

EL REGIMEN DE LA PROTECCION JURIDICA DEL TRABAJADOR ENFERMO EN ESPAÑA Y SU MEJORA
POR EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca*

Tabla de contenidos

SOBRE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	80
ABOUT MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA.....	81
À PROPOS DE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	82
INTRODUCCIÓN.....	83
1. LA ESCASA PROTECCION DEL TRABAJADOR ENFERMO EN LA EMPRESA	85
2. DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO Y SU CONTRASTE CON DERECHOS FUNDAMENTALES Y NO FUNDAMENTALES	87
3. LA TUTELA DE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN LA DIRECTIVA 2000/78 COMO VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN.....	89
4. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INCAPACIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD	93

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Sevilla, España).

Abstract

As is customary for the Member States of the European Union, the legal regulation of work incapacity and disability in Spain is based on two different pillars: on the one hand, the regulation of the employment contract provides for the non-extinction of the contract if the worker suffers an accident or an occupational or other illness. It is possible to suspend the contract and replace income with economic subsidies from the Social Security. Only if the disability becomes more severe and permanent is the benefit converted to a pension. On the other hand, outside the labour market, public authorities take care of people with disabilities, in accordance with the mandate given to them by the Spanish Constitution.

The protection of sick workers in Spain has received a major boost based on Community case law, linked to Directive 2000/78, the objective of which is to combat discrimination on various grounds, including disability. The improvement comes from the inclusion of certain diseases in this concept. The objective is to prevent the employer from freely disposing of workers suffering from serious, chronic, long-term or unpredictable illness. To this end, the focus is on what is known as “reasonable accommodation”. The study presented here will therefore focus on the protection of sick workers in Spanish labour legislation, with particular emphasis on the loss of the “nullity” character of the dismissal by the worker whose contract is suspended for this reason. Then, the possibility of offering the necessary protection by invoking the fundamental rights recognised by the Spanish Constitution will be analysed. Thirdly, there will be a list of the contributions of Community case law to the debate on the basis of the preliminary questions referred to it, many of which come from Spanish courts. Finally, it will be proposed to reform Spanish legislation on the basis of the consequences of these judicial decisions.

Résumé

Comme il est d'usage dans les États membres de Union européenne, la réglementation juridique de l'incapacité de travail et du handicap en Espagne repose sur deux piliers différents : d'une part, la réglementation du contrat de prévoit la non-extinction du contrat si le travailleur subit un accident ou une maladie, professionnelle ou autre. Il est possible de recourir à la suspension du contrat et à la substitution des revenus salariaux par des subventions économiques accordées par la Sécurité sociale. Ce n'est que si l'incapacité devient plus grave et permanente que la prestation est convertie en pension. D'autre part, et de l'extérieur du marché du travail, les pouvoirs publics s'occupent des personnes handicapées, conformément au mandat qui leur a été confié par la Constitution espagnole.

La protection des travailleurs malades en Espagne a connu une impulsion importante fondée sur la jurisprudence communautaire, liée à la directive 2000/78, dont l'objectif est la lutte contre la discrimination fondée sur divers motifs, dont le handicap. L'amélioration provient de l'inclusion de certaines maladies dans ce concept. L'objectif est d'empêcher l'employeur de se séparer librement de travailleurs souffrant d'une maladie grave, chronique, de longue durée ou imprévisible. À cette fin, l'accent est mis sur ce que l'on appelle les « aménagements raisonnables ». L'étude présentée ici se penchera donc sur la protection des travailleurs malades dans la législation du travail espagnole, avec un accent particulier sur la perte du caractère « nul » du licenciement subi par le travailleur dont le contrat est suspendu pour cette raison. Ensuite, la possibilité d'offrir la protection nécessaire en invoquant les droits fondamentaux reconnus par la Constitution espagnole sera analysée. Troisièmement, il y aura une liste des contributions de la jurisprudence communautaire au débat sur la base des questions préjudicielles qui lui ont été posées, dont un grand nombre proviennent de juridictions espagnoles. Enfin, il sera proposé de réformer la législation espagnole sur la base des conséquences de ces décisions judiciaires.

SOBRE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca es Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Se doctoró en 2004 con una tesis titulada “*Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social (España y la Unión Europea)*”, que recibió el Accésit de los Premios 2005 para tesis doctorales del Consejo Económico y Social de España.

Su investigación se ha dirigido hacia ámbitos muy variados, tanto de Seguridad Social como de Derecho del Trabajo, si bien una línea central la constituye el estudio de la incapacidad laboral del trabajador y sus efectos en el contrato de trabajo. A este tema responden diversos artículos publicados en la Revista *Relaciones Laborales*, como “La gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas” o “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal”, así como, más recientemente, la monografía *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad/discapacidad del trabajador* (Bomarzo, 2017). Últimamente, ha dedicado su atención al despido por ineptitud del trabajador y ha realizado un estudio de Derecho Comparado, ayudado por el Profesor Pierre-Yves Verkindt, sobre la regulación española y la francesa, que se encuentra en prensa en la Revista *Droit Social*.

Además de en nuestra Universidad, ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Ferrara, Lyon, Oxford y Pompeu Fabra de Barcelona. Actualmente, prepara una nueva monografía sobre las pensiones no contributivas, otro de sus temas preferidos de investigación, como puede observarse a partir de una comunicación en las Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo sobre la renta básica en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, que recibió el I Premio Ángel Olavarría Téllez, otorgado por la Fundación de Cultura Andaluza.

Durante su estancia en la Universidad La Sorbona París 1 en septiembre-octubre 2018, impartió docencia en diversas titulaciones y pronunció una conferencia, invitado por la Facultad de Derecho, sobre “El régimen de la ineptitud médica en España”, que sirve de base para el artículo que publica en nuestra Revista.

Giuliana Marino

Miembro del comité de lectura de la revista
Becario doctoral en la Facultad de Derecho de la Sorbona

ABOUT MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca is a lecturer in labour and social security law at the University of Seville. In 2004, he defended his thesis on *Social Protection, Social Security and Social Assistance (Spain and the European Union)*, which in 2005 received the *Accésit de los Premios* awarded by the Economic and Social Council of Spain.

Although the fields of his research are very varied, both in social and labour law, the study of the worker's incapacity and its effects on the employment contract constitutes the main focus of his research activity. He has published several articles on this subject in the journal *Relaciones laborales*, such as “La gestion de la incapacidad temporal por las Mutuas” or “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal” and more recently the monograph *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad/discapacidad del trabajador* (Bomarzo, 2017). He recently focused his reflections on dismissal due to the incapacity of the worker, which led to a comparative law study conducted with Professor Pierre-Yves Verkindt on the subject of French and Spanish regulations, published in the journal *Droit social*.

He has also carried out research stays to the Universities of Ferrara, Oxford and Pompeu Fabra in Barcelona. He is currently writing a monograph on non-contributory pensions, which is another of his areas of specialization and on which he prepared a paper in the Andalusian Labour Law Days organized by the Institute of Autonomy of Andalusia, focusing on minimum income, and which received the first Ángel Olavarría Téllez Prize from the Andalusian Cultural Foundation.

During a visit to the University Panthéon Sorbonne in September-October 2018, he gave several courses and gave a public lecture on the Regime of Medical Incapacity in Spain. This intervention inspired the article that we are pleased to publish in this Review.

Giuliana Marino
Member of the Reading Committee of the Sorbonne Student Law Review
Doctoral Fellow at the Sorbonne Law School

À PROPOS DE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca est maître de conférence en droit du travail et de la sécurité sociale à l'Université de Séville. Il a soutenu en 2004 la thèse *Protection sociale, sécurité sociale et assistance sociale (Espagne et Union européenne)* qui a reçu en 2005 l'*Accésit de los Premios* délivré par le Conseil économique et social d'Espagne.

Bien que les domaines de ses recherches soient très variés, à la fois en matière sociale et du droit du travail, l'étude de l'incapacité du travailleur et de ses effets sur le contrat de travail constitue l'axe principal de son activité de chercheur. Il a publié plusieurs articles sur ce sujet dans la revue *Relaciones laborales* comme « La gestion de la incapacidad temporal por las Mutuas » ou encore « Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal » et plus récemment la monographie *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad/discapacidad del trabajador* (Bomarzo, 2017). Il a dernièrement concentré ses réflexions sur le licenciement en raison de l'inaptitude du travailleur qui ont abouti à une étude de droit comparé menée avec le Professeur Pierre-Yves Verkindt au sujet de la réglementation française et espagnole et qui a été publiée dans la revue *Droit social*.

Il a aussi réalisé des séjours de recherche dans les Universités de Ferrara, Oxford et Pompeu Fabra de Barcelone. Il rédige actuellement une monographie sur les pensions non contributives qui constituent un autre de ses domaines de spécialisation et au sujet duquel il a préparé une communication dans les Journées andalusiennes de droit du travail organisées par l'Institut de l'Autonomie de l'Andalousie, relative plus particulièrement au revenu minimum, et qui a reçu le premier Prix Ángel Olavarría Téllez de la Fondation culturelle andalousienne.

À l'occasion d'une visite à l'Université Panthéon Sorbonne en septembre-octobre 2018 il a donné plusieurs cours et a donné une conférence sur le régime de l'inaptitude médicale en Espagne. Cette intervention a inspiré l'article que nous avons le plaisir de publier dans la présente revue.

Giuliana Marino

Membre du comité de lecture de la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
Doctorante contractuelle à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCCIÓN

Como suele ser habitual en los Estados Miembros de la UE, la ordenación jurídica de la incapacidad laboral y de la discapacidad en España se estructura sobre dos pilares distintos: por un lado, la norma reguladora del contrato de trabajo –el Estatuto de los Trabajadores (ET¹)– prevé la no extinción del contrato si el trabajador sufre un accidente o una enfermedad, ya sean laborales o de carácter común. Se recurre a la suspensión del contrato y a la sustitución de las rentas salariales por subsidios económicos otorgados por la Seguridad Social. Sólo si la incapacidad alcanza una mayor gravedad y permanencia, los subsidios se convierten en pensiones². Por otro lado, y desde el exterior al mercado de trabajo, los poderes públicos atienden a las personas discapacitadas, respondiendo al mandato que les da la Constitución Española (CE³). Esta protección se refiere a quienes, por cualquier causa, se encuentran afectados por limitaciones que afectan en alto grado a sus capacidades personales en general: de movilidad, aprendizaje, relación social, capacidad laboral, etc. Se entiende de una manera mucho más amplia que la incapacidad estrictamente laboral, pues abarca ámbitos de la vida muy diversos: vivienda, educación, trabajo, etc. La mayor parte de este segundo pilar lo constituye el colectivo de personas discapacitadas desde su nacimiento (o “de origen”) que no han podido acceder al mercado de trabajo. En relación a este último aspecto, la actuación de los poderes públicos españoles ha tratado de facilitar su desarrollo profesional mediante la promoción de empresas *sui generis*, cuyas actividades no presentan elevada dificultad (como puede ser la jardinería), y que en el ordenamiento español reciben la denominación de Centros Especiales de Empleo. Desde el punto de vista jurídico, la relación entre “trabajador-discapacitado” y empresario se articula mediante un contrato especial con una regulación mixta –la propia del contrato de trabajo ordinario y determinadas adaptaciones del régimen jurídico de éste– que recibe el nombre de “relación laboral especial de las personas con discapacidad”⁴.

Así como la incapacidad laboral se regula por diversos artículos del ET y de la LGSS, la atención de la discapacidad se ha hecho por una normativa muy variada, que, en lo laboral, se ha regido durante muchos años por la Ley 13/1982⁵, y que, actualmente, lo hace por una

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

² Arts. 45.1.c) y 48.2 ET, así como arts. 169-176 y 193-203 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 (LGSS).

³ Art. 49: “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”.

⁴ Art. 2.1.g) ET y 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.

⁵ De 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI).

norma mucho más amplia, que no se limita al derecho al trabajo, y que pretende secundar de algún modo el modelo social de la discapacidad que, impulsado por la ONU, ha sido recibido y aceptado por la UE⁶. Se trata del Real Decreto Legislativo 1/2013, de los derechos de las personas con discapacidad⁷. También la Seguridad Social les dispensa cierta atención mediante la pensión no contributiva de invalidez. Por otro lado, desde hace ya algún tiempo, pero con un desarrollo muy lento por las limitaciones presupuestarias, se ha puesto en marcha un Sistema de ayuda a la dependencia, mediante el cual se trata de contribuir a sufragar los gastos de asistencia que puedan ser precisos, ya se trate de la retribución de una tercera persona que ayuda al discapacitado en la realización de las actividades básicas de la vida ordinaria, o del abono del coste de su manutención y alojamiento en una residencia especial⁸.

La protección del trabajador enfermo ha experimentado en España un impulso importante a partir de la jurisprudencia comunitaria; relacionada con la Directiva 2000/78, cuyo objetivo es la lucha contra la discriminación por diversos motivos, entre los que se encuentra la discapacidad⁹. La mejora procede de la inclusión en dicho concepto de determinadas enfermedades. Se trata así de impedir que el empresario prescindiera libremente de los trabajadores aquejados de una enfermedad grave, crónica o de larga o impredecible duración. Y para ello se hace hincapié en los llamados “ajustes razonables”, a los que se refiere la Directiva como “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”¹⁰.

Este *corpus* de jurisprudencia obliga a una triple revisión de la normativa española: por un lado, en orden a alcanzar una presencia clara y nítida de la obligación empresarial de acometer los ajustes razonables en el puesto del trabajador que deviene discapacitado en el sentido de la Directiva comunitaria; por otro, la necesaria elevación del *status* protector de los

⁶ El modelo social de discapacidad se caracteriza por achacar la responsabilidad de la discapacidad a la propia sociedad y a sus estándares de “normalidad”. M. Olivier, *Understanding disability. From theory to practice*, Palgrave Mcmillan, 2ª ed., 2009. Se distingue así del modelo médico, que se centra exclusivamente en la persona y en sus limitaciones funcionales. En la doctrina española: D. Gutiérrez Colominas, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Bomarzo, 2019, pp. 56-65.

⁷ De 29 de noviembre (LGDPD).

⁸ Arts. 363-368 LGSS, así como Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁹ 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. Los otros motivos que cita la Directiva y que pueden dar lugar a una discriminación prohibida son la religión, la edad y la orientación sexual. Esta Directiva se une a las ya existentes para luchar contra la discriminación por razón de raza y sexo.

¹⁰ Art. 5.

trabajadores que, sin llegar a alcanzar la calificación de “discapacitados”, presentan lesiones o deficiencias permanentes; y, en último lugar, el afianzamiento de la inclusión laboral de los discapacitados de origen. Y es que, como podrá comprenderse, estamos ante un fenómeno de “vasos comunicantes” donde la mejora laboral y social de uno de estos colectivos debe ir acompañada de un avance simultáneo en los otros dos, pues, de lo contrario, aletea el peligro de “agravios comparativos” entre ellos y la reivindicación de mayor justicia plasmada la igualdad de trato.

Es cierto que hay quienes se muestran críticos con estas intervenciones de la Corte de Luxemburgo, que provoca verdaderos terremotos en las estructuras jurídicas de los Estados Miembros. Esto, en parte, es cierto, pero no hay que olvidar que estamos ante una situación de cesión de soberanía, que incluye la afectación de nuestro Derecho interno y del de los restantes Estados, en *pro* de una homologación lo más amplia posible¹¹. Lo anterior no es óbice para reclamar también una actitud prudente al TJUE, que trate de evaluar las consecuencias que puedan tener los fallos de sus sentencias¹².

El estudio que se presenta va a hacer, pues, un recorrido por la protección del trabajador enfermo en la legislación laboral española, haciendo especial hincapié en la pérdida del carácter de “nulo” del despido sufrido por el trabajador cuyo contrato se encuentra en suspenso por tal motivo (1). A continuación, se analizará la posibilidad de ofrecerle la protección necesaria mediante la invocación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española (2). En tercer lugar, se hará un elenco de lo que la jurisprudencia comunitaria ha aportado al debate a partir de las cuestiones prejudiciales que se le han planteado, muchas procedentes de juzgados españoles (3). Finalmente, se hará una propuesta de reforma de la normativa española a partir de las consecuencias extraíbles de dichos pronunciamientos judiciales (4).

1. LA ESCASA PROTECCION DEL TRABAJADOR ENFERMO EN LA EMPRESA

El Derecho del Trabajo español protege al trabajador que enferma estableciendo la suspensión de su contrato de trabajo, en lugar de considerar tal situación como causa de extinción del mismo. Su ausencia al trabajo no se considera un incumplimiento del contrato,

¹¹ R. Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas Thomson Reuters, 4ª éd., 2014, pp. 204-205, y 278; y J. Miranda Boto, “Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el Orden Social” in L. Dans Álvarez De Sotomayor (dir.), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, p. 284.

¹² R. Alonso García, *op. cit.*, pp. 314-315.

siempre que esté supervisada por los médicos correspondientes, que constatan la imposibilidad de trabajar¹³. De este modo, el ET menciona la “incapacidad temporal” como causa de esa situación de *impasse* del contrato, en la que el trabajador, por razones de salud, cesa en la prestación de servicios y el empresario deja de abonarle el salario¹⁴. Esta falta de retribución económica es suplida por un subsidio que concede la Seguridad Social¹⁵.

Si la incapacidad deja de ser “temporal” y deviene “permanente”, el legislador español entiende que, según la limitación de la capacidad laboral que presente el trabajador, el efecto de tal cambio será la reintegración del trabajador al puesto que la suspensión le había reservado (si la incapacidad permanente se puede calificar como “parcial”) o la extinción del contrato, dado que se considera que la incapacidad ha alcanzado un nivel que lleva a situar al trabajador en la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de trabajar: son los supuestos en los que la incapacidad permanente se califica como “total”, “absoluta” o “gran invalidez”¹⁶. En estos casos de permanencia de la incapacidad, la Seguridad Social otorga una indemnización, si se trata del grado menor (parcial), o una pensión si es alguno de los superiores¹⁷.

El despido del trabajador cuyo contrato se encontraba en suspenso por enfermedad dejó de ser sancionado con la nulidad en 1994¹⁸, de modo que desde entonces resulta viable para el empresario prescindir del mismo a cambio de una indemnización mayor –la prevista para el despido calificado judicialmente como “improcedente”¹⁹-. Tal reforma cabe enmarcarla dentro de una auténtica relativización del régimen jurídico del despido, por la que se abandona la exigencia de causa real, de modo que pasa a ser suficiente la alegación de una mera causa,

¹³ Se trata de los médicos del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde resida el trabajador, o de la Mutua Colaboradora con la Seguridad por la que la empresa haya optado para proteger los riesgos profesionales de sus trabajadores.

¹⁴ Art. 45, apartados 1.c) y 2 ET.

¹⁵ Arts. 169-176 LGSS.

¹⁶ Art. 49.1.e) ET. A la espera de que se produzca el desarrollo reglamentario del art. 194 LGSS, de acuerdo con su Disposición Transitoria 26ª, se entiende por IP parcial (IPP) “la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”; por IP total (IPT) “la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”; por IP absoluta para todo trabajo (IPA) “la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”; y por Gran Invalidez (GI) “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

¹⁷ Art. 196 LGSS.

¹⁸ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁹ Art. 56.1 ET: “treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”.

aunque ésta no coincida con lo acaecido en la realidad. Tan sólo se mantendrá una protección reforzada (nulidad del despido) para los casos en donde se haya producido una violación de derechos fundamentales, una discriminación del trabajador o cuando la causa real de la extinción haya sido el embarazo de la trabajadora²⁰.

Así las cosas, con la conversión de la nulidad en improcedencia, el trabajador enfermo quedaba, en principio, desprotegido, salvo que se pudiera demostrar que su despido violaba alguno de esos derechos, que la CE circunscribe a los ubicados en la Sección 1ª del Capítulo II de su Título I, junto a los arts. 14 y el 30.2 (derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia, respectivamente). Por tanto, los siguientes: la igualdad de trato y la prohibición de discriminación (art. 14), la protección de la vida humana y la integridad física (art. 15) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Tanto el derecho al trabajo (art. 35) como el derecho a la protección de la salud (art. 43) carecen de la condición de fundamentales en el ordenamiento español.

2. DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO Y SU CONTRASTE CON DERECHOS FUNDAMENTALES Y NO FUNDAMENTALES

Curiosamente, no ha sido tanto el Tribunal Constitucional (TC) como el Supremo (TS), en bastantes ocasiones haciendo uso de criterios argumentativos del primero, el que ha ido rechazando que el acto empresarial de despido del trabajador enfermo conculcara alguno de los derechos fundamentales indicados, admitiendo tan sólo la violación de los mismos en supuestos muy concretos y cerrados.

Así, se ha considerado que el art. 14 CE no resulta nunca afectado, puesto que la “enfermedad” no se menciona expresamente como causa de discriminación (como sí sucede con el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión) y sólo podría considerarse incluida en la referencia abierta del apartado segundo de dicho precepto (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), si las personas enfermas hubieran sido históricamente postergadas en la sociedad, lo que se considera que no ha sido el caso. De este modo, cuando sólo se utiliza en un sentido “funcional” (en cuanto “capacidad de hacer”) y no como cualidad que se rechaza (despido por padecer tal enfermedad) no hay lesión alguna discriminatoria. La discapacidad sí podría considerarse como una “condición” o “circunstancia” englobable en ese segundo apartado (la postergación o rechazo de las personas inválidas sí se habría dado en la

²⁰ Arts. 53.4 y 55.5 ET.

historia), pero la “enfermedad” no se puede equiparar a “discapacidad”²¹. Tal planteamiento serviría también de canon interpretativo de los arts. 4.2.c) y 17.1 ET²², que tampoco mencionan la enfermedad.

De igual modo, el derecho a la vida y a la integridad física se considera respetado, siempre que el trabajador no sea conminado expresamente por el empresario –mediante amenazas- a reincorporarse a su puesto, abandonando la baja médica. Mientras tal hecho no se produzca, el artículo 15 CE, en conexión con el derecho a la salud²³ –que, como se ha dicho, no tiene *per se* carácter de derecho fundamental sino de principio rector de la Política Social y Económica-, protege adecuadamente al trabajador enfermo, ya que éste puede recibir la asistencia sanitaria que precise hasta su recuperación, no afectando a su curación las vicisitudes por las que pueda atravesar el contrato de trabajo (los cuidados sanitarios no cesan por el hecho de que el contrato se extinga), aparte del subsidio económico que prevé el Sistema de Seguridad Social para tales situaciones y que se mantiene pese al despido²⁴.

Finalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva, que se conculcaría en cuanto el trabajador que hace uso de un derecho estatutario –suspender el contrato por razones de salud- no queda suficientemente protegido frente al empresario (“garantía de indemnidad”), quien puede llegar a expulsarlo de la empresa tan sólo a cambio del pago de una cantidad económica, se reconduce a otra interpretación más restringida, en el sentido de que sólo se acepta su violación si el trabajador enfermo que fuera despedido hubiera demandado judicialmente al

²¹ SSTs (ud) 29 de enero de 2001, rec. nº 1566/2000, 23 de septiembre de 2002, rec. nº 449/2002, y 11 de diciembre de 2007, rec. nº 4355/2006. No existe el “estado de salud” como causa de discriminación, como sí sucede en el Derecho francés: v. Art. L.1132-1 Code du Travail (CT).

²² Art. 4.2.c) ET: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:... A 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 políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. 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”; art. 17.1 ET: “Se entenderán 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. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

²³ Art. 43 CE.

²⁴ SSTs (ud) 22 de noviembre de 2007, rec. nº 3907/2006, y 31 de enero de 2011, rec. nº 1532/2010, con mención de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 15 CE contenida en las SSTC 62/2007 y 160/2007.

empresario con carácter previo por otras razones, y quedara probado que se aprovecha la enfermedad del trabajador para despedirle como represalia. En definitiva, no se admite que haya una relación intrínseca entre tutela judicial y enfermedad²⁵.

Por otro lado, la dignidad de la persona²⁶ –que, en cuanto “puerta de entrada” a los restantes derechos fundamentales, goza también de dicho carácter-, se topa con la dificultad de que no se admite su invocación en solitario; es decir, el TC sólo acepta que se haga referencia a la misma en relación con otro derecho fundamental de la lista²⁷, con lo que su fuerza protectora queda muy minimizada, por no decir anulada.

En fin, otros derechos, como el ya mencionado “a la salud”, o “al trabajo”²⁸, carecen de la protección reforzada de los fundamentales, por su ubicación en lugar diverso de la CE, de modo que su invocación ante la jurisdicción sólo puede llevarse a cabo en relación con las leyes que los desarrollen²⁹, que no contemplan una sanción de acto nulo al despido llevado a cabo por el empresario, aparte de que la pérdida involuntaria del trabajo se entiende respetuosa con el derecho al mismo, desde el momento en que se prevé que el trabajador sea indemnizado por el empresario³⁰.

3. LA TUTELA DE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN LA DIRECTIVA 2000/78 COMO VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN

Así las cosas, se produce el recurso al Derecho Comunitario en la materia de debate, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de Madrid, en donde se requería que el TJUE se pronunciara sobre el concepto “discapacidad” de la Directiva 2000/78³¹. Dicha norma comunitaria había sido traspuesta al Derecho español por la Ley 62/2003³², cuyo contenido abarcaba materias muy diversas, si bien dedicaba un apartado al principio de igualdad de trato en las relaciones laborales y modificaba diversos artículos del ET y de la LISMI, para incluir la prohibición de la discriminación por discapacidad y hacer pesar

²⁵ La garantía de indemnidad “comporta la existencia de actuaciones previas del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos laborales y que precisamente sean esas actuaciones las que son objeto de represalia por parte del empresario” (STS (ud) 22 de septiembre de 2008, rec. n° 3591/2006).

²⁶ Art. 10 CE.

²⁷ STS (ud) 22 de noviembre de 2007, rec. n° 3907/2006.

²⁸ Art. 35.1 CE.

²⁹ STS (ud) 11 de diciembre de 2007, rec. n° 4355/2006.

³⁰ STS (ud) 22 de septiembre de 2008, rec. n° 3591/2006.

³¹ 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. Su objetivo, como señala su art. 1, es la lucha 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”.

³² De 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

la carga de la prueba sobre el empresario si el trabajador demostraba indicios de haber recibido un trato desigual por su condición de persona discapacitada. Pese a todo, la discapacidad, en relación con el trabajo, se entendía en España como una afectación de la capacidad laboral especialmente grave, aparte de requerir que estuviera acreditada, desde una perspectiva global, por algún órgano administrativo nacional.

El Juzgado de lo Social madrileño interpelaba a la Corte de Luxemburgo sobre la posibilidad de entender la “discapacidad” como un estado genérico manifestado en deficiencias y factores que limitaban la actividad y la participación social³³, ya que, de ser así, consideraba que las consecuencias de una enfermedad podrían, en determinados casos, ser equivalentes a dichas deficiencias y, *per saltum*, se alcanzaría una equiparación entre “enfermedad” y “discapacidad”. Lo que se pretendía era la aplicación del art. 17 ET, que había sido reformado por la Ley 62/2003, para calificar de nula la decisión empresarial de despido (sin causa explícita) de una trabajadora, que en el momento de la extinción se encontraba enferma (baja por incapacidad temporal: IT), al incurrir en discriminación por discapacidad.

El TJUE, en el Asunto Chacón Navas³⁴, va a responder del siguiente modo: 1º) La discapacidad se refiere “a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”; 2º) Los conceptos de “discapacidad” y “enfermedad” son distintos, pero una limitación de larga duración puede incluirse en el primero de ellos; y 3º) No existe en Derecho Comunitario una prohibición de discriminación por enfermedad³⁵. Se trató de un primer paso a favor de la relación entre ambos conceptos, pese a hacerlo desde un punto de partida de la absoluta distinción entre ambos³⁶. No obstante este pronunciamiento, ni se produjo ninguna reforma del ET ni el TS español admitió que existiera relación alguna entre los dos conceptos³⁷.

³³ Para ello, el Juzgado madrileño seguía la definición contenida en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

³⁴ C-13/05, de 11 de julio de 2006.

³⁵ Apartados 43-47 y 54.

³⁶ Un comentario de esta Sentencia en A. Boujeka, “La définition du handicap en Droit Communautaire (à propos de CJCE 11 juill. 2006, Grande Chambre, Sonia Chacón Navas c/ Eurest Colectividades SA, aff. 13/045)”, *Revue du droit sanitaire et social*, 2011, n. 5; y D. L. Hosking, “A high bar for EU Disability Rights (Case C-13/05, Chacón Navas v Eurest Colectividades SA)”, *Industrial Law Review*, 2007, vol. 36, n.º 2.

³⁷ STS (ud) 11 de noviembre de 2007, rec. n.º 4355/2006, FD 6º: “La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un "estatus" que se reconoce oficialmente mediante

El segundo paso se va a dar siete años más tarde, y en este caso no va a ser un juzgado español, sino danés, el que plantee la cuestión prejudicial. El TJUE, en los Asuntos acumulados Ring y Skouboe Werge³⁸, va a modificar el concepto “discapacidad” utilizado hasta entonces, pues lo considera evolutivo y dinámico, y adoptará el determinado por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la UE mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009. De este modo, “debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. A continuación, introducirá un nuevo matiz; de modo que, partiendo de la relación entre enfermedad y discapacidad -en cuanto aquella puede ser origen de limitaciones a largo plazo-, se añade ahora que dicha enfermedad puede ser “curable” o “incurable”. Esto último profundiza en la vinculación señalada, de modo que ésta puede ser simultánea y no necesariamente sucesiva (primero se es “enfermo” y después “persona discapacitada”). La aportación se cierra con unas consideraciones que, en mi opinión, no son especialmente claras: por un lado, se afirma que la discapacidad no depende de que sean precisos los llamados “ajustes razonables”, pues éstos son la consecuencia de aquélla; y, por otro lado, se insiste en que la discapacidad que contempla la Directiva 2000/78 es la que permite trabajar, no la que deja a la persona en una situación de absoluta imposibilidad para ello³⁹.

De nuevo, no se va a ver afectada la normativa española, pero el TS sí va a empezar a cambiar su criterio, aceptando que la enfermedad de larga duración puede asimilarse a la discapacidad y, por tanto, desplegar la tutela antidiscriminatoria y el deber de ajustes razonables, si bien en el caso concreto rechazará finalmente la equivalencia de una forma poco convincente, al recurrir al tiempo que había mediado entre la fecha de baja médica y la fecha de despido⁴⁰. Pese a todo, la jurisprudencia española comenzaba a virar, una vez que se producía

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

³⁸ C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013.

³⁹ Apartados 38-41 y 43-46.

⁴⁰ STS (ud) 3 de mayo de 2016, rec. n° 3348/2014, FD 4º: “A la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido (11 de marzo de 2013), habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas

un segundo pronunciamiento del TJUE, que confirmaba la línea iniciada por el Asunto Chacón Navas, y que se presentaban cuadros médicos concretos que se consideraban idóneos para proceder a la equiparación: los dolores permanentes en la región lumbar de la Sra. Ring, para los que no había tratamiento; y el “latigazo vertical” (dolores por desgarramiento de los ligamentos que unen las vértebras cervicales) que aquejaba a la Sra. Skouboe Werge. Frente al giro incompleto del TS, algunos tribunales españoles comienzan a aplicar la doctrina Ring y a declarar la nulidad de despidos de trabajadores con enfermedades de este tipo o similares⁴¹.

Dos pronunciamientos judiciales del TJUE completan la jurisprudencia comunitaria que, a efectos de discapacidad, nos interesa; ambos constituyen sendas respuestas a cuestiones prejudiciales planteadas por Juzgados de lo Social españoles: el primero es el Asunto Daouidi, en donde se perfila el concepto en el sentido de descartar la identidad entre “incapacidad temporal” y “discapacidad”, al tiempo que se equipara a la limitación “de larga duración” aquélla que se prevé como “duradera”, aunque haya una cierta incertidumbre respecto de la prolongación exacta de la misma. El Tribunal de Luxemburgo considera que es al juez nacional a quien corresponde determinar la presencia o no del carácter duradero, al tratarse de una cuestión de hecho que no de derecho, pudiendo acudir a indicios o a documentos y certificados médicos⁴². El segundo pronunciamiento a que me refería es el Asunto Ruiz Conejero, que, relacionado de algún modo con el Asunto FOA -que había considerado que, en determinadas circunstancias, la obesidad podría estar incluida en el concepto “discapacidad”-, va a desvincular este último concepto –y, por tanto, la efectividad de la Directiva- del hecho de que

que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita”. El paréntesis es mío. El TS resuelve así el despido de una trabajadora que había sufrido un accidente de tráfico, que le había producido un “latigazo cervical”, atendiendo no a la expectativa de duración en el momento del despido, sino a la duración del proceso de baja médica. Un comentario crítico, acusando al Alto Tribunal de inmovilista, en J. L. Monereo Pérez, *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Bomarzo, 2017, p. 85.

⁴¹ SSTSJ C. Valenciana de 8 de mayo de 2014, rec. n° 778/2014, y Galicia de 22 de diciembre de 2015 rec. n° 3689/2015. Esta última fue posteriormente revocada por STS (ud) de 21 de septiembre de 2017, rec. n° 782/2016.

⁴² C-395/15, de 1 de diciembre de 2016, apartados 48, 53, 55-56 y 59. Véase sobre el Asunto Daouidi: E. Desdentado Daroca, “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 3; L. J. Dueñas Herrero, “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 5; S. Fernández Martínez, “Incapacidad Temporal y discriminación de discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 28; y J. Sánchez Pérez, “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-369/15)”, *Revista del Centro de Estudios Financieros Trabajo y Derecho*, 2017, n. 406.

el trabajador en cuestión tenga acreditada la condición de discapacitado por un ente administrativo del Estado Miembro de que se trate⁴³.

Una vez más, el legislador español decide no reformar la normativa vinculada con la discapacidad o a la incapacidad laboral; y el TS se mantiene en una postura idéntica a la de 2016, descartando en esta ocasión la aplicación de la tesis de la equiparación porque una incapacidad temporal, que no supera el año de duración, no puede cumplir con el requisito de “de larga duración”⁴⁴. Por último, en los tribunales inferiores, seguimos encontrando algunas decisiones favorables a la tesis del despido nulo, si bien siguen siendo bastante esporádicas⁴⁵.

4. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INCAPACIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD

Todos los pronunciamientos del TJUE repercuten, sin duda, en el Derecho español que regula la discapacidad y la incapacidad laboral. Se trata de una afectación que, hasta el momento, es de carácter interpretativo, ya que, como he manifestado en el anterior apartado, no se ha producido ninguna intervención del legislador en orden a mejorar la transposición de la Directiva, mediante el añadido o corrección de artículos legales. El impacto, pues, se está produciendo en un nivel jurisprudencial y de doctrina judicial. En cualquier caso, hay suficientes argumentos ya para ofrecer algunas propuestas de reforma del derecho sustantivo.

⁴³ Asunto C-270/16, de 18 de enero de 2018, apartado 32. El Asunto FOA se identifica como C-354/13, de 18 de diciembre de 2014 y el apartado relevante es el n° 59. Véase sobre el Asunto Ruiz Conejero: D. Gutiérrez Colominas, “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas: ¿Una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 207 ; mi “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa “rozando” el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)”, *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Discapacidad, enfermedad y despido”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 3, quien hace un estudio de toda la jurisprudencia comunitaria relativa a esta cuestión.

⁴⁴ STS (ud) 15 de marzo de 2018, rec. n° 2766/2016, FD Único: “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* (llevaba algo más de nueve meses de baja) 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, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”. Paréntesis y cursiva míos. El TS no concreta con precisión a qué se refiere con “una resolución acerca de una situación duradera de futuro”.

⁴⁵ SSTSJ Galicia de 28 de marzo de 2018, rec. n° 359/2018; Aragón de 9 de mayo de 2018, rec. n° 211/2018; y Galicia de 18 de enero de 2019, rec. n° 3292/2018.

En relación con el deber de ajustes razonables, que la Directiva menciona en su art. 5, y que aparece transpuesto en los arts. 40 y 66 LGDPD, parece necesario su incorporación al ET y ofrecerlos como una medida a adoptar no sólo en el caso de los trabajadores cuya limitación se ajuste al concepto de “discapacidad” de la Directiva, sino con un alcance general para todos aquéllos que hayan experimentado una limitación de su capacidad laboral. Sería también deseable recuperar el despido nulo, con reincorporación inmediata del trabajador y sin posibilidad de indemnización sustitutiva, para todos los supuestos de despidos de trabajadores cuyo contrato se encuentre suspendido por incapacidad temporal, como medio de garantizar el derecho a la salud y la dignidad del trabajador enfermo⁴⁶. La solución que se permite hoy día de recurrir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida o a la falta del rendimiento habitual, sin mayores cautelas ni limitaciones, constituye una preponderancia inadmisibles de criterios puramente economicistas. Precisamente aquí radica el logro del Derecho Comunitario: declarar nulos en cuanto discriminatorios los despidos de aquellos trabajadores que puedan ser considerados discapacitados por sus limitaciones a largo plazo, hayan sido calificados o no como tales por la Administración del Estado Miembro de que se trate, siempre que el empresario no haya estudiado y, en su caso, acometido la opción de los ajustes del puesto de trabajo⁴⁷.

En segundo lugar, carece de sentido que siga vigente una extinción automática del contrato laboral si el trabajador es calificado en incapacidad permanente total, absoluta o como gran inválido⁴⁸. Pese a que tal supuesto extintivo fue moderado en su día por la jurisprudencia⁴⁹, requiriéndose una cierta comprobación empresarial de la falta de aptitud laboral *in situ*, lo

⁴⁶ R. Esteban Legarreta, “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 6/2017, p. 14; y mi *La extinción del contrato...*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁷ Aboga por una reforma del art. 52.a) D. Gutiérrez Colominas, “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 5, p. 529. En el mismo sentido, extendiendo la inclusión al apartado b) del mismo artículo: E. Terradillos Ormaetxea, “Las definiciones de “discapacidad” y “ajustes razonables” en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido”, *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 82 pp. 124-127 y 132.

⁴⁸ Art. 49.1.e) ET.

⁴⁹ SSTs de 14 de abril y de 12 de julio de 1988. Voy. mi *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2017, pp. 54-63. Más cautos, considerando el artículo viable siempre y cuando se cumpla con el deber de ajustes razonables, se muestran: J. L. Goñi Sein, B. Rodríguez Sanz De Galdeano, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 264-272; y D. Gutiérrez Colominas, “¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de Gran Invalidez, Incapacidad Permanente Total o Absoluta del trabajador (art. 49.1.e) TRLET? Una lectura integradora a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en J. Miranda Boto (dir.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018, pp. 284-294.

coherente sería, a mi juicio, la supresión de esa facultad⁵⁰, evitando así posibles confusiones interpretativas y rodeando de coherencia la extensión propuesta del deber de ajuste para todos los trabajadores discapacitados o incapacitados laborales (en el sentido del ET-LGSS). Es cierto que esa previsión estatutaria de la extinción automática respondía al hecho de que esos trabajadores pasaban a disfrutar de una pensión de Seguridad Social, pero cada vez se viene produciendo una mayor separación entre ambos planos (contractual y de protección social), al tiempo de que la carencia de los periodos de cotización requeridos hace que trabajadores que materialmente deberían ser calificados como incapacitados permanezcan sin calificar, al tiempo de que en las últimas décadas se favorece sin especial dificultad la compatibilidad entre trabajo y pensión de incapacidad permanente.

Finalmente, en tercer lugar, la protección a los discapacitados de origen merece una revisión de la relación laboral especial, que actualmente se limita a un empresario muy concreto, como es el Centro Especial de Empleo⁵¹. Si se quiere alcanzar una integración laboral efectiva, es conveniente que se ofrezca un contrato alternativo, altamente bonificado pero abierto a cualquier empresa, manteniendo las debidas adaptaciones de las condiciones de trabajo: duración de la jornada (favoreciendo el contrato a tiempo parcial), interrupciones (los antiguos “permisos”) para acudir a centros de rehabilitación o a una consulta médica, mayor flexibilidad en la medición del rendimiento así como en las causas de despido, etc. Por supuesto, el deber de ajustes razonables también deberá estar aquí presente. Actualmente, está prohibida la selección de trabajadores atendiendo a su condición de discapacitados⁵²; pero es cierto que, pese a esta prohibición, el acceso compitiendo con trabajadores no discapacitados sigue siendo un obstáculo difícil de superar. Sólo un mayor rigor en el respeto de las cuotas de estos trabajadores en las empresas (que hoy día se sustituyen, con cierta facilidad, por donativos de dinero a una Fundación o Asociación de utilidad pública⁵³), así como un tratamiento especialmente ventajoso en las cotizaciones a la Seguridad Social para este tipo de contratos, permitirá una mayor aproximación a la tan anhelada igualdad de oportunidades. Es cierto, y lo asumo, que el fondo del problema no es otro que el planteamiento económico de la sociedad en que vivimos, con una competitividad fuera de cauce, una búsqueda del beneficio y de la primera posición en el mercado que no atiende a otras razones, y un consumismo sin freno alguno. Esto

⁵⁰ Mi *La extinción del contrato...*, *op. cit.*, p. 168.

⁵¹ Art. 2 RD 1368/1985, de 17 de julio.

⁵² Art. 4.2.c) ET.

⁵³ Art. 17.3 ET y 42 LGDPD: “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad...”. Las medidas alternativas a la cuota del 2% se recogen en el RD 364/2005, de 8 de abril.

EL RÉGIMEN DE LA PROTECCION JURIDICA DEL TRABAJADOR ENFERMO EN ESPAÑA Y SU MEJORA
POR EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA

exige una respuesta en la que deben participar filósofos, sociólogos, antropólogos, psicólogos, economistas, empresarios, etc. La que se ofrece desde el Derecho del Trabajo ha de ser necesariamente parcial. Quede esto como cuestión pendiente para futuros estudios.