

ALTERACIÓN DE LA SALUD Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

ALTERATION OF HEALTH AND PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF WORKERS IN SPANISH LEGAL ORDER

MONTOYA MEDINA, David*

1 PLANTEAMIENTO

Como es sabido, la incapacidad para el trabajo derivada de un accidente o una enfermedad padecida por el trabajador puede ser analizada desde muy diversos prismas. El más evidente de ellos concierne a los efectos suspensivos sobre la relación contractual y el haz de derechos y obligaciones jurídico laborales que las partes ostentan durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo. Asimismo, como es sabido, dicha contingencia tiene una clara incidencia en la esfera de las normas de Seguridad Social del trabajador, por cuanto, además de la asistencia sanitaria, éste puede causar derecho a determinadas prestaciones sustitutivas del salario. Por otra parte, como es lógico, las alteraciones en la salud de los trabajadores tienen su proyección en las normas de prevención de riesgos laborales tanto en su dimensión preventiva como reparadora, implicando, incluso, al derecho de daños cuando el daño a la salud pueda ser atribuido al incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas¹.

Con todo, existe un ámbito más de proyección que viene despertando un interés creciente de la doctrina científica y una constante litigiosidad en nuestros tribunales de justicia. Se trata de la eventual incidencia sobre los derechos fundamentales de los trabajadores de determinadas decisiones empresariales adoptadas respecto de aquellos

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante.

¹Esta triple perspectiva también en FERNÁNDEZ DOCAMPO, M^a. B. La salud del trabajador como causa de discriminación, *REDT*, n. 162/2014, p. 1 (edic. *on-line*).

que se encuentren temporalmente impedidos para el trabajo por razón de enfermedad o de accidente. No son escasos los supuestos en los que la jurisprudencia y la doctrina judicial han tenido que pronunciarse sobre la eventual lesión de determinados derechos fundamentales del trabajador de los despidos acometidos durante su incapacidad temporal (o, incluso, una vez finalizada ésta) a consecuencia de una enfermedad o accidente. Lo cierto es que, con independencia de que esta problemática se haya venido suscitando en sede de despido, disciplinario u objetivo, resulta perfectamente extensible a cualesquiera otras medidas empresariales (cambios de puesto de trabajo, modificaciones de condiciones de trabajo, exclusiones de los procesos de promoción interna etc.) que la empresa pudiera adoptar en semejantes contextos.

Son diversos, por otra parte, los derechos fundamentales de los trabajadores que, por hipótesis, podrían verse afectados por la adopción empresarial de dichas medidas. Además del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo (arts. 4.2, c, y 17 ET y art. 14 CE), puede ponerse en liza la eventual lesión del derecho del trabajador a su integridad física (arts. 4.2, d, ET y 15 CE), incluso de su dignidad como persona (art. 4.2 e ET) pues, si bien ésta no viene sistemáticamente ubicada en la sección de la Constitución dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas, sí desempeña cierto papel hegemónico sobre estos en su condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Por su parte, aunque ya fuera de la órbita de los derechos fundamentales, la problemática planteada puede ser analizada también desde la perspectiva del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), que, como principio rector de la política social y económica, constituye un principio informador de la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE).

Por lo demás, el tema que nos ocupa resulta especialmente complejo por razón de la heterogeneidad de las disposiciones normativas involucradas. Junto a las disposiciones internas y en coherencia con el mandato del art. 10 CE que exige interpretar los derechos fundamentales de conformidad con las normas internacionales erigidas en este ámbito, deben ser tenidas en cuenta diversas normas supranacionales. Es el caso, con carácter general, de la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, de 12 de diciembre de 2007, que reconoce, asimismo, los derechos antes mencionados si bien su art. 51 limita el ámbito de aplicación de sus disposiciones, circunscribiéndolo a las instituciones y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros, únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión². Junto a dicho texto legal, en este contexto merecen una especial consideración las normas internacionales de interdicción de la discriminación por razón de la discapacidad. Es

²Sobre el alcance de dicha limitación, cfr. la sentencia TJUE 26 de febrero de 2013, asunto, Akerberg Fransson, C-617/10.

el caso de la **Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad**, de 13 de diciembre de 2006, a la que se adhirió la Unión Europea³. También, es el caso de las **Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad**, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

Por lo que en particular se refiere al Derecho de la Unión, y también en sede de tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad, tiene especial trascendencia 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**. Como es sabido, dicha Directiva establece un marco general para la interdicción de la discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación, señalando expresamente la discapacidad como uno de los factores sobre los que se articula su tutela antidiscriminatoria. Como se va a ver aquí, en torno a dicha importante norma comunitaria el Tribunal de Luxemburgo ha erigido una nutrida jurisprudencia a propósito de las numerosas cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Buena parte de esas cuestiones prejudiciales han girado en torno al propio concepto de discapacidad, como factor de discriminación, y su posible engarce con los supuestos aquí aludidos de trabajadores que son objeto de medidas empresariales desfavorables en su empleo.

2 LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR ENFERMO O ACCIDENTADO

En este contexto, el objeto de la presente trabajo es el de explorar el alcance del marco normativo interno y europeo de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores con el específico propósito de determinar si las alteraciones de la salud sufridas por los trabajadores, a consecuencia de enfermedad o accidente, tienen cabida en el mismo cuando estos son objeto de despido o cualquier otra medida desfavorable en el empleo o en sus condiciones de trabajo por causa de dicho padecimiento. Para ello, será imprescindible discurrir por los criterios interpretativos sentados por la doctrina jurisprudencial interna y comunitaria dictada a la luz de dicho marco normativo. Y ello, al objeto de resolver, singularmente, las siguientes dos cuestiones.

En primer lugar, si la alteración de la salud sufrida por el trabajador a consecuencia de enfermedad o accidente puede o no ser objeto de la tutela dispensada por la normativa interna e internacional de interdicción de la discriminación, bien por constituir la enfermedad

³Por Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

o las lesiones derivadas de accidente un factor, en sí mismo, susceptible de la tutela antidiscriminatoria dispensada por dichas normas, bien por tratarse de un factor reconducible o asimilable a la propia discapacidad del trabajador. A tal efecto, resultará primordial, por una parte, indagar el alcance que el constituyente pretendió dar a la dicción “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” con la que el art. 14 CE cierra su mandato de interdicción de la discriminación. Por otra parte, será necesario explorar el alcance que debe darse a la discapacidad como factor de discriminación, a la luz de los pronunciamientos del TJUE dictados al objeto de precisar si el ámbito objetivo de la tutela antidiscriminatoria por discapacidad debe o no alcanzar a los trabajadores impedidos temporalmente para el trabajo por razón de enfermedad o accidente.

En segundo lugar, debe plantearse la cuestión de si las decisiones desfavorables en el empleo o en las condiciones de trabajo por razón de las alteraciones en la salud sufridas por el trabajador pudiesen, eventualmente, resultar lesivas del derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE. Surge el interrogante de si el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE, en consonancia con el derecho a la protección a la salud del art. 43 CE, debe o no representar cierta inmunidad del trabajador frente a decisiones empresariales adversas.

2.1 Alteraciones de la salud y tutela antidiscriminatoria en la jurisprudencia española

Empezando con la primera de las cuestiones planteadas, esto es, la eventual lesión del derecho a la no discriminación de las decisiones empresariales desfavorables en el empleo de los trabajadores afectos de incapacidad temporal cuando no concurra causa legal para su adopción, parece consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina constitucional española un criterio de corte claramente restrictivo. Con carácter general puede afirmarse que, a fecha de hoy, para la jurisprudencia española ni la alteración de la salud del trabajador, debida a enfermedad o accidente, constituye un factor de discriminación, ni la incapacidad temporal para el trabajo resultante de esas contingencias resulta asimilable a la discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria que disciplina el ordenamiento jurídico.

La doctrina constitucional dictada en amparo, en este sentido, ha sostenido sin ambages que la enfermedad del trabajador no puede subsumirse en la cláusula de cierre del art. 14 CE cuando prohíbe la discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁴. El asunto que dio origen a la controversia en el pronunciamiento citado concernía al despido disciplinario, por transgresión de la buena

⁴Sentencia TC 62/2008, de 26 de mayo. Un interesante comentario a esta sentencia en MONTROYA MELGAR, A. ¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?, **REDT**, n. 143, 2009, p. 711 y ss.

fe contractual, de un trabajador de la construcción que había atravesado en otras empresas del sector diversas bajas aquejado de lumbalgias y dolencias cervicales y que no había comunicado dicha circunstancia a su empresa actual. El TC pudo pronunciarse exclusivamente en torno a la eventual lesión del derecho a la no discriminación, no haciéndolo en relación con la posible lesión del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) pues dicho extremo no fue objeto de conocimiento en las resoluciones judiciales de instancia tal y como exige el art. 44.1, c, de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional⁵.

Pues bien, en este asunto el TC podía haber razonado la inexistencia de discriminación en atención a que, conforme a los hechos probados, el despido se había producido no a consecuencia de la incapacidad temporal del trabajador sino por la pretendida transgresión de la buena contractual en que, a juicio de la empresa, había incurrido el trabajador al no comunicarle su dolencia. Sin embargo, y con cierto contrasentido, el TC terminó abordando la cuestión central que aquí se trata (la consideración o no de la enfermedad como factor de discriminación) pues despreció la transgresión de la buena fe como móvil real del despido ponderándose, en su lugar, el padecimiento del trabajador y la limitación que el mismo representaba para el desempeño de su trabajo. Y es que, si bien la salud no es uno de los factores de discriminación que el art. 14 CE reconoce de forma expresa, la doctrina constitucional entiende que dicho precepto no pretender efectuar una tipificación cerrada de dichos factores⁶.

Empero, partiendo de la distinción clásica entre el principio de igualdad de trato y el de no discriminación y con el propósito de no identificar ambos principios, el TC aboga por una interpretación restrictiva del inciso final del art. 14 CE. Es cierto, como se razona, en este sentido, que, frente a aquel principio, la discriminación se caracteriza por “la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas”. En este sentido, los factores de discriminación reconocidos por el art. 14 CE responden a “diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la personal que reconoce el art. 10.1 CE”⁷.

Ello obliga a efectuar una ponderación particularizada y casuística del cariz discriminatorio de la concreta condición o circunstancia personal o social utilizada como factor de diferenciación.

⁵Posición “excesivamente estricta” a juicio de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Despido por enfermedad y discriminación, *RL*, n. 20, 2008, p. 11 (edic. *on-line*).

⁶Sentencias TC 37/2004, de 11 de marzo y 31/1984, de 7 de marzo.

⁷Cfr. las sentencias TC 166/1988, de 26 de septiembre, 3/2007, de 15 de enero, 41/2006, de 13 de febrero y 182/2005, de 4 de julio.

Y, en ese análisis, se concluye que la enfermedad del trabajador, cuando es tenida en cuenta desde la perspectiva estrictamente funcional de contingencia incapacitante para el trabajo, no constituye un factor de discriminación y, por consiguiente, no puede tener cabida en el inciso final del art. 14 CE. Por otra parte, niega la doctrina constitucional la posibilidad de distinguir, como sugiere el Ministerio Fiscal, entre la mera enfermedad o alteración más o menos grave de la salud del trabajador y las enfermedades avanzadas o recurrentes, que sin poder identificarse *strictu sensu* con la incapacidad, se caracterizan por su permanencia en el tiempo y por alcanzar cierto grado de irreversibilidad. A juicio del TC el colectivo de “enfermos recurrentes” carece de la identidad y concreción necesarias para constituir un factor de discriminación pues no conforman un colectivo homogéneo. Conviene no perder la atención sobre este último extremo pues, como se verá con posterioridad, la citada distinción rechazada por el TC sí ha tenido un notorio eco en la doctrina del TJUE, erigida en torno a la discriminación por discapacidad prohibida por la Directiva 2000/78/CE, poniendo en el punto de mira el criterio sentado por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria.

Ahora bien, cabe puntualizar que, dentro de ese análisis circunstanciado que se postula, la STC 62/2008, con buen criterio, dejó la puerta abierta a la apreciación de discriminaciones por razones de salud. En efecto, el TC tuvo la oportunidad de matizar que la anterior interpretación restrictiva no es impeditiva de que la enfermedad o incapacidad laboral del trabajador por razones de salud pueda, bajo determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación, análogo a los expresamente contemplados por el art. 14 CE. Ello ocurrirá, singularmente, “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”. Dicha afirmación, en suma, viene a subrayar el elemento de segregación o estigmatización social que la propia doctrina constitucional concibe como inherente al móvil discriminatorio, sin el cual el tratamiento diferenciado puede constituir un comportamiento antijurídico pero, en ningún modo, lesivo del citado derecho fundamental.

Es conveniente puntualizar aquí que la anterior doctrina constitucional no solamente ha resultado coherente con lo sentado por la jurisprudencia ordinaria hasta la fecha sino que es hasta tal punto coincidente con aquella en sus planteamientos que se hace patente la influencia recíproca que ambas se han ejercido, compartiendo posiciones y razonamientos jurídicos, en una suerte de relación de vasos comunicantes. En efecto, la jurisprudencia viene sosteniendo un criterio restrictivo, esencialmente coincidente con la doctrina constitucional, en supuestos

análogos de despido. Las alteraciones en la salud del trabajador no pueden constituir un factor sobre los que se proyecta la prohibición de discriminación del art. 14 CE por cuanto la conocida distinción dogmática entre el principio de igualdad y el de no discriminación impide concluir que la dicción “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que contiene el tramo final de dicho precepto, albergue cualquier tipo de condición o circunstancia. Y es que la conducta discriminatoria se caracteriza por la utilización de “un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”⁸.

Concluye así el TS, en línea con lo que más tarde sostendría la doctrina constitucional, que la enfermedad en sentido genérico y desde una perspectiva funcional de incapacidad para el trabajo, que determine que el mantenimiento del vínculo laboral no sea rentable para la empresa, no es un factor de discriminatorio en el sentido del art. 14 CE. Se razona que la enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, lo que viene, de nuevo, a coincidir con el criterio sentado por la doctrina constitucional que exige cierta homogeneidad en el colectivo social afectado a efectos de apreciar el factor de segregación. Empero, advierte también el TS, sintonizando con lo sostenido por el TC, que, en atención a las circunstancias concurrentes, la enfermedad bien pudiera constituir móvil discriminatorio cuando la dolencia fuese tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la existencia de aquella en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece. Serían paradigmáticos, en este sentido, los supuestos de enfermedades ligadas al embarazo, citados expresamente por la jurisprudencia a estos efectos, donde el elemento de segregación aflora con mayor nitidez en tanto, en estos casos, la contingencia sufrida por el trabajador y las consecuencias desfavorables que de ello se derivan son atribuibles a su identidad sexual⁹.

Negada, pues, por el TS que las alteraciones de la salud puedan constituir un factor de discriminación al abrigo de la dicción final del art.

⁸Sentencia TS 17 de mayo de 2000, Rec. n. 2000/5513 (Fund. Jco. 7º), en concordancia con lo señalado por el TC en sus sentencias 128/1987, de 16 de julio y 166/1988, de 26 de septiembre.

⁹Sentencia TS 29 de enero de 2001, Rec. n. 1566/2000. Criterio continuado y desarrollado por multitud de pronunciamientos posteriores. Cfr. Sentencias TS 23 de septiembre de 2002, Rec. n. 449/2002, 12 de julio de 2004, Rec. n. 4646/2002, 23 de mayo de 2005, Rec. n. 2639/2004, 22 de noviembre de 2007, Rec. n. 3907/2006, 11 de diciembre de 2007, Rec. n. 4355/2006, 18 de diciembre de 2007, Rec. n. 4194/2006, 22 de enero de 2008, Rec. n. 3995/2006, 22 de septiembre de 2008, Rec. n. 3591/2006, 27 de enero de 2009, Rec. n. 602/2009, 12 de julio de 2012, Rec. n. 2789/2011, 3 de mayo de 2016, Rec. n. 3348/2014.

14 CE, queda por plantear, como así se le ha planteado al alto tribunal, si dichas contingencias pueden ser asimiladas a la discapacidad a los efectos de la tutela antidiscriminatoria dispensada por dicho precepto y por los arts. 4.2, c, y 17 ET. Pues bien, la respuesta ha sido rotundamente negativa con fundamento en la mera distinción conceptual que puede trazarse entre los términos discapacidad y enfermedad. Pondera, en este sentido, la jurisprudencia citada que “ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables”. La enfermedad viene caracterizada por la coyunturalidad: 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, por lo que el colectivo de trabajadores enfermos es efímero o de composición variable en el tiempo. Mientras tanto, la discapacidad constituye una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de forma permanente las condiciones de vida de la persona, y que en nuestro ordenamiento jurídico es considerada como un estatus que se reconoce mediante declaración administrativa con una validez por tiempo indefinido¹⁰. Subraya, por tanto, la jurisprudencia el carácter permanente o estable de la discapacidad y del colectivo de discapacitados frente a la caracterización coyuntural o pasajera de la enfermedad. Ello determina, a juicio del TS, que las razones que justifican la tutela antidiscriminatoria de los discapacitados en las relaciones de trabajo no concurren en las personas con simples alteraciones en la salud pues los primeros tienen unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en los segundos¹¹.

2.2 Enfermedad *versus* discapacidad en la doctrina social del TJUE

Pese a la contundencia de los términos en los que el TS ha negado la posible reconducción de la alteración de la salud de los trabajadores hacia la esfera normativa de tutela antidiscriminatoria por razones de discapacidad, es previsible la adopción futura por la jurisprudencia de posiciones más matizadas. Y ello, por efecto de la Directiva 2000/78/CE y de la interpretación que el TJUE viene efectuando del concepto de discapacidad contenido en la misma a la luz de lo dispuesto por la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. La doctrina social del TJUE, construida en torno al citado concepto normativo, ha experimentado una notoria evolución que ha desembocado en una formulación más dúctil de los supuestos

¹⁰Pone el acento en este concreto factor de diferenciación ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria, **RL**, n. 5, 2007, p. 2 (edic. *on-line*).

¹¹Cfr. en este concreto sentido, las sentencias TS 11 de diciembre de 2007, Rec. n. 4355/2006, 22 de enero de 2008, Rec. n. 3995/2006, 27 de enero de 2009, Rec. n. 602/2008 y 3 de mayo de 2016, Rec. n. 3348/2014

en los que puede tener cabida la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad, haciéndolos extensibles, bajo determinados parámetros, a los casos de alteraciones comunes en la salud.

Dicha evolución se ha producido de forma escalonada, identificándose con concretos y singulares pronunciamientos del tribunal de Luxemburgo. En una primera etapa, la doctrina social comunitaria adopta una posición interpretativa de corte restrictivo y, por tanto, alineada con la defendida por el Tribunal Supremo¹². El tribunal comunitario entiende que los supuestos de enfermedad deben quedar alejados del ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Razona para ello, por una parte, que ninguna disposición del Tratado de la Unión Europea contiene interdicción alguna de la discriminación por razones de enfermedad. Por otra parte, nada indica que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación, además de los expresamente contemplados por su art. 1 (religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual). En consecuencia, concluye el tribunal de Luxemburgo que la tutela antidiscriminatoria que dispensa la Directiva no puede alcanzar a las actuaciones o decisiones empresariales adoptadas por razón de la enfermedad del trabajador. Y es que, al decir de este pronunciamiento, la norma comunitaria excluye deliberadamente la equiparación “pura y simple” de los conceptos de discapacidad y de enfermedad pues la discapacidad implica “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”. Como ha señalado la doctrina, de esta forma, el Tribunal de Justicia aborda, por vez primera, el concepto de discapacidad¹³.

Con todo, el elemento crucial de la sentencia Chacón Navas, que marcará el camino de posteriores pronunciamientos es la ponderación de la duración de la limitación padecida por el trabajador. La obstaculización que afecte al trabajador debe producirse “durante un largo periodo”, de lo que se deduce que la apreciación de la discapacidad exige, cuanto menos, la probabilidad de que la limitación padecida por el trabajador sea “de larga duración”. Razona el tribunal comunitario, con buen criterio, que dicho elemento temporal se desprende de la propia regulación de la Directiva 2000/78/CE pues la importancia que el legislador comunitario ha atribuido a la adaptación del puesto de trabajo en función de la discapacidad del trabajador pone de manifiesto que los mecanismos de

¹²Sentencia TJCE 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Chacón Navas y Eurest Colectividades SA. Hay quien, sin embargo, ha juzgado que la posición sostenida en esta sentencia es todavía más restrictiva que la del TS. Cfr. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria, **RL**, n. 5, 2007, p. 11, VELASCO PORTERO, T. El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?, **RGDTSS**, n. 39, 2014, p. 151.

¹³RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Despido por enfermedad y discriminación, **RL**, n. 20, 2008, p. 5.

tutela antidiscriminatoria se establecieron pensando en supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un periodo extenso. No parece casual que poco tiempo después de este pronunciamiento el presupuesto del carácter duradero de la limitación cristalizase en una importante norma internacional, el art. 1 de la Convención ONU **de los derechos de las personas con discapacidad**. Dicha norma recoge un concepto de discapacidad¹⁴ que tendrá una clara traslación en pronunciamientos posteriores del TJUE.

En un segundo estadio, y ya aprobada la citada Convención de la ONU e incorporada al ordenamiento comunitario, la doctrina social del TJUE efectúa una decidida vuelta más de tuerca al concepto de discapacidad, haciendo suyo el recogido por el art. 1 de la Convención y dando, por primera vez, cabida expresa a los supuestos de enfermedad¹⁵. En este sentido, se afirma sin ambages que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración”¹⁶.

Dictado pues, este nuevo pronunciamiento, resulta notoria la incidencia del tratamiento conceptual de la discapacidad efectuado por Convención ONU en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo y ya no solo por haberse ponderado jurisprudencialmente, como se pondera, que la discapacidad es a largo plazo y que resulta de la interacción entre la persona y diversas barreras que impiden su participación en condiciones de igualdad. También, y sobre todo, por reparar, como se repara, en que la discapacidad es un concepto que evoluciona. De aquí que el TJUE rechace, por entender contrario a los objetivos de la Directiva 2000/78/CE, que la discapacidad se deba entender circunscrita a las limitaciones derivadas de nacimiento o accidente, excluyéndose las causadas por enfermedad.

¹⁴Conforme al párrafo 2º del art. 1 de la citada Convención de la ONU: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹⁵Sentencia TJUE 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Jette Ring y Lone Skoube Werge. Para SEMPERE NAVARRO, A. V. Discriminación laboral por enfermedad, *AJA*, n. 866/2013, p. 1 y 2, dicha sentencia introduce un “cambio de enorme relevancia conceptual”, pues abre el paso hacia la “enfermedad asimilada” a la discapacidad.

¹⁶El concepto de discapacidad, recogido por el apartado 39 de la sentencia Jette Ring tendrá un fiel reflejo en pronunciamientos posteriores que, asimismo, insistirán en el presupuesto del largo plazo para definir la discapacidad. Cfr., entre otras, las sentencias TJUE 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12, Señora Z, apdo. 76, 22 de mayo de 2014, asunto C-356/12, Glatzel, apdo. 45, y 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, FOA y KL, apdo. 53.

Una último escalón o peldaño se corresponde con la doctrina contenida en la sentencia TJUE, de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395/15, **Mohamed Daouidi**, donde el tribunal de Luxemburgo efectúa un nuevo ejercicio de delimitación del concepto de discapacidad, ahondando en el presupuesto temporal del carácter duradero de la limitación. De entrada, es conveniente señalar que la cuestión prejudicial resuelta por dicho pronunciamiento contemplaba un supuesto en el que la lesión del trabajador no derivaba de enfermedad sino de accidente de trabajo. Dicha circunstancia, como es lógico, en nada pudo incidir en la apreciación de la discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE pues, como se ha visto aquí, lo decisivo es la existencia de la limitación y que ésta sea de larga duración, más no que su origen sea atribuible a enfermedad o a accidente.

Por lo que verdaderamente interesa de este nuevo pronunciamiento, el presupuesto del carácter a largo plazo de la limitación, el TJUE se ve en la tesitura de lidiar con un auténtico concepto jurídico indeterminado que, como tal, no viene definido por la Convención de la ONU, ni tampoco puede ser acotado por el propio tribunal juzgador. Lo único que, a estos efectos, puede hacer el tribunal de Luxemburgo es precisar los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el juez nacional para la apreciación de este importante elemento. Y es que resulta evidente que el carácter duradero o no de la limitación es un extremo puramente fáctico que tendrá que ser apreciado por el juez en cada caso a la vista de todos los elementos de convicción o prueba de los que disponga.

Pues bien, en el contexto de ese análisis casuístico, la doctrina comunitaria exige observar determinadas cautelas. En primer lugar, si bien la aplicación al trabajador del régimen jurídico estatal de la incapacidad temporal no excluye la calificación de la limitación como duradera, tampoco puede asumirse que el mero hecho de que el trabajador se encuentre en dicha situación deba determinar, por sí mismo, el carácter duradero de la limitación, por más que se trate de una contingencia, por definición, de duración incierta. En otras palabras, el carácter duradero o no de la limitación no puede venir determinado por la propia situación de incapacidad temporal.

En segundo lugar, el carácter duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad que presente el trabajador en la fecha en que se adopta contra el mismo el acto presuntamente discriminatorio. Dicha exigencia obliga, naturalmente, al juzgador, a relativizar la posible evolución que haya experimentado la dolencia del trabajador con posterioridad a la actuación presuntamente lesiva y a ponderar, con todos los elementos de prueba de los que disponga, cuál era la previsión razonable que en dicho momento podía hacerse sobre la evolución probable de la limitación del trabajador.

Una tercera cautela refiere a los indicios que permiten considerar que la limitación es duradera. De entre todos los posibles,

el TJUE pone el acento en dos. Por una parte, que en la fecha de la actuación presuntamente discriminatoria “la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto su finalización a corto plazo”, lo que no puede sino significar la inexistencia de certidumbre sobre la pronta recuperación del trabajador. En segundo lugar, que la incapacidad “pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Probablemente dicho indicio pueda identificarse con los casos en que, por las características de la dolencia padecida por el trabajador, sea previsible una evolución lenta hasta su curación o, al extremo, no exista curación posible por tratarse de un padecimiento de carácter crónico.

3 LA ENFERMEDAD COMO POSIBLE FACTOR DE DISCRIMINACIÓN Y LA REDEFINICIÓN DE LOS CONTORNOS DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Desde mi punto de vista, poco puede objetarse a lo señalado por la jurisprudencia ordinaria y constitucional cuando han negado que la alteración de la salud constituya, por sí misma, uno más de los factores sobre la que se proyecta la tutela antidiscriminatoria en nuestro ordenamiento jurídico. Ciertamente es que la dicción final del art. 14 CE, pese a su dicción literal, no puede entenderse comprensiva de cualesquiera condiciones o circunstancias en atención a las cuales pueda dispensarse a un individuo un tratamiento diferenciado. Basta fijar la atención en cualquiera de los factores de discriminación expresamente mencionados en los arts. 14 CE y 17 ET (nacimiento, raza, sexo, condición sexual, discapacidad etc.) para constatar que los elementos de separación o segregación que les son inherentes van indisolublemente ligados a formas tradicionales de opresión que pesan sobre determinados colectivos sociales especialmente vulnerables y merecedores, por tanto, de una especial tutela. La alteración de la salud debida a enfermedad o accidente, en sí misma considerada y como contingencia propia de la vida de cualquier individuo, no parece suscitar esos elementos de segregación o, por lo menos, no con la intensidad con que resulta apreciable en los factores de discriminación que sí cuentan con acogida expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello por cuanto el colectivo de trabajadores enfermos o accidentados no parece contar con las necesidades de integración social y laboral con la que sí cuentan otros colectivos sociales (minorías étnicas, menores, mujeres, discapacitados etc.) por las cuales son merecedores de una especial tutela.

Así pues, como regla general, puede convenirse que nuestro ordenamiento jurídico no ha pretendido elevar la alteración de la salud del trabajador, con vocación de universalidad, a la categoría de factor

sobre el que deba proyectarse la tutela antidiscriminatoria. Dicho eso, debe puntualizarse que esa regla general debe contar con dos singulares excepciones o vías de escape. La primera, concierne a los supuestos en que la dolencia que aqueje al trabajador, por su propia fisonomía y características, presente suficientes señas de identidad como para permitir afirmar que constituye un claro factor de estigmatización social del individuo y del grupo de personas que la padezcan. La segunda se identifica con las zonas de confluencia de los conceptos de alteración de la salud y discapacidad, puestas de relieve por la doctrina social comunitaria y a las que la jurisprudencia española, hasta el momento, no parece haber prestado suficiente atención.

En efecto, por lo que respecta a la primera de las excepciones señaladas, que la enfermedad no constituya *per se* un factor de discriminación, no excluye que pueda ser concebida como tal en aquellos casos en que sea claramente visible el elemento de la segregación. Ello acontecerá, singularmente, en los supuestos en los que las implicaciones médicas y sociales de la dolencia padecida por el trabajador conlleven muestras evidentes de la estigmatización social de las personas que la padecen¹⁷. Constituyen, a mi juicio, buen ejemplo de ello los supuestos de padecimiento de enfermedades con acusada carga estigmatizadora y generadoras de un ostensible prejuicio social como el sida¹⁸ y las enfermedades mentales¹⁹, esto es, dolencias que, por desgracia, en nuestra sociedad se hallan de por sí estigmatizadas. Se identifica a la persona con la patología que padece y al colectivo segregado con el propio estigma social. Y ello por cuanto se trata de patologías a las que rodean marcados estereotipos sociales, de largo recorrido en el tiempo y todavía presentes en nuestros días, que se materializan en actitudes de marginación y desprecio social hacia los colectivos que las padecen. Estereotipos como el de identificar al enfermo mental como un ser peligroso o al portador del sida con una determinada orientación sexual o el consumo de estupefacientes.

¹⁷No faltan pronunciamientos en suplicación concluyendo que se estigmatizó al trabajador por el hecho de estar enfermo. Cfr. Sentencias TSJ Castilla la Mancha 2 de noviembre de 2007, Rec. n. 1117/2007, TSJ Galicia 11 de febrero de 2014, Rec. n. 3917/2013 y TSJ Canarias 22 de diciembre 2010, Rec. n. 1314/2010 y 25 de enero de 2011, Rec. n. 204/2010.

¹⁸Es abundante la doctrina que, en este sentido, recurre al ejemplo paradigmático del VIH. Cfr. TOLEDO OMS, A. **El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal**. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 167. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Despido por enfermedad y discriminación, **RL**, n. 20, 2008, p. 3. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria, **RL**, n. 5, 2007, p. 4. VELASCO PORTERO, T. El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?, **RGDTSS**, n. 39, 2014, p. 148. FERNÁNDEZ DOCAMPO, M^a. B. La salud del trabajador como causa de discriminación, **REDT**, n. 162/2014, p. 13, nota n. 71. Cfr., asimismo, la sentencia TSJ Madrid 5 de noviembre de 2007, Rec. n. 3100/2007, Fund. Jco. 10 *in fine*.

¹⁹VALDÉS ALONSO, A. Trabajo, discapacidad y protección de la salud del enfermo mental, **RL**, n. 14, 2010, p. 12 y ss. (edic. *on-line*). Cfr., asimismo, las sentencias TSJ Andalucía 13 de febrero de 2007, Rec. n. 2469/2006 y Juzgado de lo Social n. 26 de Barcelona, de 23 de mayo de 2016 (AS 2016/1060), si bien en ambas se aprecia discriminación no por razón de la enfermedad mental que el trabajador padecía sino por su asimilación al factor de discapacidad al tratarse de una dolencia de larga duración.

La segunda de las vías de escape ha venido, como es sabido, traída de la mano de la doctrina social del TJUE. Dicha excepción pasa por la reconducción de estos supuestos a la discriminación por discapacidad cuando se trate de dolencias crónicas o de larga duración. En un principio, puede compartirse con el Tribunal Supremo que la alteración de la salud resultante de enfermedad o accidente, ni constituye, por sí misma, un factor de discriminación ni pueda identificarse en todo caso con la discapacidad pues aquella carece de la vocación de permanencia que caracterizan a ésta.

Ahora bien, a mi modo de ver, al igual que no puede afirmarse, de manera inconcusa, que la alteración en la salud no pueda constituir, en algunos casos, un factor de discriminación, se debe rehuir de soluciones apriorísticas o simplistas consistentes en negar que puedan existir casos donde sea dable reconocer a ambas contingencias cierto espacio de confluencia. Así resulta claramente de la doctrina social del TJUE que ha interpretado el alcance de la interdicción de la discriminación por discapacidad establecida por la Directiva 2000/78/CE, a la luz de la Convención ONU sobre derechos de las personas con discapacidad.

Como ya se adelantado aquí, por exigencias del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el ordenamiento interno, resulta más que previsible que nuestra jurisprudencia termine por adoptar posiciones más matizadas, alineadas con la doctrina sentada por el tribunal de Luxemburgo y con ciertos pronunciamientos de la doctrina judicial. Pronunciamientos que no han dudado en asimilar a la discapacidad, a efectos de tutela antidiscriminatoria, supuestos en los que la dolencia padecida por el trabajador revestía carácter crónico o, cuanto menos, era de evolución incierta (lumbalgias, hipertiroidismo, enfermedades mentales etc.), y, por tanto, de duración previsiblemente larga²⁰.

Ahora bien, debe ponerse de relieve aquí que no por ello la aplicación de dicha doctrina está exenta de dificultad. Téngase en cuenta que lo relevante a estos efectos no es el elemento objetivo de la duración del proceso de incapacidad temporal en el que se encuentre o haya encontrado el trabajador sino el subjetivo de la previsible duración de su dolencia. Como antes se expuso, que la limitación constitutiva de la incapacidad, para ser tal, deba ser a largo plazo, no deja de constituir un concepto jurídico indeterminado, pues constituye un mero elemento fáctico que solamente puede ser objeto de apreciación casuística. Con toda seguridad dicha apreciación no resulta tan enojosa en supuestos de dolencias crónicas como el asma, las lumbalgias, diabetes o ciertas enfermedades mentales en las que el presupuesto del largo plazo puede

²⁰Para supuestos de lumbalgia, cfr., las sentencias TSJ Comunidad Valenciana 8 de mayo de 2014, Rec. n. 778/2014, y TSJ Galicia 22 de diciembre de 2015, Rec. n. 3689/2015; hipertiroidismo: TSJ Cataluña 17 de febrero de 2015, Rec. n. 7053/2014; síndrome depresivo paranoico: TSJ Andalucía 13 de febrero de 2007, Rec. n. 2469/2006; trastorno bipolar: Juzgado de lo Social n. 26 de Barcelona, de 23 de mayo de 2016, AS 2016/1060; lesión musculoesquelética: Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2016, autos n. 1219/2014.

ser predicable. El verdadero problema estará en el resto de supuestos donde habrá que ponderar las circunstancias del caso y elementos como la incertidumbre sobre una pronta recuperación del trabajador o la hipotética prolongación del periodo necesario para la recuperación. Ponderación que, por exigencias de la jurisprudencia comunitaria, tendrá que retrotraerse al momento de la actuación presuntamente discriminatoria. Dichos elementos no hacen sino poner de relieve que se está ante un terreno notoriamente abonado a la inseguridad jurídica.

4 LA EVENTUAL INCIDENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA

Una última cuestión que debe ser objeto de análisis es la relativa a la eventual implicación en estos supuestos del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). La jurisprudencia constitucional y ordinaria vienen afirmando que el derecho a la integridad física comprende, ante todo, la incolumidad personal, entendida como el derecho de la persona “a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”²¹. Sin embargo, al tiempo se ha reconocido que dicho derecho fundamental comprende el derecho “a que no se dañe o perjudique la salud personal”²². Por tanto, si bien, en un principio, el derecho a la protección a la salud del art. 43 CE, por su ubicación constitucional, carece de eficacia directa e inmediata, dicha eficacia debe reconocerse, siquiera en parte, por la vía de su integración en el art. 15 CE.

Desde este punto de vista, y en un primer acercamiento, toda actuación empresarial que tenga como propósito o como efecto perjudicar o dañar la salud del trabajador podría considerarse viciada de nulidad por vulnerar dicho derecho fundamental. Ello no obstante, la doctrina constitucional ha razonado que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental sino tan solo aquel que genere un “peligro grave y cierto para la misma” cuando dicho peligro sea atribuible a la actuación empresarial²³.

Si, a la luz de esta doctrina, se juzgan los supuestos de despido del trabajador o de adopción empresarial de cualquier otra medida desfavorable para aquel, adoptada con ocasión y por causa de su quebranto en la salud puede concluirse que, sin perjuicio de la apreciación de discriminación en los términos antes expuestos, el derecho a la integridad

²¹Sentencias TC 207/1996, de 16 de diciembre, Fun. Jco. 2º y 220/2005, de 12 de septiembre, Fund. Jco. 4º. Sentencias TS 22 de noviembre de 2007 (Rec. n. 3907/2006), Fund. Jco. 3.2, y 22 de septiembre de 2008 (Rec. n. 3591/2006), Fund. Jco. 3.2.

²²Sentencias TC 35/1996, 11 de marzo (Fund. Jco. 3º) y 5/2002, 14 de enero (Fund. Jco. 4º), 62/2007, de 27 de marzo (Fund. Jco. 3º) y 160/2007, de 2 de julio (Fund. Jco. 2º).

²³Sentencias TC 119/2001, de 24 de mayo (Fund. Jco. 6º), 2/2002, de 14 de enero (Fund. Jco. 4º), 62/2007, de 27 de marzo (Fund. Jco. 3º) y 160/2007, de 2 de julio (Fund. Jco. 2º).

física no puede entenderse soslayado²⁴ pues la actuación empresarial no resulta generadora de un peligro grave y cierto para la salud del trabajador. Debe tenerse en cuenta que, aún en la hipótesis de que el trabajador impedido temporalmente para el trabajo haya sido objeto de la máxima sanción, esto es, de despido, no por ello cesará en el disfrute de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social pues, mientras esté impedido para el trabajo, continuará recibiendo asistencia sanitaria y, en su caso, la correspondiente prestación económica (art. 169.1 a), LGSS). Como se ha dicho, en este sentido, en estos casos, más que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud del trabajador, está en juego el derecho al trabajo del art. 35 CE²⁵.

Ahora bien, existe un supuesto donde parecería razonable la adopción de una solución diametralmente distinta, a fin de respetar escrupulosamente el alcance protector del derecho a la integridad física. Se trata de aquellos casos en los que el despido o la medida desfavorable que la empresa adopte respecto del trabajador se efectúe como represalia por la negativa a éste de abandonar el tratamiento médico, instar el alta médica y reincorporarse al trabajo. En estos supuestos, dado que existe una advertencia empresarial al trabajador en el sentido de que será objeto de una medida desfavorable si no se reincorpora al trabajo, resulta evidente la lesión del derecho fundamental pues se le conmina o fuerza a renunciar al ejercicio de su legítimo derecho a recuperar la salud bajo la amenaza de ser despedido (o ser objeto de cualquier otra medida desfavorable) si se opone a ello. Dicho acto de coacción o amenaza aparece, claramente, como una actuación empresarial que pone en riesgo grave la salud del trabajador²⁶. Por consiguiente, debe entenderse, a todas luces, lesiva del derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE.

²⁴En este sentido, SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J. A. La calificación del despido basado en la enfermedad del trabajador: el derecho fundamental a la salud y el mantenimiento de la relación laboral. *IL*, n. 16, 2007, p. 18. AZAGRA SOLANO, M. Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo, *RAD*, n. 4, 2011, p. 4 (edic. *on-line*). En contra, SÁNCHEZ TORRES, E. La enfermedad como improcedente de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia, *RL*, n. 2, 2006, p. 435. GINÈS I FABRELLAS, A. La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo, *AS*, n. 18, 2010, p. 12 (edic. *on-line*). CARRIZOSA PRIETO, E. Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?, *TL*, n. 96, 2008, p. 283.

²⁵Sentencias TS 22 de noviembre de 2007, Rec. n. 3907/2006 (Fund. Jco. 3.2) y 22 de septiembre de 2008 Rec. n. 3591/2006 (Fund. Jco. 3.2). Sentencia TSJ Cataluña 3 de diciembre de 2015, Rec. n. 5576/2015 (Fund. Jco. 3º).

²⁶Sentencias TS 31 de enero de 2011, Rec. n. 1532/2010, TSJ de Asturias 12 de marzo de 2010, Rec. n. 188/2010 y TSJ Andalucía 4 de octubre de 2011, Rec. n. 402/2011. Comparte esta doctrina, VELASCO PORTERO, T. El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?, *RGDTSS*, n. 39, 2014, p. 149, nota n. 20. Para una posición rotundamente en contra y crítica con la misma, cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, R. Nulidad del despido de un trabajador de baja médica que es presionado para que se reincorpore al trabajo, *AJA*, n. 819/2011, p. 1 y 2.