispone lo siguiente: “Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.”

<sup>69</sup> SJS nº 3 de Gijón de 18 de abril de 2018 (rec. 697/2017).

*Conejero*<sup>70</sup>, donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el JS nº1 de Cuenca,. El juzgado español se plantea si el despido objetivo por faltas de asistencia previsto en el artículo 52. d) del ET<sup>71</sup>, aún justificadas e intermitentes, se opone a la Directiva 2000/78/CE, en tanto constituye una discriminación indirecta por razón de discapacidad.

La cuestión prejudicial trae causa de la demanda presentada por el señor Ruiz Conejero frente a la empresa *Ferroserv Servicios Auxiliares S.A.*, de la que fue despedido por superar los umbrales de absentismo fijados en el artículo 52. d) del ET. El trabajador había venido desempeñando su labor como limpiador desde 1993, prestando sus servicios para diversas empresas sin ningún tipo de incidencia. En el año 2014, cuando trabajaba para la empresa demandada, se le reconoce la condición de discapacitado con un grado del 37%, tras lo cual causa diversos procesos por IT. Finalmente, la empresa comunica al actor su despido, en junio de 2015. Así las cosas, argumenta el juzgado que los trabajadores con discapacidad tienen una mayor probabilidad de ser despedidos por la aplicación de este precepto, ya que —a diferencia de los trabajadores no discapacitados— existe un mayor riesgo de causar bajas como consecuencia de la enfermedad que padecen. En definitiva, defiende que concurre aquí una suerte de discriminación indirecta, dada la existencia de una disposición aparentemente neutra, que se aplica por igual a todos los trabajadores, pero que causa una clara desventaja a los trabajadores con discapacidad, sin que se haya previsto ningún tipo de excepción<sup>72</sup> que incluya las bajas derivadas de la situación de discapacidad.

---

<sup>70</sup> Asunto C-270/16.

<sup>71</sup> De acuerdo con el citado precepto el contrato podrá extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”.

<sup>72</sup> El propio artículo 52. d) enumera las faltas de asistencia que quedan excluidas del cómputo. En este sentido dispone: “No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, 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, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

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

Con carácter previo al análisis de la cuestión, el TJUE entra a valorar si el demandante ostenta o no la condición de persona con discapacidad, con arreglo a la Directiva europea<sup>73</sup>. Aclara, a este respecto, que el hecho de que el actor tenga reconocida la condición de discapacitado de acuerdo con el Derecho nacional, no implica necesariamente que tenga una discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78. Por lo tanto, es el órgano judicial remitente el que debe verificar si la situación del sujeto es encuadrable en el concepto de discapacidad que se ha ido perfilando a través de la jurisprudencia del TJUE. Esta afirmación conduce necesariamente a plantear si el concepto de discapacidad considerado por los tribunales españoles difiere del TJUE.

Entrando ya en el fondo del asunto, el TJUE excluye la posibilidad de que la norma incurra en una discriminación directa, en tanto es aplicada de forma igualitaria, sin que exista ninguna diferencia de trato basada directamente en la discapacidad del individuo. No obstante, considera que el artículo 52.d) del ET sí podría entrañar una discriminación indirecta por razón de discapacidad; y ello, sobre la base de que el riesgo de aplicación de este artículo es mayor en los trabajadores con discapacidad, al ser más propensos a acumular días de baja por las enfermedades derivadas de la situación de discapacidad. Una vez constatada esta posibilidad, procede a valorar si dicho tratamiento desfavorable se encuentra amparado por una finalidad legítima; y siempre y cuando los medios aplicados para su consecución sean adecuados, y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista. Al respecto, la sentencia señala —de acuerdo con el gobierno español— que esta norma pretende combatir el absentismo laboral, en aras de aumentar la productividad y la eficiencia en el trabajo, lo que a juicio del tribunal constituye una finalidad legítima.

---

<sup>73</sup> En el asunto referencia se entra a valorar si la enfermedad padecida por el trabajador, obesidad, puede considerarse como discapacidad, pese a que el actor ostenta formalmente la condición de discapacitado. Esta cuestión ya fue resuelta con anterioridad por el TJUE, que en su Sentencia de 18 de diciembre de 2014, establece que pese a que la obesidad no puede considerarse por sí misma como un motivo de discriminación prohibido “en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate 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 estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78”.

Por lo que respecta al juicio de adecuación de los medios empleados, el TJUE encomienda al tribunal nacional la labor de verificarlo, debiendo tener en cuenta para ello una serie de factores; entre ellos, si las cifras detalladas en el artículo 52. d) del ET se han calculado efectivamente para paliar el absentismo, así como los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las faltas de asistencia. Del mismo modo, a fin de comprobar si los medios adoptados no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad, el juzgador debe considerar si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes respecto al colectivo de trabajadores discapacitados. En definitiva, el artículo 52.d) del ET será contrario a la Directiva 2000/78, cuando las faltas de asistencia sean causadas por enfermedades derivadas de la discapacidad del trabajador, salvo que responda a la finalidad legítima de combatir el absentismo, y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar su propósito, correspondiendo al órgano remitente analizar dichos extremos.

En mi opinión, en la medida en que el concepto europeo de discapacidad se ha inspirado en la convención de la ONU de 2006, no se excluye la aplicación de la concepción española. Y ello, porque si bien es cierto que nuestro sistema jurídico ha ido evolucionando progresivamente hacia el modelo social, siguen existiendo resquicios del modelo médico, lo que se traduce en una cierta reticencia de los tribunales a desvincularse de la calificación administrativa de discapacidad. Dicho esto, y dado el carácter abierto del concepto de discapacidad que utiliza el TJUE, resulta impensable que un trabajador que tiene una discapacidad reconocida formalmente, por medio del órgano competente, no encaje en el mismo.

Existen voces críticas con la interpretación efectuada por el TJUE, y ello por entender que los criterios que proporciona al juzgador español —a fin de valorar la adecuación de los medios empleados— son excesivamente amplios, dejándolo de algún modo “solo ante el peligro”<sup>74</sup> a la hora de hacer una interpretación ajustada a Derecho.

---

<sup>74</sup> ROJO TORRECILLA E., “El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la sentencia de 10 de abril de 2019, y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS”, en el *blog El Nuevo y Cambiante Mundo del Trabajo. Una Mirada Abierta y Crítica a las Nuevas Realidades Laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/el-tsj-de-castilla-la-mancha-confirma.html> (fecha de última: consulta 19/12/19).



Si bien es cierto que se concretan una serie de criterios a modo de guía, como “el número, imprecisión y heterogeneidad de los parámetros que sugiere el TJUE que deben tenerse en cuenta para determinar esta «adecuación» hacen que resulte particularmente complejo tratar de anticipar un posible sentido de la futura resolución<sup>75</sup>.

El JS de Cuenca concluye que existe una clara omisión del legislador en el artículo 52. d) del ET, en tanto no contempla ninguna previsión específica para los trabajadores discapacitados. No resulta admisible la idea de que ya se encuentran amparados por las excepciones relativas a las bajas por enfermedad grave o cáncer, y ello sobre la base de que el propio TJUE entiende que no se abarca todas las posibles situaciones de discapacidad. Del mismo modo, subsumir la discapacidad en el concepto genérico de enfermedad supone la equiparación de dos conceptos distintos y no asimilables, cuestión que será analizada con mayor profundidad más adelante. Es por ello por lo que entiende que dicha medida excede de lo necesario para alcanzar la finalidad de combatir el absentismo, y que los medios no son idóneos, adecuados y necesarios.

A mayor abundamiento, entiende el juzgador que dada la evidente contradicción entre la norma nacional y la Directiva comunitaria, sería conveniente abordar una reforma del precepto que incluya dentro de los supuestos excluidos del cómputo las bajas por incapacidad temporal, cuando se trate de trabajadores que tengan reconocida la condición de discapacitados, siempre que dichas bajas traigan causa de enfermedades derivadas de la situación de discapacidad. Conviene además recalcar que en dicha resolución el juzgador se hace eco de la reforma operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>76</sup>, la cual supuso una completa reconfiguración del precepto. Recordemos que con anterioridad a la modificación el despido por faltas de asistencia justificadas quedaba condicionado a la concurrencia de un doble requisito. Por una parte de carácter individual, en tanto el

---

<sup>75</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)”, en el *blog Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, <https://ignasibeltran.com/2018/01/18/discapacidad-y-despido-por-faltas-de-asistencia-ex-art-52-d-et-posible-discriminacion-pendiente-de-concrecion-caso-tjue-ruiz-conejero/> (fecha de última consulta: 19/12/19).

<sup>76</sup> BOE núm. 162, de 7 de julio.

trabajador debía superar determinados umbrales de inasistencia, y por otro un requisito de carácter colectivo, en la medida en que era necesario considerar el nivel global de absentismo de la plantilla en el concreto centro de trabajo<sup>77</sup>.

Esta modificación legislativa debe ser puesta en relación con el criterio de adecuación de los medios del TJUE que atiende a los costes directos e indirectos soportados por el empresario a causa del absentismo. Cabría considerar que la desaparición de la referencia al porcentaje global de absentismo implica una mayor dificultad para verificar la existencia de un perjuicio económico para el empleador, especialmente en las empresas de mayor tamaño y con un gran volumen de negocios, donde la falta de asistencia de un trabajador no tendrá la misma repercusión en la productividad que en una PYME. Según algún autor con esta reforma “se hace desaparecer el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia<sup>78</sup>”.

La SJS de Cuenca se recurre en suplicación ante el TSJ de Castilla La Mancha, que —coincidiendo con la argumentación de instancia— confirma la sentencia. Uno de los principales argumentos esgrimidos por el recurrente es la ausencia de intencionalidad en la conducta discriminatoria, pues ni siquiera se tenía conocimiento de la situación de discapacidad del trabajador. Ahora bien, recuerda el tribunal que cuando nos encontramos ante un supuesto de discriminación indirecta resulta irrelevante la intención lesiva del derecho fundamental, en tanto lo que prima es la desventaja causada al trabajador como consecuencia de la aplicación de una disposición aparentemente neutra. Respecto a la adecuación de los medios empleados, añade que “la justificación de política social y empleo de dicho precepto no puede excluir los efectos de la discriminación indirecta por causa de su discapacidad provocados por su aplicación,

---

<sup>77</sup> El viejo artículo 52.d) del ET recogía el despido objetivo “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo”. Sin embargo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su Disposición adicional vigésima redujo luego el índice de absentismo total de la plantilla al 2,5%.

<sup>78</sup> RUIZ CASTILLO, M. M., “La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57 (2012), p. 217.

pues los medios para la consecución de dicha finalidad no son los adecuados al no tomar en consideración la desventaja que su aplicación produce en las personas con discapacidad, factor de discriminación prohibido”<sup>79</sup>.

Considero que la respuesta dada tanto por el JS como por el TSJ es adecuada, y ello sobre la base de que no podemos olvidar que, de acuerdo con la concepción social del fenómeno de la discapacidad, la sociedad es la que debe adaptarse al individuo, lo que se ha obviado en este caso al no prever el precepto el impacto negativo que se podía causar al colectivo. No obstante estos pronunciamientos deben tomarse con cautela, debido a que como ya se ha apuntado la falta de concreción de los criterios interpretativos, puede desembocar en la existencia de resoluciones contradictorias, por lo que tendremos que aguardar el pronunciamiento que en su día recaiga en el TS, dictado en unificación de doctrina.

Resulta también habitual que el empresario recurra al despido disciplinario ante las faltas de asistencia del trabajador discapacitado, producidas como consecuencia de su enfermedad, *kex* artículo 54.2. a) del ET<sup>80</sup>. Sobre esto versa la STSJ de Cataluña, de 17 de noviembre de 2017<sup>81</sup>, en la que un trabajador con discapacidad diagnosticado con esquizofrenia paranoide resulta ser despedido tras haber causado distintos procesos de IT. Para la Sala catalana, la condición de discapacitado del trabajador, conocida por la empresa, unida al breve lapso de tiempo transcurrido entre la IT y la comunicación del despido, son indicios suficientes que trasladan la carga probatoria a la recurrente<sup>82</sup>. Y no habiendo justificado su actuación califica nulo el despido. Un supuesto similar se plantea en la SJS nº 2 de León, de 16 de marzo de 2018<sup>83</sup>, la cual gira en torno al despido disciplinario de un trabajador discapacitado por faltas repetidas e injustificadas

---

<sup>79</sup> STSJ Castilla La Mancha de 10 de abril de 2019 (rec. 664/2018), FD 41º.

<sup>80</sup> Conforme al citado artículo, se considera incumplimiento contractual a los efectos de la extinción del contrato de trabajo “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”.

<sup>81</sup> Rec. 5110/2017.

<sup>82</sup> En particular dispone la referida sentencia: “Dada la cualidad conocida de minusválido del trabajador, y la cercanía inusitada entre el inicio de la incapacidad temporal, por ingreso hospitalario psiquiátrico del trabajador, y la decisión extintiva, con lo que, indiscutida la calificación de improcedencia, sólo podría impedir la calificación de nulidad radical la acreditación de que la empresa ha actuado de forma objetiva, razonable y proporcionada, eliminando toda sospecha de intencionalidad lesiva de derechos fundamentales del Trabajador”.

<sup>83</sup> Rec. 931/2017.

de asistencia al trabajo. El juzgado declara nulo el despido por entender que éste se fundamenta en la propia condición de discapacitado del trabajador, constituyendo una clara represalia por haber impugnado un despido anterior, que también había sido calificado de nulo.

#### **4.3 Nuevas formas de discriminación: La discriminación por asociación o derivada**

La constante evolución del fenómeno de la discapacidad ha derivado en la necesidad de articular un sistema de tutela antidiscriminatoria que amplíe el campo de protección del colectivo a que venimos dedicando nuestro trabajo. En este sentido, por medio de la construcción jurídica de la “discriminación por asociación” se pretende flexibilizar la interpretación de la Directiva 2000/78, extendiendo sus efectos no solamente a aquellos que se encuentren en una situación de discapacidad, sino también a las personas que —por su especial vinculación con éstos— sufran también la discriminación en el ámbito del empleo. Esta nueva vía de protección se consolida a nivel europeo por medio de la STJUE de 17 de julio de 2008, asunto *Coleman*<sup>84</sup>. La señora Coleman trabajaba como secretaria para un despacho de abogados desde el año 2001. En el año 2002, tiene un hijo que padece crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas, por lo cual requiere de una atención específica y especializada, que viene cubriendo la actora. Tres años después, la demandante acepta dimitir de su puesto de trabajo por exceso de plantilla, tras lo cual interpone demanda contra la empresa por considerando que había sido objeto de un tratamiento desfavorable derivado de la situación de discapacidad de su hijo.

Más concretamente, fundamenta la existencia de tratamiento discriminatorio en el hecho de que, tras la reincorporación de la actora después de la baja por maternidad, el empresario se opone a que ocupe el mismo puesto de trabajo que venía desempeñando, así como al disfrute de diversas medidas de conciliación familiar, tales como la flexibilidad horaria o la reducción de la jornada de trabajo, las cuales sí se facilitaron a otros trabajadores con hijos sin discapacidad. Conviene destacar que el Derecho británico únicamente ampara a las personas que se encuentren en una situación

---

<sup>84</sup> Asunto C-303/06.

de discapacidad, de ahí que el tribunal decida plantear cuestión prejudicial<sup>85</sup>, a fin de que aclare si la Directiva 2000/78 restringe el ámbito de protección únicamente a las personas discapacitadas, o si por el contrario puede extenderse la tutela antidiscriminatoria a los trabajadores que, aun no padeciendo una discapacidad, sufren un trato discriminatorio a consecuencia de la misma.

Considera el TJUE considera que la Directiva ha sido concebida con el fin de combatir todas las situaciones de discriminación por razón de discapacidad, de modo que el principio de igualdad de trato consagrado debe interpretarse en sentido amplio, amparando no solamente la discriminación que sufre directamente la persona discapacitada, sino que también abarca todas aquellas situaciones en la que tenga lugar una discriminación por cualquiera de las causas prohibidas por Ley. O dicho con sus palabras, “el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad, no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad”.

Esta doctrina ha sido acogida por algunos tribunales españoles, de lo que da cuenta la STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011<sup>86</sup>, que ha concluido la existencia de discriminación por asociación contra una trabajadora despedida tras la solicitud y concesión de una ayuda prevista en el convenio colectivo para su cónyuge discapacitado. En este mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 9 de septiembre de 2017<sup>87</sup>, considera discriminatoria la no recolocación de una trabajadora afectada por un despido colectivo, en tanto la misma tenía prioridad de permanencia por tener un hijo afectado por una discapacidad del 40%. El empresario no acreditó el

---

<sup>85</sup> Respecto al contenido concreto de la cuestión planteada “¿protege la Directiva [2000/78/CE] sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso? En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?”.

<sup>86</sup> Rec. 515/2011.

<sup>87</sup> Rec. 108/2017.

cumplimiento de su obligación derivada de los pactos en el periodo de consultas, operando por tanto el principio de inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a demostrar la razonabilidad de su proceder.

## **V. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE ENFERMEDAD**

### **5.1 La tutela extensiva de la Directiva 2000/78 a los supuestos de enfermedad: el concepto europeo de discapacidad**

#### *5.1.1. Evolución de la jurisprudencia del TJUE*

La posibilidad de que un trabajador enfermo goce del mismo nivel de protección que otro con discapacidad, especialmente en materia de despido, con las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad, ha sido objeto de un profundo debate tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. La interpretación del TJUE se ha ido flexibilizando a lo largo de los años, de modo que —aunque inicialmente mantenía una postura rígida y no proclive a la equiparación entre enfermedad y discapacidad— ha tenido lugar una progresiva ampliación del concepto de discapacidad, lo cual ha permitido la extensión de la tutela antidiscriminatoria a muchos trabajadores que con anterioridad se encontraban desamparados.

Debemos considerar, como punto de partida, la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto *Chacón Navas*<sup>88</sup>, que, respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el JS nº 33 de Madrid, valora la posibilidad de llevar a cabo una interpretación flexible de la Directiva 2000/78 y, con ella, del propio concepto de discapacidad, a fin de extender su ámbito de protección a los trabajadores enfermos. La cuestión prejudicial trae causa de la demanda interpuesta por la Sra. Chacón por haber sido despedida tras una baja de 8 meses por enfermedad. El juzgador español plantea si es posible interpretar que la enfermedad padecida por la actora se encuentra incluida en el concepto europeo de discapacidad, para poder considerarse aplicable la Directiva europea. Asimismo, y de forma subsidiaria, estima necesario dilucidar si cabe

---

<sup>88</sup> Asunto C-13/05.

considerar la enfermedad como un motivo de discriminación independiente amparado por la misma Directiva.

El TJUE estima que una persona que ha sido despedida a causa de su enfermedad no está incluida en ámbito de protección de la Directiva, aclarando que la enfermedad y la discapacidad son fenómenos distintos. Por eso, excluye la equiparación pura y simple de ambos conceptos. Asimismo, precisa que para que una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas pueda adquirir la condición de discapacidad, debe tener una duración prolongada en el tiempo. Todo lo cual permite concluir que, si bien es cierto que mantiene una posición inflexible en cuanto a la extensión de la protección ofrecida por la Directiva a los supuestos de enfermedad, la referencia a la duración sienta las bases para una eventual ampliación conceptual en el futuro.

Una vez analizada esta primera cuestión el tribunal entra a valorar la posibilidad de que la enfermedad constituya una causa de discriminación independiente. Y su respuesta es también negativa, sobre la base de que ninguna disposición del tratado CE contempla la prohibición de discriminación por razón de enfermedad. Así pues, no es posible llevar a cabo una ampliación por analogía de los motivos de discriminación prohibidos, quedando el ámbito protector circunscrito exclusivamente a las causas expresamente enumeradas en el artículo primero de la Directiva; esto es, “por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual”.

El TJUE perfila el concepto de discapacidad en su Sentencia de 11 de abril de 2013, asunto *Ring*<sup>89</sup>, a propósito del despido de dos trabajadoras danesas por faltas de asistencia al trabajo<sup>90</sup>, derivadas de las dolencias que padecen. En esencia, el tribunal

---

<sup>89</sup> Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

<sup>90</sup> La normativa estatal danesa establece lo siguiente: “podrá estipularse por escrito en el contrato de trabajo que el trabajador podrá ser despedido con un mes de preaviso, con efectos al término del mes siguiente al de la fecha de preaviso, si el trabajador hubiera percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de cualquier período de doce meses consecutivos. La validez del preaviso requiere que éste se haya comunicado inmediatamente al cumplirse los 120 días de baja por enfermedad y que el trabajador aún se encuentre en esa situación, pero no afectará a su validez el hecho de que el trabajador vuelva a trabajar después de recibir el preaviso de despido”.

nacional plantea si dentro del concepto de discapacidad cabe incluir a una persona que —por padecer una serie de dolencias— no puede desempeñar su trabajo, o únicamente de forma limitada, cuando la misma tenga una duración prolongada en el tiempo. Al respecto, el TJUE afirma que se debe considerar como discapacidad la “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”, cuando dichas limitaciones sean a largo plazo.

Por otra parte, se admite la posibilidad de encuadrar en el concepto de discapacidad una limitación de la capacidad para el trabajo parcial, dado que «una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional», ya que de lo contrario la Directiva no alcanzaría su objetivo primordial, que no es otro que garantizar el acceso al empleo de las personas con discapacidad. Así pues, el factor decisivo para que la situación del trabajador pueda calificarse como discapacidad es que suponga un obstáculo para el ejercicio de la actividad profesional. La doctrina *Ring* pone el foco de atención en la duración de la enfermedad padecida por el trabajador, si bien no se expone ningún tipo de criterio interpretativo que permita concretar tal extremo. Será por tanto el juzgador interno el que debe asumir la ardua tarea de constatar si el trabajador padece una limitación de carácter prolongado o indefinido en el tiempo.

En la Sentencia de 1 de diciembre de 2016, asunto *Daouidi*<sup>91</sup>, el TJUE articula una serie de indicios que orientan al juzgador a verificar si una determinada dolencia tiene carácter duradero a efectos de incluirse en el concepto de discapacidad. Dicho procedimiento trae causa de la demanda interpuesta por el señor *Daouidi* tras ser despedido mientras se encontraba incurso en un proceso de IT derivado de un accidente de trabajo. Durante el periodo de baja laboral— el cual se prolongó durante 10 meses— el trabajador tuvo que ser escayolado y posteriormente requirió una intervención quirúrgica. Con carácter preliminar, el hecho de que el trabajador se halle en una situación de incapacidad temporal no excluye para el TJUE que la limitación de su

---

<sup>91</sup> Asunto C-395/15.



capacidad pueda considerarse como duradera. A continuación, procede a concretar los indicios, entre ellos 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 bien que “dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Asimismo, añade que es el tribunal remitente el que, a fin de valorar la durabilidad de la dolencia, debe servirse de todos los datos objetivos de los que disponga, y en particular de los documentos y certificados que reflejen el estado de salud del individuo.

De la doctrina señalada se desprende, por tanto, que ha tenido lugar una progresiva flexibilización del concepto de discapacidad. A mi juicio, y atendiendo a la definición funcional y social de la discapacidad, se trata de una ampliación del concepto que deja atrás la configuración clásica de la discapacidad, como limitación permanente e irreversible, extendiéndose a aquellas enfermedades que, sin perjuicio de su carácter temporal y curable, tienen una proyección a largo plazo que repercute negativamente en el desarrollo personal del trabajador. En definitiva, con carácter general la enorme evolución de la jurisprudencia comunitaria merece una valoración positiva, si bien no conviene olvidar que los criterios facilitados por el TJUE son genéricos y se alude a múltiples conceptos jurídicos indeterminados por lo que “la disparidad de criterios puede llegar a ser notable, lo que, podría dificultar una unificación de doctrina y, en definitiva, redundar negativamente en la seguridad jurídica”<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I., “Caso Daouidi (TJUE): incapacidad temporal, despido y discriminación”, cit., fecha de última consulta (14/01/20).

### 5.1.2 Su recepción por los tribunales españoles

Respecto a la asunción de la doctrina del TJUE, tras su respuesta en el asunto *Chacón Navas*, el JS nº 33 de Madrid<sup>93</sup> resuelve declarando la improcedencia del despido. El juzgado madrileño —partiendo de la necesaria distinción entre enfermedad y discapacidad— considera que si bien la actora ha demostrado el padecimiento de una dolencia física, no ha conseguido acreditar “la probabilidad cierta de que sus limitaciones se iban a prolongar en el tiempo” y por tanto no se ha desplazado al empresario la carga de probar la razonabilidad de su actuación. Existe, en definitiva, una continuidad de la línea jurisprudencial marcada por el TS. No obstante lo anterior, es cierto que a raíz de los últimos pronunciamientos del TJUE, especialmente tras el asunto *Daoudidi*, ha tenido lugar una cierta flexibilización de esta postura, abriéndose la puerta a la posibilidad de considerar la nulidad del despido de un trabajador enfermo. Sin embargo, los tribunales españoles no han asumido la doctrina del TJUE de forma unívoca, lo que ha derivado en pronunciamientos judiciales dispares en cuanto a la calificación judicial del despido.

Gran parte de la jurisprudencia se muestra reticente a considerar la nulidad de un despido por enfermedad, incluido el TS, que —si bien en su STS de 3 de mayo de 2016<sup>94</sup>— entra a valorar la posible incidencia de la doctrina de la Unión al caso concreto, acaba por confirmar la postura clásica sobre la improcedencia del despido. En la referida sentencia, la Sala de lo Social considera que, debido a la escasa duración de la IT cuando la trabajadora es despedida (apenas 10 días) no nos encontramos ante una dolencia de carácter duradero en el tiempo; y por tanto, no puede considerarse que la actora padece una discapacidad, o una enfermedad derivada de la misma. En esta misma línea, la STSJ de Castilla y León de 30 de noviembre de 2017<sup>95</sup> declara la improcedencia del despido de una trabajadora, debido a la reducida duración de la baja laboral, no habiéndose agotado el periodo máximo de duración de la IT. A ello se añade la ausencia de ánimo discriminatorio por parte de la empresa, al no tener ésta conocimiento real de la entidad y trascendencia de la enfermedad, que “desconocía,

---

<sup>93</sup> SJS nº 33 Madrid, de 16 de octubre de 2006 (rec. 641/2004).

<sup>94</sup> Rec. 3348/2014.

<sup>95</sup> Rec. 1828/2017.

datos, en definitiva, que no parecían indicar ni la persistencia en el tiempo de la dolencia ni menos aún el carácter incapacitante definitivo de la misma”.

Por su parte, la STS de 15 de marzo de 2018<sup>96</sup> consagra la duración de la IT como uno de los principales factores para valorar si una enfermedad presenta un carácter duradero. Asimismo, proporciona un nuevo criterio, cual es la existencia de resolución relativa a la duración en el futuro de la dolencia. En particular, argumenta la Sala que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que 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 en las resoluciones a las que se ha hecho mérito”. Poco después, la STSJ Cataluña, de 14 de enero de 2019,<sup>97</sup> haciendo especial hincapié precisamente en la recién citada resolución del TS, entiende que no es aplicable la doctrina del TJUE teniendo en cuenta, además de la no superación del periodo de máximo de duración de la IT, la inexistencia de una resolución que confirme la situación duradera de futuro<sup>98</sup>, “pues sólo existían partes de confirmación de IT con meras predicciones de futuro, siempre sometidas a la evolución de su dolencia”.

La adopción por el empresario de ajustes razonables se configura también como uno de los parámetros esenciales que debe valorar el juzgador, de modo que cuando el empresario haya adoptado las medidas de ajuste necesarias para garantizar el mantenimiento del trabajador en el puesto de trabajo, la decisión empresarial no puede ser calificada como discriminatoria, y por tanto, de nula. Sobre este extremo, cabe destacar la STS de 22 de febrero de 2016<sup>99</sup>, donde se niega la concurrencia de discriminación por razón de discapacidad cuando la empresa ha llevado a cabo diversas medidas de adaptación del trabajo a su enfermedad. Esta sentencia trae causa de la

---

<sup>96</sup> Rec. 2766/2016.

<sup>97</sup> Rec. 5527/2018.

<sup>98</sup> En este mismo sentido, se pronuncia la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de marzo de 2019 (rec. 2624/2018).

<sup>99</sup> Rec. 160/2016.

demanda interpuesta por una trabajadora a la que —tras sufrir un atraco con arma de fuego— se le diagnostica estrés postraumático, por lo cual sufre diversos procesos de IT, hasta que finalmente es despedida por ineptitud sobrevenida. El TS considera que la situación de la trabajadora puede ser calificada como discapacidad y, por lo tanto, le son de aplicación todas las garantías que la Directiva prevé, entre ellas la adopción de ajustes razonables. No obstante, y dado 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”, la decisión empresarial no se considera aquí discriminatoria.

En definitiva, una interpretación a *sensu contrario* permite concluir que cuando el empleador no haya adoptado las medidas pertinentes de adaptación del puesto de trabajo, la decisión extintiva merece la consideración de nula<sup>100</sup>. Por tanto son dos las variables que deben concurrir en la ecuación discriminación: 1) padecer una discapacidad, en sentido amplio; y 2) la ausencia o insuficiencia de las medidas de ajuste.

Pese a que se desprende una cierta predisposición por parte de los tribunales a considerar la improcedencia de la decisión extintiva, existe otra línea jurisprudencial más proclive a declarar nulidad del despido con arreglo al más moderno concepto de discapacidad. Si bien es cierto que con relativa frecuencia las resoluciones dictadas por los órganos inferiores son revocadas en las instancias superiores. Buena muestra de ello lo vemos en el supuesto de hecho iniciado por la SJS nº 33 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2016<sup>101</sup>, que, tras el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE (asunto *Dauodidi*), resuelve el litigio declarando la nulidad del despido, por entender que el trabajador ha sido objeto de un trato discriminatorio por razón de discapacidad. El juzgador considera que la patología padecida por el trabajador puede ser catalogada como de larga duración, y ello, por entender que del resultado de la primera resonancia realizada se desprende que las lesiones del actor “hacían impensable una

---

<sup>100</sup> En este sentido, véase la STSJ Canarias (Las Palmas) de 20 mayo de 2019 (rec.156/2019).

<sup>101</sup> Rec. 1219/2014.

reincorporación a corto plazo, en especial la rotura del ligamento”<sup>102</sup>. Esta circunstancia, unida a la duración de la IT que se prolongó hasta casi 10 meses, supone, a juicio del juez de instancia que la limitación no "presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo", y por tanto la situación del recurrente debe considerarse como discapacidad.

Sin embargo, la sentencia termina siendo revocada en suplicación por la STSJ Cataluña de 12 de junio de 2017<sup>103</sup>, que califica el despido del trabajador de improcedente. línea argumental sobre la que descansa el fallo es el momento temporal en el que se debe valorar el estado de salud del trabajador, pues entiende el tribunal que resulta irrelevante la duración total de la IT, visto que, cuando tiene lugar el despido, solamente ha transcurrido un mes y medio desde el accidente, y tal y como había sentado el TJUE debe tenerse en cuenta el estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio.

Más tarde, otra STSJ Cataluña de 20 de mayo de 2019<sup>104</sup>, califica también como nulo el despido de una trabajadora que sufría un trastorno de ansiedad y depresión. En el asunto objeto de litigio se concluye que la trabajadora fue discriminada en razón a su discapacidad, debido a que ya había sufrido con anterioridad diversos procesos de IT de duración larga y media, siendo la misma despedida mientras estaba incurso en una nueva baja con pronóstico de larga duración, extremo que era conocido por el empresario. Se entiende acreditado, por tanto, el carácter duradero de la enfermedad.

Por su parte, la SJS nº 1 de Mataró, de 20 de noviembre de 2017<sup>105</sup> lleva a cabo una interpretación que resulta, cuando menos, discutible.. El juzgador declara nulo el despido disciplinario de un trabajador que ha sufrido diversas crisis epilépticas, que han derivado en varios procesos de IT de corta y media duración. Si bien los procesos de IT sí tienen una duración bien delimitada (16 y 38 días), el hecho de que el empresario fuera conocedor de la enfermedad del actor, sufriendo 4 crisis en los últimos meses,

---

<sup>102</sup> FD. 38°.

<sup>103</sup> Rec. 2310/2017.

<sup>104</sup> Rec. 446/2019.

<sup>105</sup> Rec. 367/2017.

precisando incluso de tratamiento médico, son indicios suficientes que permiten considerar que se trata de una dolencia de naturaleza duradera.

No está de más señalar la existencia de cierta doctrina crítica con este fallo<sup>106</sup>, por considerar que el último periodo de baja del trabajador (38 días) sí que está bien delimitado en el tiempo y por tanto no cabe encuadrar la situación del trabajador en el concepto de discapacidad. Claro que esta postura también puede discutirse, con arreglo a la propia jurisprudencia del TJUE (asunto *Daoudidi*), que, dentro del sistema de indicios que configura, no solo contempla el criterio que atiende a la falta de delimitación a corto plazo de la duración de la dolencia, sino que alternativamente también se debe considerar si dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Por eso mismo, y atendiendo a la propia naturaleza de la enfermedad padecida por el trabajador, una epilepsia en tratamiento que ha derivado en cuatro crisis en un corto periodo de tiempo, permite aventurar la posibilidad de que la enfermedad se mantenga durante un largo periodo de tiempo.

Como puede observarse, tras la jurisprudencia antes comentada del TJUE se desdibuja de algún modo la línea divisoria entre enfermedad y discapacidad. Y muestra de ello es que cada vez se reconocen como discapacidad más enfermedades atendiendo a sus características o especial gravedad. En este sentido, podemos citar la SJS de Cuenca de 29 de mayo de 2018<sup>107</sup>, donde se califica nulo el despido de una trabajadora atendiendo al riesgo de recaer en el cáncer de mama que había padecido en el pasado. La importancia de esta resolución radica en que —a diferencia de las anteriores resoluciones— para determinar si la actora ostenta o no la condición de discapacitada no se tiene tanto en cuenta su estado de salud actual, como la probabilidad de que sufra en el futuro nuevos procesos de IT atendiendo a su historial médico. De alguna forma, se produce una ruptura con los criterios interpretativos que parecían sentarse por nuestros tribunales; entre ellos, la duración de la IT y que el trabajador continúe de baja en el

---

<sup>106</sup> En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I., “Extinción injustificada durante incapacidad temporal: 3 nuevos casos de nulidad (‘ex’ Daouidi) y 4 de improcedencia”, Blog Cit., accesible en <https://ignasibeltran.com/2017/12/27/extincion-injustificada-durante-incapacidad-temporal-3-nuevos-caso-s-de-nulidad-ex-daouidi-y-4-de-improcedencia/> (fecha de última consulta 10/01/20).

<sup>107</sup> Rec. 298/2018.

momento del despido. Considera el juzgador que la dolencia de la trabajadora le supone una limitación para el ejercicio de la profesión en igualdad de condiciones que los restantes trabajadores, y por lo tanto resulta aplicable la jurisprudencia europea “ pues la misma obliga a los destinatarios de la aplicación de las respectivas normas estatales laborales a allanar las posibles dificultades empresariales que impidan o limiten la participación plena y efectiva de la persona con limitaciones (no imposibilidades) físicas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Asimismo, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019<sup>108</sup>, declara la nulidad del despido disciplinario de una trabajadora mientras se encuentra en situación de IT por padecer cáncer de útero. La Sala cántabra argumenta que, dado el impacto negativo que normalmente tiene el cáncer en la vida del individuo —sobre todo, su tratamiento que habitualmente conlleva cirugía, radiación o quimioterapia— se puede concluir que la dolencia de la trabajadora es de carácter duradero y que impedirá su participación plena y efectiva de en la actividad profesional.

De la jurisprudencia analizada se desprende que el factor principal a fin de calificar como discapacidad la situación del trabajador es la duración de la IT. Ahora bien, aunque es cierto que puede configurarse como un importante indicio de la durabilidad de la enfermedad, no conviene, a mi juicio, considerar este criterio en exclusiva, sino que debe ser integrado o complementado por otros, y ello sobre la base de que no conviene olvidar su marcado carácter subjetivo, quedando condicionado a la valoración personal de cada juzgador. Además, la existencia de una resolución sobre la duración de la enfermedad en el futuro, se erige como el otro pilar fundamental que debe ser valorado por el juzgador. Debido a la inconcreción del término resolución, algún autor ha planteado si con dicho término se hace referencia a la existencia de una resolución administrativa de incapacidad, con el consecuente abandono del concepto funcional de discapacidad, retornándose a los orígenes del modelo médico<sup>109</sup>. De las citadas resoluciones parece deducirse que en el término resolución cabe englobar la documentación médica de cualquier tipo que permita presumir que el trabajador no se recuperará a corto plazo.

---

<sup>108</sup> Rec. 833/2018.

<sup>109</sup> OLMOS PARÉS, I., “El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm 217 (2019).

A la luz de cuanto acaba de exponerse, podemos afirmar que los tribunales españoles parecen haberse decantado por una interpretación restrictiva de las bases sentadas por la doctrina comunitaria. De ahí la conveniencia de la valoración de otros aspectos más allá de la mera extensión temporal, tales como los antecedentes médicos del individuo, la existencia con anterioridad de bajas por IT causadas por la misma enfermedad, así como el carácter crónico de la enfermedad, en la medida en la que los síntomas suelen repetirse de forma cíclica dando lugar a periodos de baja intermitentes. En este sentido, resulta irrelevante el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de alta médica cuando es despedido.

En conclusión, la jurisprudencia del TJUE ha supuesto el nacimiento de un nuevo concepto de discapacidad, dejando atrás aquella concepción en virtud de la cual el individuo debía padecer una limitación de carácter permanente e irreversible, inevitablemente ligada a la resolución administrativa que la reconociera como tal. Ahora, tal y como ha ido perfilando dicho Tribunal, nos encontramos ante un concepto de discapacidad flexible<sup>110</sup>, el cual ha permitido dar amparo a aquellos trabajadores que, aun no teniendo un grado de discapacidad reconocido formalmente, presentan determinadas dolencias que atendiendo a sus especiales características o duración, son merecedoras de la tutela antidiscriminatoria reforzada por razón de discapacidad. A mayor abundamiento, algún autor destaca que esta doctrina jurisprudencial no persigue la asimilación de ambos conceptos, sino que su objetivo es que “el tratamiento del estado de salud sea considerado como causa discriminatoria y que sea asimilable a los supuestos de especial protección por derechos fundamentales como en el caso de la discapacidad.<sup>111</sup> Este planteamiento choca frontalmente con la reciente STC 118/2019, de 16 de octubre,<sup>112</sup> que resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 52. d) del ET, estima que el despido del trabajador por faltas de asistencia

---

<sup>110</sup> En este sentido VÉASE GARCÍA SABATER, A., *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular el empleo protegido*, Aranzadi (2018, Pamplona), cit. pp. 87 y 88.

<sup>111</sup> Ibidem.

<sup>112</sup> Rec. 2960/2019.



justificadas no vulnera el derecho a la salud ni el derecho a la integridad física, haciendo primar el derecho a la libertad de empresa sobre los mismos<sup>113</sup>.

## **5.2 La enfermedad como factor independiente de discriminación : La aplicación extensiva del artículo 14 de la Constitución Española**

La posibilidad de considerar que la enfermedad se encuentra inserta en el inciso final del artículo 14 de la CE, relativo a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, encuentra su fundamento en el hecho de que el listado de motivos o causas de discriminación prohibidas no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo. No obstante es cierto que el legislador ha querido dar preponderancia a determinados factores relativos a “la pertenencia a grupos social e históricamente victimizados por diferencias de trato desfavorables”, esto es por nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. A diferencia de la discapacidad que sí ha sido considerada expresamente por el TC como una causa de discriminación prohibida, *ex* artículo 14, no ha ocurrido lo mismo con la enfermedad, y lo cierto es que la postura de los tribunales españoles parece haberse mantenido inamovible a lo largo de los años, manteniendo que la enfermedad considerada en sí misma, y sin mayores especificaciones, no puede considerarse como un motivo de discriminación prohibido. Recordemos que esta cuestión fue abordada ya por TJUE, en el asunto *Chacón Navas*, negando categóricamente que la enfermedad se trate de un factor de discriminación prohibido, en tanto ningún tratado ni la Directiva amparan tal posibilidad.

---

<sup>113</sup> En relación a esta cuestión véase el Voto Particular formulado por la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón, frente a la citada cuestión de inconstitucionalidad, en el cual defiende que sí se vulnera el derecho a la salud y que la libertad de empresa o la defensa de la productividad no pueden ser antepuestas al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores “ni a un valor tan esencial como es la protección de la salud humana”.

La STS de 29 de enero de 2001<sup>114</sup>, ya abordó esta cuestión y fue contundente al declarar 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 en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”. Es más, esta misma doctrina fue confirmada por la STC 62/2008, de 26 de mayo,<sup>115</sup> en virtud de la cual “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales”. En particular, esto ocurre “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación<sup>116</sup> basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”<sup>117</sup>.

Pese a que la tónica general consiste en excluir la posibilidad de enmarcar la enfermedad dentro del catálogo de causas de discriminación que nuestra CE prohíbe, ciertos pronunciamientos judiciales que se inclinan en esta dirección. Es el caso, por ejemplo, de la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de enero de 2011<sup>118</sup>, que —revocando el pronunciamiento del juzgador de instancia— declara nulo el despido de un trabajador que padecía cáncer. Con carácter previo, y atendiendo a la doctrina sentada por el TC, aclara el tribunal que lo relevante a efectos de incardinar la enfermedad en el artículo 14 de la CE, es que el trabajador sea despedido por padecer la enfermedad en sí misma considerada, y no por el hecho de que esa enfermedad merme la capacidad para el trabajo del individuo. Bajo esta premisa, se considera que en el

---

<sup>114</sup> Rec. 1566/2000, FD 2º.

<sup>115</sup> Rec. 3912/2005.

<sup>116</sup> Se ha estimado la concurrencia de tal elemento de segregación cuando el trabajador padece determinadas enfermedades, tales como el VIH. La STEDH de 3 de octubre de 2013 considera discriminatorio, por contravenir el artículo 14 del CEDH, el despido de un trabajador seropositivo.

<sup>117</sup> Para algunos autores esto supone que queda abierta una vía de escape para la protección del trabajador enfermo. En este sentido, véase CARRIZOSA PRIETO, E., “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1 (2016), pp. 19 y 20.

<sup>118</sup> Rec. 204/2010.

litigio objeto del procedimiento se ha discriminado al trabajador simplemente por el mero hecho de estar enfermo, y no por la afectación de su capacidad para el trabajador, y ello sobre la base de que “la empresa se ha limitado a constatar que el trabajador se ha enfermado en varias ocasiones, con una duración cada vez mayor de las bajas”. Todo lo cual supone que se deje de lado “la consideración del trabajador como persona, como ser humano, y se le da el tratamiento de una cosa, como si de una máquina se tratase, que hay que sustituir porque no funciona con la regularidad que debe observar”. Por otra parte la sentencia pone de manifiesto las carencias que presenta el artículo 52 d del ET ya analizado, en la medida en la que no se da cobertura a “a un despido por el hecho de estar enfermo, o de tener una enfermedad que socialmente se considere un estigma”

119

De nuevo la STSJ de Canarias (S/C Tenerife) de 20 de diciembre de 2017,<sup>120</sup> declara la nulidad de la resolución de un contrato en periodo de prueba de un trabajador que padece estrabismo en su ojo izquierdo. Descarta la Sala tinerfeña que la dolencia del trabajador pueda ser entendida como discapacidad, en los términos perfilados por el TJUE<sup>121</sup>, toda vez que no le supone limitación alguna para el desempeño habitual de sus labores. No obstante, sí estima que el estrabismo del trabajador podría ser considerado como una condición personal amparada por la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE. Esta argumentación se sustenta en el hecho de que el estrabismo en cuestión no le supone ninguna limitación que afecte al adecuado desarrollo de su trabajo; de hecho, goza de una buena agudeza visual. Sin embargo, se excluye con carácter general el estrabismo en las bases de la convocatoria del proceso selectivo para el puesto de trabajo, sin valorar la efectiva incidencia que pueda tener en el desarrollo del puesto de trabajo, más allá de la mera repercusión estética, y, por ello, “no puede considerarse objetivamente justificada, pues implica una segregación por el mero hecho

---

<sup>119</sup> Rec. 204/2010, FD 2º.

<sup>120</sup> Rec. 501/2017.

<sup>121</sup> Haciendo hincapié en la idea de que ha tenido lugar una transición hacia un nuevo concepto de discapacidad, conviene resaltar que en esta sentencia el TSJ de Canarias recalca que la interpretación de la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la posibilidad de que la enfermedad sea considerada como discapacidad, no supone la creación de un nuevo concepto, como es la enfermedad asimilada a la discapacidad, sino que se trata de un nuevo concepto de discapacidad que engloba aquellas enfermedades que reúnan los requisitos exigidos.

de presentar la enfermedad con abstracción de su real incidencia sobre el desempeño del puesto de trabajo”<sup>122</sup>.

Por otra parte, resulta ilustrativa la STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2014<sup>123</sup>, que, ahondando en doctrina anterior, declara nulo por discriminatorio el despido objetivo de una trabajadora por faltas de asistencia. Destaca la Sala que tras la reforma del año 1994, “se ha ido abriendo paso una práctica cada vez más frecuente en el ámbito laboral que consiste en despedir al trabajador por el hecho de estar enfermo”. Y añade que en el caso concreto no se pone en relación la enfermedad con la aptitud para desarrollar la prestación.

En definitiva, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 de la CE constituye otro mecanismo de protección del trabajador enfermo, que permite dar cobertura a aquellas situaciones que no encajan en el concepto de discapacidad analizado. No obstante, se trata de una vía que no es empleada de forma generalizada por los tribunales, y en mi opinión atender exclusivamente al hecho si el empresario ha tenido en cuenta o no la incidencia de la enfermedad en el trabajo, supone una cierta cosificación del trabajador en la medida en que es tratado en estrictos términos de productividad.

---

<sup>122</sup> FD 40º.

<sup>123</sup> Rec. 3917/2013.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Las personas con discapacidad gozan de un sólido marco jurídico protector, tanto a nivel europeo como nacional. Un recorrido por la normativa existente a lo largo de la historia, refleja el progresivo aumento de la sensibilidad y concienciación de la sociedad frente a un colectivo que ha sido históricamente discriminado, y que cuenta con mayores dificultades para el acceso al mercado laboral. Precisamente, es la Directiva 2000/78/CE la que pone el foco sobre esta circunstancia, sentando las bases para garantizar el acceso y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Bajo esta premisa, se ha analizado la protección contra la discriminación por razón de discapacidad desde una vertiente positiva y desde una vertiente negativa.

Desde una perspectiva positiva, más allá de la prohibición de tratamiento discriminatorio, encontramos que una de las principales medidas de acción positiva consiste en la adopción de medidas de ajustes razonables del puesto de trabajo por parte de los empresarios, hasta el punto de poder afirmar que constituye un derecho independiente para los trabajadores discapacitados, cuya efectividad pueden reclamar ante los tribunales laborales. En definitiva, se configura un concepto amplio de medidas de ajustes razonables de los puestos de trabajo, que da cabida a cualquier tipo de medida, y que impone como único límite que la medida en cuestión no suponga una carga excesiva; cosa, por cierto, que se traduce fundamentalmente en la consideración de variables de carácter económico.

Respecto a la vertiente negativa de protección, es bien sabido que el acto discriminatorio puede revestir múltiples formas, afectando tanto al acceso como a la conservación del empleo. De ahí que la tutela del derecho fundamental que está en juego —la igualdad— se extienda incluso —y esto constituye una importante novedad—, a aquellas personas que aun no teniendo la condición de «personas con discapacidad» son tratadas de forma desigual o discriminatoria por su vinculación (familiar, afectiva, etc.) con éstas.

Pese a que la prohibición de discriminación por discapacidad se encuentra completamente blindada, existe una problemática específica en torno a la aplicación del artículo 52d) del ET. Tras la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Ruiz Conejero*, los tribunales españoles han declarado que dicho precepto encubre una forma de discriminación indirecta, dado que no se ha tenido en cuenta las especiales necesidades del colectivo de personas con discapacidad. De ahí que resulte imprescindible una reforma del mencionado art. 52.2.d) del ET, que excluya del cómputo las faltas de asistencia vinculadas a la situación de discapacidad del trabajador.

**SEGUNDA.-** El análisis de la LGPD, así como de los recientes pronunciamientos del TJUE, permiten constatar cómo se ha ido gestando un nuevo concepto de discapacidad, que asume por completo un nuevo modelo de protección —el llamado «modelo social»—, el cual se caracteriza por poner el foco de atención en todas aquellas barreras ajenas a la persona con discapacidad, que dificulten su plena inserción sociolaboral. La discapacidad ya no puede ser considerada exclusivamente como una alteración de la salud de carácter permanente e irreversible, condicionada al previo reconocimiento administrativo, sino que alcanza a todas aquellas dolencias que supongan un impedimento para la participación plena y efectiva del individuo en la sociedad. En particular, esta flexibilización ha permitido ampliar el campo de protección a los trabajadores enfermos que— pese a no tener reconocido formalmente un grado de discapacidad— cuentan con limitaciones a la hora de desenvolverse en su puesto de trabajo en igualdad de condiciones que sus compañeros.

**TERCERA.-** La acogida por parte de los tribunales españoles de la jurisprudencia del TJUE no ha sido uniforme, y lo cierto es que existen múltiples pronunciamientos judiciales divergentes, respecto a la calificación jurídica que ha de merecer el despido de un trabajador enfermo. El criterio que viene sosteniendo el TS es el que atiende a la duración de la Incapacidad Temporal, si bien parece no existir consenso en instancias inferiores respecto a cuál debe ser la concreta extensión temporal que permite calificar la dolencia como limitación funcional duradera.

Por otra parte, la existencia de una resolución que refleje el carácter duradero de la dolencia resulta ser otro pilar interpretativo básico. Ahora bien, considerar exclusivamente la duración estimada de la Incapacidad Temporal, a la luz de un informe médico, sin considerar otras variables— tales como los antecedentes médicos del individuo o la existencia de bajas anteriores derivadas de la misma dolencia—, supone una interpretación poco flexible de la jurisprudencia europea y que no permite valorar en abstracto si se trata de una enfermedad de carácter prolongado o no.

Existe una tesis jurisprudencial que parece apartarse de las directrices fijadas por el TJUE, en la medida en que avala como criterio interpretativo la mera probabilidad de que el trabajador pueda sufrir nuevos procesos de Incapacidad Temporal en el futuro. A nuestro juicio, esta interpretación choca frontalmente con la doctrina del TJUE en la medida en que debe considerarse el estado de incapacidad del trabajador en el momento de adoptarse la medida eventualmente discriminatoria, y ello atendiendo a una interpretación teleológica de la Directiva europea.

Es cierto que no cabe exigir idéntica respuesta de todos los tribunales ante una problemática que tiene un marcado carácter casuístico. Sin embargo la interpretación divergente de los criterios sentados por el TJUE deriva en una nada deseable ausencia de seguridad jurídica, toda vez que es probable que dos trabajadores que se encuentran en unas circunstancias similares terminen obteniendo una respuesta jurisdiccional distinta. Esta situación podría solventarse con un recurso de casación para la unificación de doctrina, aunque no es en absoluto descartable que esta opción no prospere dado que para este medio de impugnación se exige la identidad sustancial de las resoluciones contrastadas.

**CUARTA.-** La posibilidad de considerar que la enfermedad constituye en sí misma un motivo de discriminación, prohibido por la Ley, se ha descartado rotundamente por nuestros tribunales laborales, visto que se concibe como una vicisitud por la que atraviesa prácticamente cualquier persona a lo largo de su vida. No obstante, la jurisprudencia ha admitido que en determinados supuestos la enfermedad puede considerarse amparada por la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE, en particular cuando exista un elemento de segregación. La condición *sine qua non* para

apreciar la concurrencia de este elemento de segregación, es que la decisión discriminatoria se fundamente exclusivamente en la enfermedad del individuo, sin valorar si ésta afecta a la capacidad del trabajador para desarrollar de manera adecuada sus labores. En este sentido, se ha ido abriendo paso una corriente jurisprudencial, que —si bien puede considerarse como minoritaria— ha supuesto la configuración de otra vía de protección para aquellos trabajadores que padezcan enfermedades que no encajan en el concepto de discapacidad acuñado por el TJUE, y por tanto quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

**QUINTA.-** Pese a que con carácter general la enfermedad no es acreedora de la especial protección que en materia de discriminación ostenta la discapacidad, existen dos nuevas vías que amplían la protección del trabajador enfermo en la relación laboral. Sin embargo, y debido a la falta de unidad de criterio a la hora de interpretar el nuevo concepto de discapacidad, y teniendo en cuenta también la excepcionalidad con que se aplica el artículo 14 de nuestra constitución, cabe dar cuenta del clima de incertidumbre jurídica existente entre nuestros tribunales laborales, que en cierto modo impide al trabajador aquejado de una enfermedad pronosticar cuál será el resultado del proceso judicial que eventualmente decida iniciar.



## BIBLIOGRAFÍA

- CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018.
- CARRIZOSA PRIETO, E., “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2016.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.
- GARCÍA SABATER, A., *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular el empleo protegido*, Aranzadi, (Pamplona, 2018).
- GARCÍA SABATER, A., “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221, 2019.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015.
- OLMOS PARÉS, I., “El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019.
- PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y Cuotas de reserva*, Thomson Reuters, (Pamplona, 2015).
- RODRÍGUEZ SANZ GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Revista Temas Laborales*, núm. 127, 2014.
- RUIZ CASTILLO, M. M. “La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012”. *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.

## Webgrafía

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Caso Daouidi (TJUE): incapacidad temporal, despido y discriminación”, *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales, blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, <https://ignasibeltran.com/2018/01/18/discapacidad-y-despido-por-faltas-de-asistencia-ex-art-52-d-et-posible-discriminacion-pendiente-de-concrecion-caso-tjue-ruiz-conejero/>
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)”, *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales, blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, <https://ignasibeltran.com/2018/01/18/discapacidad-y-despido-por-faltas-de-asistencia-ex-art-52-d-et-posible-discriminacion-pendiente-de-concrecion-caso-tjue-ruiz-conejero/>
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Extinción injustificada durante incapacidad temporal: 3 nuevos casos de nulidad (‘ex’ Daouidi) y 4 de improcedencia”, *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales, blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, <https://ignasibeltran.com/2017/12/27/extincion-injustificada-durante-incapacidad-temporal-3-nuevos-casos-de-nulidad-ex-daouidi-y-4-de-improcedencia/>.
- PÉREZ BUENO, L., *La Configuración jurídica de los ajustes razonables*, en [https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA\\_CONFIGURACION JURIDICA DE LOS AJUSTES RAZONABLES.pdf](https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA_CONFIGURACION JURIDICA DE LOS AJUSTES RAZONABLES.pdf).
- ROJO TORRECILLA, E., “El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la sentencia de 10 de abril de 2019, y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS.”, *El Nuevo y Cambiante Mundo del Trabajo. Una Mirada Abierta y Crítica a las Nuevas Realidades Laborales, blog de derecho del trabajo*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/el-tsj-de-castilla-la-mancha-confirma.html>.