



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FINAL DE GRADO

EL DESPIDO ILEGAL DEL TRABAJADOR ENFERMO

DISMISSAL OF A SICK WORKER

Autor/es

ÁNGEL TOMÁS BLASCO MONTAÑÉS

Director/es

CARIDAD LÓPEZ SANCHEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

2018

INDICE

| | | |
|------|--|----|
| 1. | REUSMEN..... | 1 |
| 2 | PALABRAS CLAVE | 1 |
| 3 | INTRODUCCION | 1 |
| 2.- | EL MARCO LEGAL Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. | 2 |
| 2.1- | LA NORMA ESPAÑOLA: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL. | 2 |
| 2.2 | LA DIRECTIVA 2000/78/CEE y el convenio 158 OIT: | 4 |
| 2.3- | LA STC 62/2008, DE 26 DE MAYO..... | 6 |
| 3 | LA CALIFICACION DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO POR EL TJUE | 8 |
| 3.1- | La STJUE de 11 de abril de 2013 | 9 |
| 3.2- | La STJUE, de 1 de diciembre de 2016: “el caso Daouidi” | 11 |
| 5 | CONCLUSIONES..... | 12 |
| 6 | BIBLIOGRAFIA | 16 |

1. REUSMEN

El objeto de estudio, sugerido por mi tutora, suscitó mi interés, por tratarse de un tema controvertido y de gran actualidad en ese momento, como consecuencia de la sentencia 1-12-2016 del tribunal de justicia de la unión europea, el conocido como “caso daoudi”, el cual originó bastante controversia entre los graduados sociales, produciéndose diferentes opiniones al respecto. Esta Sentencia ofrecía la posibilidad de profundizar e indagar en la *ratio decidendi* de la misma así como analizar la doctrina judicial y jurisprudencial, y la normativa nacional como internacional y sobre todo un marcada línea argumental de la doctrina que aboga por una mayor protección de los trabajadores cuando se encuentran en esta situación de suspensión de su contrato de trabajo.

2 PALABRAS CLAVE

Incapacidad temporal/ nulidad/ improcedencia/ asimilación/ discapacidad

3 INTRODUCCION

La enfermedad es inherente a la condición humana: es fácil que una persona sufra a lo largo de su vida un empeoramiento de su salud durante un periodo pasajero; por ello se han creado sistemas médicos y de asistencia sanitaria, pilares fundamentales de nuestro estado de bienestar.

Para asegurar su correcto funcionamiento se han establecido normas que recogen los derechos y deberes de los ciudadanos, cuya interpretación y aplicación se atribuye a los tribunales, dentro de las relaciones laborales incluidos en los art. 4 y 5 del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET). Se reconoce la situación de incapacidad temporal como un supuesto tipificado de suspensión del contrato de trabajo (art 128.1.a LGSS). En la práctica, lo habitual es que el trabajador disfrute del plazo temporal necesario para volver a recuperar su estado óptimo de salud¹; no obstante, en este escenario puede producirse un conflicto de intereses, entre el derecho del trabajador a recuperar su salud² a través de la asistencia sanitaria, percibiendo las pertinentes prestaciones sustitutivas de Seguridad Social y el derecho del empresario a recibir la prestación de trabajo y así salvaguardar sus intereses económicos, que puedan verse perjudicados, como consecuencia de que el trabajador en situación de incapacidad temporal deja de ser productivo.

El ordenamiento laboral acoge la posibilidad de extinción unilateral de la relación laboral por decisión del empresario cuando las faltas de asistencia al trabajo, entre ellas, las derivadas de IT,

¹ Art.128.1 segundo párrafo LGSS: Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes.

2VELASCO PORTERO, T; “El despido del trabajador enfermo ¿improcedencia o nulidad?”; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 39 (2014), pág. 145

superan unos límites legalmente establecidos (art. 52.d ET)³ . La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó algunos artículos del ET, entre otros el art 52.d) con la finalidad de facilitar el despido por faltas justificadas, suprimiendo el umbral colectivo de absentismo y excluyendo así el único elemento objetivo para suponer un perjuicio económico de una IT, manteniéndose los demás criterios sobre las faltas al trabajo que pueden incluirse para ponderar el absentismo.

Pero, fuera de los márgenes legales el interés económico nos presenta una realidad donde los trabajadores por miedo a perder su puesto se presentan en el lugar de trabajo a pesar que su situación de salud no es la óptima para desarrollar la prestación laboral. Se produce ese “presentismo” que puede tener consecuencias para el propio trabajador o sus compañeros viéndose desprotegido su derecho a la salud (art.43CE) .La extinción de la relación laboral durante la incapacidad temporal constituye en la actualidad uno de los aspectos más controvertidos en el derecho del trabajo, por estar imbricados derechos fundamentales: el derecho a la integridad física y moral (art 15CE), la garantía de indemnidad (art.21CE) y el derecho a la salud (art. 43CE). En los últimos años se ha producido un cambio doctrinal a raíz de las Sentencias por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han incidido en la tradicional evolución seguida por nuestros Tribunales respecto de la calificación del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal.

2.- EL MARCO LEGAL Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

2.1- LA NORMA ESPAÑOLA: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores incluía una tutela reforzada para los supuestos de extinción contractual derivada de la voluntad del empresario, cuando el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal: el literal del artículo 56.6 ET, así como el artículo 102.6 LPL calificaban como nulo el despido del trabajador durante el período de suspensión de su contrato -como en el caso de incapacidad temporal (en adelante IT), que el ordenamiento laboral (art. 45 ET) reconoce como causa de suspensión-, salvo que la causa legal en la que se sustentaba el despido quedase acreditada suficientemente, calificándose, en este último caso el despido como procedente.

No obstante la reforma legislativa operada por la Ley 11/1994 modificó el contenido del artículo 55.6.ET, eliminando la mención expresa a las situaciones de suspensión del contrato entre los supuestos que merecían la calificación de nulidad de la decisión extintiva del empresario. De este modo, la nulidad de los despidos queda reservada a partir de la Ley 11/1994 solo a casos específicos en que el despido estuviera fundamentado en alguna causa de discriminación

³ Art.52.d ETT: El contrato podrá extinguirse “Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

expresamente prohibida por la Constitución Española o cuando se produjera una violación de derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores.

Consecuencia de lo anterior, es que a partir de este cambio normativo “La enfermedad por sí misma no es una causa lícita de despido, pero tampoco es por sí misma un factor discriminatorio”, de lo que se deduce que el despido de un trabajador en situación de IT en el que no queden suficientemente acreditadas las causas o el incumplimiento del trabajador debe ser considerado improcedente y no nulo⁴.

Pese a ello, numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y juzgados del orden social continuaron calificando como nulos los despidos de los trabajadores en situación de incapacidad temporal⁵⁶, por considerar la enfermedad un factor de discriminación incardinable en el artículo 14 CE⁷⁸ o causa de infracción de derechos fundamentales. Esta interpretación no fue compartida por el TS que desde el año 1991 calificó los despidos durante IT⁹ como improcedentes fundamentándose en el principio de que la enfermedad no es equiparable a la discapacidad y tampoco está prevista como posible causa discriminatoria del art 14.2.CE.

Así, la STS de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069) establece expresamente que el despido de un trabajador por no ser rentable para la empresa no es discriminatorio, siempre y cuando no sea apreciable la segregación, otra sentencia interesante es la STS de 3 de mayo de 2016, supuesto en el cual el empleador despidió a una trabajadora a los diez días de iniciar IT, ya que se había dado la inusual situación de estar cuatro de las once compañeras del centro de trabajo de baja, lo que fue resuelto con el despido y sustitución por otros trabajadores, ya que estaba viéndose perjudicada la producción y el normal funcionamiento de la empresa. Él despido se produce por invocación del bajo rendimiento del trabajador, siendo la causa real la enfermedad, resolviendo el tribunal con la calificación de improcedencia del despido y no su nulidad por no apreciar ningún elemento de segregación o estigmatización a causa de la enfermedad.

La doctrina del TS se ve reflejada en las SSTS de 12 de julio de 2002 , 23 de mayo de 2005 y 18 de septiembre¹⁰: encontrándose en todas ellas un denominador común, son despidos fruto de reiteradas bajas laborales, pero son enmascaradas bajo otra causa, ya sea por ineptitud o disminución del rendimiento, alegando así una causa justa para ejecutar el despido, que no se corresponde con la realidad de los hechos, por lo que son calificados estos despidos como nulos

5VELASCO PORTERO, T; “El despido del trabajador enfermo ¿improcedencia o nulidad?”; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 39 (2014) pág. 147; TSJ Cataluña, sentencia nº 5939/2006, de 7 de septiembre, TSJ Cataluña, sentencia nº 5340/2006, de 12 de julio.

6 SSTSJ Cataluña núm. 1891-2000 de 28 de febrero de 2000, núm. 6082-2002 de 26 de septiembre de 2002, STSJ de Murcia núm. 581-2004 de 24 de mayo de 2004, SSTSJ Cataluña núm. 5340-2006 de 12 de julio de 2006, núm. 5761-2006 de 28 de julio de 2006 y núm. 5939-2006 de 7 de septiembre de 2006.

7VELASCO PORTERO, T; “El despido del trabajador enfermo ¿improcedencia o nulidad?”; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 39 (2014), pág. 146-147

8MORENO GENE, J; “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: un nuevo episodio en el <<estira y afloja>>” pag.188

10 rec. núm. 4646/2002, rec. núm. 2639/2004 y rec. núm.4194/2006

por los juzgados de primera instancia al considerar que se vulnera el art 14, pero siendo corregidos por el TS como despidos improcedentes por no ser discriminatorios.

Puesto que el TS considera improcedentes los despidos en IT se deduce que no encuentran vulneración de ningún otro derecho constitucional como el de integridad física o el de salud, ya que la fundamentación del despido es la mera causa económica y no que sea un acto de mala fe como represalia contra el trabajador enfermo por ejercer su derecho a recuperar su salud.

Una excepción la encontraríamos en la STS de 31 de enero de 2011¹¹. En este caso un trabajador en situación de IT fue presionado por el empresario para que abandonará la baja y se reincorporara a su puesto de trabajo, produciéndose una chantaje por parte del empleador, haciendo valer la desigual fuerza de las partes en la relación laboral entre empresario y trabajador, al instar a volver a su puesto de trabajo, a pesar de no tener las condiciones óptimas de salud, por lo tanto en este caso en especial se declaró la nulidad del despido por vulnerar el derecho a la integridad física. Esta sentencia viene a confirmar la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia nº 810-2010 de 12 marzo 2

2.2 LA DIRECTIVA 2000/78/CEE y el convenio 158 OIT:

En sintonía con la legislación nacional procede hacer referencia, en primer lugar, a la redacción del art. 4 del convenio 158 OIT, que de forma expresa establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Asimismo, el concepto de discapacidad es definido en el art 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en el que se incluyen a aquellas “personas 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”. A este respecto, es muy importante el término “a largo plazo”, puesto que no es necesario que la discapacidad sea de nacimiento, producida por un accidente o que su duración sea para siempre, lo que abre el abanico a la interpretación sobre cuánto tiempo significa a largo plazo, tal y como se interpreta en la STJUE de 11 de abril de 2013¹² (asunto Ring), como analizaremos más adelante¹³.

En el ámbito de la normativa internacional es también importante considerar la directiva 2000/78 CE, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación de las personas con discapacidad (art.1), para eliminar la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, aumentando la protección para las personas con discapacidad. El concepto de igualdad de trato aparece definido en el art.2, como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta.

11 Sentencia de 31 enero 2011 rec. núm. 1532/2010

12 Sentencia 11 de abril de TJCE 2013\122

13 MORENO GENE, J; “enfermedad asimilada a discapacidad” como limite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. Comentario a la sentencia del tribunal superior de justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016\25104); IUSLabor 2/2016; pag.12

La Directiva diferencia entre dos escenarios, uno en que la discriminación se da de forma activa cuando una persona es tratada de forma menos favorable en una situación análoga por alguno de los motivos establecidos en el art.1, o de forma omisiva y pasiva, cuando una práctica o criterio en teoría neutro perjudica a una persona en alguna de las circunstancias discriminatorias enunciadas en ese artículo y el empresario no subsane esta situación, salvo que exista una fundamentación objetiva.

Dicho esto, la normativa será aplicable a todas las personas, sin diferenciar el sector donde ejerzan o pretendan ejercer su actividad laboral, como bien lo recoge el primer apartado del art 3 Directiva 2000/78¹⁴, y, en su virtud, tanto las empresas privadas como públicas tendrán el deber de garantizar la igualdad de trato al personal. Esta obligación se extiende a todos los aspectos de la relación laboral, incluida la extinción del contrato, por lo que cualquier decisión de extinguir el contrato que vulnere los derechos de la persona discapacitada y pudiera suponer una barrera para este trabajador podría considerarse una práctica discriminatoria.

Para incorporar la directiva 2000/78 en nuestra legislación se promulgó la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica la redacción de los artículos 4.2 ET, incluyendo expresamente en su redacción la prohibición de la discriminación por discapacidad, y 17.1 ET, expresando la calificación de nulidad de las decisiones empresariales unilaterales que supongan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por edad o discapacidad. No obstante, no introduce ninguna calificación como nulo del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal (art. 55 ET), ni en la antigua LPL.

La nueva redacción introducida por la Le 62/2003 ofreció seria dudas interpretativas. En este sentido, los juzgados de lo Social número 33 de Barcelona y el número 33 de los de Madrid fueron pioneros en España al calificar como nulos despidos durante situaciones de IT, ya que el simple hecho de despedir un trabajador en situación de suspensión del contrato de trabajo por lo general no supone una discriminación directa, pero sí que puede suponer una discriminación indirecta o por vulnerar el derecho a la integridad física y moral.¹⁵

Ahora bien, mientras el juzgado de Madrid presento una cuestión prejudicial al TJUE¹⁶, que da lugar al Asunto Chacón Navas (STJUE, de 11 de julio de 2006), la ST del juzgado de Barcelona efectúa una interpretación autónoma de la directiva 2000/78¹⁷, sin elevar cuestión prejudicial alguna, declarando la nulidad del despido., en consideración a que en ningún artículo especificaba

14Art.3. 1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

15SANCHEZ QUIÑONES, L; "la calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?"; Revista del derecho UNED; núm.20, 207, pág. 595.

16 Auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Madrid

17SANCHEZ QUIÑONES, L; "La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?"; Revista de derecho UNED, núm. 20, 2017, pág. 595

que el despido en IT debería ser nulo. Es más surgía la duda de como una situación temporal que en principio no tiene por qué tener una repercusión definitiva sobre la salud del trabajador se podía incluir dentro del marco de la directiva. La sentencia del juzgado de lo social de Barcelona se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo que hasta el momento había declarado la improcedencia y no la nulidad de dichas extinciones contractuales

Como veremos, el pronunciamiento de TJUE fue muy clarificador negando que discapacidad y enfermedad sean conceptos equiparables por no estar esta última incluida dentro del concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78, a no ser que la enfermedad desemboque en unas limitaciones duraderas o permanentes y las mismas limitaciones surgidas de la enfermedad sean la causa real del despido del trabajador en ese caso el despido será considerado nulo.

El TJUE se alinea, en este sentido con el criterio tradicional de TS sobre la improcedencia del despido pero no su nulidad, en consideración a que la enfermedad en términos genéricos no equivale al concepto de discapacidad y, por tanto, no .calificable como factor de discriminación prohibida en el art 14.CE.¹⁸, ni contravenir el derecho a la integridad física que acoge el artículo 15 CE¹⁹.

2.3- LA STC 62/2008, DE 26 DE MAYO.

Toda la normativa aplicable en el derecho nacional emana de la Constitución española que acoge los principios rectores de nuestro ordenamiento. Enunciando en ella derechos y deberes reconocidos de todos los ciudadanos de España. Los comportamientos discriminatorias entran en conflicto con los artículos de la carta magna como con el art 14, incluido dentro del libro de derechos y libertades, que salvaguarda el principio sobre el cual todos los españoles somos iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por ello en casos de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, puede considerarse que existe discriminación laboral cuando dicha decisión empresarial extintiva esté relacionada con el coste económico que supone tener a un trabajador en incapacidad temporal o que concatene diferentes incapacidades temporales, siendo el verdadero motivo de ese despido la enfermedad y sus posibles limitaciones, toda vez que este es encuadrable en el apartado del art 14.CE sobre causa genérica de otras circunstancias o condiciones personales o sociales.

Esta situación se producirá cuando la enfermedad sea el elemento de segregación, basándose en la simple existencia de la misma o que evolucionara en la estigmatización de la persona enferma, eludiendo cualquier consideración que permitiera poner en relación dicha circunstancias con su aptitud para desarrollar su prestación laboral.²⁰

Ante las decisiones tomadas en los juzgados sociales de primera instancia y en los TSJ, en los casos donde la parte perjudicada no está de acuerdo con el laudo dictado por el juez, recurren la sentencia no firme ante los tribunales superiores, tanto el TS mediante el recurso de unificación de

19 22 de enero de 2008 (Aranzadi RJ 2008\1621) y 22 de septiembre de 2008 (Aranzadi RJ 2008\5533).
20 SANCHEZ QUIÑONES, L; "La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?"; Revista de derecho UNED, núm. 20, 2017, pág. 605.

doctrina, ya que el TS ha tenido una interpretación diferente a la de los juzgados de primera instancia y los TSJ de las comunidades autónomas respecto a considerar improcedente y no nulo los despidos durante la situación de incapacidad temporal, y por otra parte, ante el TC, siendo esta vía la opción menos usual, puesto que no había aceptado antes a trámite un recurso de amparo fundamentado sobre el supuesto en conflicto, aportando por su parte una nueva perspectiva a esta cuestión tan controvertida.

Es importante, a este respecto la STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008²¹, en la cual un trabajador fue despedido por la empresa con fundamento en la ruptura de la buena fe contractual, por no haber informado a dicha empresa de sus condiciones especiales de salud, ya que padecía dolencias en la espalda, que le habían supuesto encadenar sucesivas incapacidades temporales. El interesado solicitó el reconocimiento de una incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual, pero vio frustrada su petición.

El trabajador promovió la demanda de despido contra la empresa, pidiendo en la súplica la consideración del despido como nulo o, de forma subsidiaria, la improcedencia-, por considerar que estaba fundamentado en su enfermedad y, por tanto, era constitutivo de discriminación, con vulneración del artículo 14 CE. .

Siendo partes del proceso demandante, demandado y el ministerio fiscal también como interesado, con un alegato amplio y nutrido de artículos constitucionales: el art 14 y por extensión el 15 CE, así como el art.18.1 CE, considerando inconstitucional que se despidiera al trabajador por no facilitar sus expedientes médicos vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador ya que el historial médico de las personas es confidencial.

En la demanda aparece un nuevo concepto interesante -introducido por el fiscal-, la enfermedad intermedia entre la discapacidad y la enfermedad simple, entendida como la que toda persona acabará sufriendo a lo largo de su vida de forma periódica y disfuncional.

Dicho esto se daría el hecho de absentismo ocasional producido por la enfermedad, causando faltas justificadas que podrían ocasionar su despido por el art 52.d) ET, dejando al trabajador enfermo con escasas expectativas de volver a encontrar un puesto de trabajo en su actividad habitual, suponiendo el desamparo de este y excluyéndolo del mercado laboral.

Al fallo que llegó el alto Tribunal, fue rechazar el recurso de amparo, por considerar que “el despido basado en este caso en la incapacidad temporal del trabajador por enfermedad podría conceptuarse como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria”, habida cuenta, considera el Tribunal Constitucional, de que la enfermedad en este caso no es una de las circunstancias genéricas de discriminación que aparecen enunciadas en el artículo 14 CE, ni es el estado de salud del trabajador el motivo que fundamenta el despido, si no que la extinción del contrato de trabajo obedece a la ocultación de la enfermedad a la empresa con carácter previo a la contratación: en este caso en particular la empresa considera despedir al trabajador, no porque se encuentre enfermo, sino porque dicha enfermedad le imposibilita para el trabajo que realiza y de haber sido conocedora antes no lo hubiera llegado a

21SANCHEZ QUIÑONES, L; “La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?”; Revista de derecho UNED, núm. 20, 2017, pág. 603.

contratar, calificándolo como una transgresión de la buena fe contractual, siendo éste el motivo del despido²².

No obstante, se advierte en los fundamentos jurídicos de la Sentencia una línea argumentativa que abre la consideración de la enfermedad como factor de discriminación, por razón de circunstancias personales que puede incluirse en la prohibición regulada en el artículo 14 CE cuando referencia a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, debido a que la enfermedad puede desembocar en discriminación cuando se utilice como elemento de segregación cuando por la existencia de la misma se estigmatice a la persona enferma²³.

No obstante las personas enfermas no se pueden definir como un grupo suficientemente homogéneo, ya que los sujetos poseen diferentes situaciones, por lo que no cualquier despido en IT sufrido por una persona que se encuentre enferma se considerara nulo, se deberá estudiar el caso particular y las circunstancias que se producen.

El contenido de esta sentencia ha tenido repercusión en las decisiones de los tribunales menores, al tomar en consideración que el simple hecho de que una IT supone un coste económico, no puede justificar el despido del trabajador enfermo. Un ejemplo sería la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 12 de marzo de 2010²⁴, ratificada por TS, supuesto en el que se coacciona al trabajador para que abandone la situación de IT, se encuentra claramente una vulneración del derecho a la integridad física y moral art10.CE y se observa como el empresario abusa de suposición, ejerciendo una represalia contra el trabajador por encontrarse de baja médica, calificando el juzgado el despido como nulo.

3 LA CALIFICACION DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO POR EL TJUE

La estructura judicial española regulada por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) especifica la competencia de los diferentes organismos judiciales de nuestro ordenamiento interno tanto para competencias objetivas de la materia como para la jurisdicción territorial del ámbito del conflicto.

No obstante, España al ser país miembro de la Unión Europea debe ratificar directivas y tratados internacionales, introduciéndolos con las adaptaciones necesarias en nuestro sistema legislativo. Ciertos conflictos entre los actores tienen repercusión con directivas internacionales por lo que pueden ser conocedores del asunto tribunales internacionales tales como el de la Haya o el TJUE teniendo estos que interpreta los tratados y determinan la licitud o no de los actos adoptados por las instituciones u órganos de la unión, como viene recogido en el art.267 TFUE.

En la mayoría de casos el procedimiento judicial se inicia a instancia de una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial de un estado miembro acerca de la interpretación de una directiva siendo los jueces nacionales los que continúan con el proceso después del pronunciamiento prejudicial emitido por el TJUE.

22RODRÍGUEZ CARDO, I.A.; “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”; LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer; pág.4

23SANCHEZ QUIÑONES, L; “La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?”; Revista de derecho UNED, núm. 20, 2017, pág. 604

24 TSJ de Asturias sentencia núm. 810/2010 de 12 marzo

La tradicional negativa de los tribunales para asimilar la discapacidad a la enfermedad sufrió un cambio desde la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, por parte de la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009²⁵, flexibilizando el concepto de discapacidad y ampliando la protección de la directiva 2000/78. Muestra de ello es que encontramos sentencias tanto en el ámbito nacional en especial por los juzgados de primera instancia de lo social y las salas de los TSJ.

No obstante las sentencias más significativas las encontraríamos en la jurisprudencia internacional, con las STJUE de 11-4-2013²⁶ y STJUE de 1-12-2016²⁷ ayudan a comprender la nueva doctrina que expone el tribunal sobre la asimilación del concepto de discapacidad a las enfermedades de larga duración y por lo tanto su protección especial.

3.1- La STJUE de 11 de abril de 2013

La primera sentencia, fecha 11-4-2013 (asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11) analiza el supuesto de dos trabajadoras danesas, despedidas por razón de reiterada inasistencia al trabajo con motivo de diversas dolencias dorsales y cervicales que reducían notablemente su capacidad para trabajar.

La Sra. Ring (primera trabajadora) presentó diversas bajas entre los meses de junio y noviembre de 2005 motivada por un trastorno en la zona lumbar que no tiene cura, por lo que no se pudo determinar cuándo podría retomar su actividad profesional a tiempo completo, tomando la empresa la decisión de prescindir de sus servicios.

En el caso de la Sra. Skouboe Werge (segunda trabajadora), tuvo un accidente de circulación y sufrió un latigazo cervical, por lo que estuvo de baja médica durante unas tres semanas, después no faltó al trabajo por enfermedad más que unos días, al poco tiempo, la empresa valorando la situación de la Sra. Skouboe Werge toma la decisión de reducir su jornada de trabajo, mediante una baja por enfermedad a tiempo parcial, durante cuatro semanas, período en el que trabajaría alrededor de cuatro horas al día. Escasamente un mes y medio después produjo una baja total por enfermedad con previsión de durar un mes, pasado ese lapso de tiempo, la trabajadora seguía sin tener el estado de salud óptima para trabajar y sin un pronóstico delimitado sobre su recuperación, extinguiendo la empresa su relación laboral.

La Sra. Skouboe Werge pasó por un proceso de evaluación ante la administración laboral danesa, concediéndole la invalidez con un grado del 65 % de incapacidad, no obstante, pudiendo compaginar esa invalidez con un trabajo cuando se adecue a su situación especial de salud.

El TJUE determinó la asimilación entre el estado de salud de las trabajadoras y el concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, ya que solo están limitadas para ejercer un trabajo a tiempo completo. Además no consideran que la reducción de jornada sea una de las

25 ESTEBAN LEGARRETA, R; "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RD Leg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad"; Trabajo y Derecho, Monográfico 6/2017, Nº 6, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer; pag 14

26 Sentencia 11 de abril de TJCE 2013\122

27 Sentencia 1-12-2016 de TSJ de Cataluña núm. 3767/2017

medidas del artículo 5 directiva 2000/78²⁸ defendiendo, asimismo, su decisión de extinguir la relación laboral ya que así lo avala el derecho danés y por lo tanto no es discriminatorio

Antes de entrar en el fondo del asunto, el juez danés encargado del caso, decidió plantear cuestiones prejudiciales, relacionadas con el concepto de discapacidad, por una parte si se podría incluir a personas que no pudiera llevar a cabo su trabajo o solo de forma limitada, durante un periodo específico como consecuencia de dolencias físicas, mentales o psíquicas, y por otra si el concepto de discapacidad podría ser aplicable para condiciones producidas por una enfermedad diagnosticada como incurable y para las curables.

En relación a la cuestiones planteadas, el TJUE mantiene que el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva, debe interpretarse en el sentido 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.

La naturaleza de las medidas que el empleador a de adoptar, no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.²⁹, pero el empresario debería haber tomado medidas en el puesto de trabajo para que el trabajador que presenta una limitación pueda adaptarse a el, con sus limitaciones intrínsecas y a si no tener que extinguir la relación laboral, podría ser una reducción del tiempo de trabajo, pero siempre sería el juez nacional en caso de conflicto el que tendría la última palabra pudiendo rechazar una jornada limitada si fuese una carga excesiva para el empleador, si el empresario por considerar excesiva la carga decidiese extinguir definitivamente la relación laboral tendría que seguir los marcos legales establecidos y no podrían ser contrarios a la directiva.

Es interesante el análisis de a presente sentencia , ya que supone un cambio en la interpretación de la directiva, ampliando el ámbito de su protección hasta las enfermedades de larga duración forjando el termino de enfermedad equiparable a discapacidad³⁰, siempre que se encuentre limitadas sus capacidades por dolencias físicas, mentales o psíquicas para enfermedades que se diagnostiquen como curables o incurables, como en este caso, donde las trabajadoras poseen unas limitaciones físicas que chocan con una jornada a tiempo completo, suponiendo una barrera para su participación plena y efectiva en la vida profesional.

No obstante, con la adaptación por parte del empresario en los tiempos de trabajo ya fuera con una reducción de la jornada o con un descanso más amplio a lo largo de la jornada las trabajadoras

28 Art.5.Ajustes razonables para las personas con discapacidad:A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

29 (C 335/11 y C 337/11)

30VELASCO PORTERO; T; "El despido del trabajador enfermo ¿improcedencia o nulidad?"; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 39 (2014); pág. 153

podrían realizar las labores de su puesto como cualquier otro trabajador que no sufriera una dolencia, por lo tanto las medidas tomadas por los empresarios podrían calificarse como discriminatorias³¹, ya que la causa del despido fue la enfermedad y no se plantearon soluciones para que dichas trabajadoras pudieran adaptarse a su puesto de trabajo, entonces el despido sería nulo con las consecuencias jurídicas que se le atañen a estos despidos.

3.2- La STJUE, de 1 de diciembre de 2016: “el caso Daouidi”.

Al igual que la primera sentencia la segunda responde a unas cuestiones prejudiciales de un juzgado en este caso español³² sobre la interpretación de la directiva 2000/78 y sigue evolucionando la doctrina del tribunal de justicia, afianzándose la asimilación de discapacidad a las enfermedades de larga duración y precisando la cuestión relativa al carácter duradero de la enfermedad o dolencia.

La STJUE 1-12-2016³³ trata sobre el caso Daouidi, un trabajador que entro a su empresa como ayudante de cocina con un contrato eventual por aumento de la actividad, a media jornada y con duración de tres meses, siendo renovado para nueve meses más, con el visto bueno de su jefe de cocina que realizo un informe favorable.

El señor Daouidi sufre un accidente laboral en el cual se fractura el codo izquierdo, iniciando un IT a causa de su estado de salud, siendo la fecha de alta imposible de precisar debido a la gravedad de la lesión. Antes de los dos meses de baja la empresa le comunica su despido a causa de no haber alcanzado las expectativas establecidas, ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. El trabajador al no estar de acuerdo con la decisión empresarial presenta demanda de despido y pide al juzgado que declare su nulidad por vulneración de su derecho a la integridad física, derecho recogido en el art.15 CE, ya que el empresario ha solicitado su reincorporación al puesto de trabajo durante su situación de baja médica enmascarar una discriminación por su condición física bajo el falso motivo de ser despedido por ineptitud.

El TJUE aborda el alcance duradero de la enfermedad o dolencia para considerar su inclusión en el por el concepto “discriminación directa por discapacidad”, recogido en los artículos 1, 2 y 3 de la directiva 2000/78, pero determina que el simple hecho de que el interesado se encuentre en situación de IT, y que ésta sea de duración incierta, provocada por un accidente laboral, no tiene por qué significar que la limitación de su capacidad sea calificada de «duradera», basándose en la definición establecida de «discapacidad» de la Directiva y la interpretada del Convención de la ONU.

No obstante hay indicios que permiten considerar que dicha limitación sea «duradera», puesto que los informes médicos no pueden determinar la duración de la incapacidad, por lo tanto no hay una perspectiva bien delimitada de curación a corto plazo además existe la posibilidad de que

31RODRÍGUEZ CARDO, I.A;” Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”; LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer; pag.4

32 Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona
33 C-395/15

dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Para comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente deberá basarse en todo indicio objetivo que pueda disponer, en particular, documentos y certificados médicos relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales³⁴.

El tribunal de justicia no se pronunció sobre si existía una vulneración del art 15.CE ya que no es competencia suya y su apreciación deriva hacia el juez español. Pese a todo se matiza la posibilidad de que se declare la nulidad de un despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal. A tal efecto corresponde al juzgador determinar si el despido pretende eludir una situación de incapacidad temporal con tintes de prolongarse en el tiempo de forma significativa en cuyo caso podría apreciarse una infracción de la normativa europea ofreciéndose como solución la eventual declaración de nulidad del aludido despido³⁵.

A lo largo de estas dos sentencias, importantes para interpretar la directiva 2000/78, se observa el avance sustancial de la doctrina del TJUE, ampliando la casuística de despidos calificados como nulos, ya que además de la protección donde se dan hechos de estigmatización directa y clara también se incluyen supuestos en que la incapacidad del trabajador no se muestre bien delimitada en cuanto a los plazos de su finalización o cuando pueda prolongarse de forma significativa afectando a la posibilidad del trabajador de reincorporarse a su actividad laboral, sin embargo como establece el tribunal en la sentencia no todo caso de despido durante IT tendrá la consideración de nulo, se deberá la nulidad a los hechos concretos de cada supuesto³⁶.

5 CONCLUSIONES

La situación de incapacidad temporal supone un escenario donde se suspende el contrato de trabajo por no ser posible la efectiva prestación de trabajo, producida por las condiciones físicas o psíquicas desfavorables del trabajador, encontrándose mermada su salud. La parte empresarial tiene el compromiso de seguir cotizando por ese trabajador con contrato suspendido que no realiza ninguna actividad laboral, pagando la prestación durante los primeros días y el agravio de tener que buscar un sustituto para la vacante del trabajador enfermo suponiendo una nómina más a la plantilla

Sin obviar la posible duración de la incapacidad laboral, con un periodo máximo de un año, pero pudiendo prorrogarse seis meses más, esto hace que sea un periodo costoso y lleno de incertidumbres; además esa incapacidad temporal podría llegar a no revertirse, evolucionando en un incapacidad permanente permitiendo en ese momento extinguir el contrato de trabajo como lo

34MORENO GENE; J; “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: un nuevo episodio en el <<estira y afloja>>”; RTSS. CEF, núm. 415 (octubre 2017);pág. 191

35RODRÍGUEZ CARDO; I.A.; “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”; LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer; pág.4-5.

36RODRÍGUEZ CARDO, I.A.; “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”; LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer pág.6

establece el art 49.e).ET, con la salvedad recogida en el art 48.2.37ET. En el periodo de dos años el INSS revisara la IP de ese trabajador tomando la decisión de calificar al trabajador como apto si las lesiones se han corregido y ya no suponen una limitación para el trabajo, lo que supone al empresario el deber de buscar un puesto de trabajo con las condiciones similares al que tuvo hasta el momento de enfermar, como si de una excedencia se tratase, pero pudiendo darse el caso de no poder recolocar a ese trabajador en la empresa, esto supondría una situación extremadamente perjudicial ya que podría suponer su exclusión del mundo laboral.

Ante tal escenario el empresario sopesa la posibilidad de despedir al trabajador al inicio de la incapacidad temporal³⁸, cuando sea causada por una enfermedad o lesión con una recuperación incierta en el tiempo, ya que podría suponerle un menor coste asumir la indemnización de un despido improcedente que el gasto emparejado a esa incapacidad.

Es preciso nombrar la directiva 2000/78 como norma reguladora y garante de los derechos de las personas a efectos de discriminación, encontrándose en su redacción la prohibición de discriminar a una persona por el simple hecho de que esta sea discapacitada. En un primer momento era la única interpretación del texto, pero ha ido evolucionando, ya que la jurisprudencia del TJUE se ha ido ampliando, hasta el momento de poder asimilar la enfermedad de larga duración a la discapacidad³⁹. Dicha enfermedad no tiene que ser esencialmente incurable puesto que dicha asimilación puede producirse para lesiones que después de un transcurso se restituyan como antes de producirse la lesión, la clave para que exista la asimilación es carácter duradero y la incertidumbre del plazo de recuperación.

El efecto que ha tenido esta nueva interpretación por los tribunales, se traduce en la calificación de despidos nulos, por considerarlos discriminatorios, cuando la practica anterior era su calificación como improcedentes. Esta flexibilidad de interpretación produce que las causas alegadas para que se produzca el despido deberán ser reales y no ficticias además de no encubrir una mala fe por la parte empresarial, erradicando la voluntad lesiva que suponga un perjuicio para el trabajador en situación de baja de duración indeterminada.

La jurisprudencia del TS, que ha sido considerada más restrictiva que otros órganos judiciales a tenor de lo expuesto, solo considerara como discriminatorio el despido cuando el trabajador se encuentra afecto de una IT de larga duración, puesto que podría asimilarse la discapacidad a una enfermedad como ya viene calificando en diversos supuestos el TJUE. El problema surge al

3748 2: En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente
38SANCHEZ QUIÑONES, L; "La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?"; Revista de derecho UNED, núm. 20, 2017, pág. 604
39 Juzgado de lo social Nº 33 de Barcelona, Sentencia núm. 472/2016 de 23 diciembre

determinar cuál es el canon para considerar una incapacidad como duradera⁴⁰ y por lo tanto qué situaciones de IT se encuentran incluidas en la tutela de la directiva 2000/78.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la mayoría de estos despidos se producen por la causa enunciada en el art 52.d) ET que admite la extinción del contrato por faltas justificadas cuando superan los umbrales establecidos en dicha norma, cabe cuestionar si no se está produciendo una inadecuación entre lo dispuesto por el artículo y la directiva 2000/78, ya que el fin de esta norma es, entre otros, evitar la discriminación de personas con discapacidad. La contradicción podría surgir cuando se proporcione un trato desfavorable, por las condiciones personales o sociales que se contemplan en el art 14 CE, realizando un acto discriminatorio indirecto, siempre y cuando el móvil de la acción sea dirigida a las posibles limitaciones, que puede tener la persona discapacitada; es entonces cuando la enfermedad puede suponer un elemento de segregación o estigmatización del trabajador, pero solo cuando el móvil del despido sea únicamente ese, la condición de discapacidad.

En relación a lo expuesto, surge la duda sobre la inconstitucionalidad del art 52. ET, tal y como se encuentra ahora redactado por lo que no sería descabellado una modificación para adaptar el texto a la corriente europea marcada por el TJUE, mas protectora en situaciones asimiladas a la discapacidad tales como la enfermedad de larga duración, como recogen diferentes sentencias del marco europeo y del marco nacional.

Una sentencia muy representativa la encontraríamos en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015⁴¹, en la cual se produce el despido de una trabajadora en virtud del artículo 52.d) ET, por acumulación de bajas, siendo la mayoría de ellas relacionadas con la enfermedad crónica que sufre, no obstante sin reconocer ningún tipo de discapacidad.

Considerando el TSJ calificar el despido como nulo en virtud al art.55.6 ET⁴², esta resolución judicial no ha sido recurrida y puede suponer un punto de inflexión para la doctrina judicial española

Por lo tanto según las últimas sentencias del TJUE no sería descabellado abrir una vía hacia la posibilidad de crear un nuevo concepto de discapacidad para adecuarse a las situaciones difusas pudiendo suponer un puente entre una discapacidad y una enfermedad de larga duración que pueda revertirse o no, en un plazo de tiempo de larga duración⁴³.

Desde este punto de vista, pueden configurarse dos categorías de discapacidad diferentes: el concepto clásico sobre pérdida permanente de capacidad a partir de reducciones anatómicas o funcionales, o deficiencias congénitas, y otra más vanguardista, de carácter temporal, curable o

40 MORENO GENE, J; "La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: Un nuevo episodio en el <<estira y afloja>>"; comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017, rec.núm.2310/2017;RTSS. CEF,núm.415 (octubre 2017);pag.195

41 Sentencia TSJ de Galicia núm.7395/2015

42 Artículo 55: Forma y efectos del despido disciplinario; 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

43 ESTEBAN LEGARRETA, R;" El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad"; trabajo y Derecho, Monográfico 6/2017, Nº 6, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer; pág. 13

superable, que viene referida a condiciones o situaciones que provocan una limitación para el normal desenvolvimiento laboral y social⁴⁴.

Una posible salida para esta situación a la que se enfrentan los trabajadores durante un proceso de IT, podría pasar por un lado en fijar indemnizaciones mayores por ley para estos casos, conciliando el legítimo interés empresarial con la adecuada tutela del trabajador aumentando el peso de la responsabilidad social empresarial, por otro lado, aumentar el gasto en políticas sociales por parte del estado ya que no puede recaer todo el peso sobre el sector privado⁴⁵, suministrando ayudas económicas o reducir los gravámenes que le supone a una empresa la IT de un trabajador, de esta forma reduciendo el perjuicio económico sobre el cual se justifican para realizar los despidos y garantizando una mayor protección al trabajador.

44RODRÍGUEZ CARDO, I.A. “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?; LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer; pág.5.

45RODRÍGUEZ CARDO, I.A. “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”; LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer; pág.6.

6 BIBLIOGRAFIA

DESDENTADO DAROCA, E. "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, nº 3, 2017, ISSN 2254-3171.

ESTEVAN LAGARRETA, R. "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, Nº 6, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

2016, Editorial Wolters Kluwer.

MORENO GENE, J. "La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: un nuevo episodio en el <<estira y afloja>>, RTSS.CEF, núm. 415, octubre 2017.

MORENO GENE, J. "La enfermedad asimilada a la discapacidad "como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. Comentario a la sentencia del tribunal superior de justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016/25104)", IUSLabor 2/2016, p. 1-23, ISSN 1699-2938.

RODRIGUEZ CARDO, I.A. "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", LA LEY Unión Europea nº 43, diciembre 2016, Nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

SANCHEZ QUIÑONES, L. "La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal. ¿Discriminación o discrecionalidad empresarial?, REVISTA DE DERECHO UNED, NÚM. 20, 2017.

SANCHEZ PEREZ, "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud", Revista de Información Laboral, nº 5, 2017, ISSN 2254-3171.

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