

Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero**

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

«Las capacidades designan las combinaciones alternativas que un sujeto individual puede hacer o ser, es decir, los distintos desarrollos que puede alcanzar como persona activa para elegir sus proyectos, siguiendo su propio camino de búsqueda de una vida de libertad en igualdad»

SEN¹

«El valor de hacer participar plenamente en la vida social a las personas con discapacidad, a través del fomento de sus capacidades, exige una concepción cooperativa y de las motivaciones humanas centradas más en la justicia solidaria que en el racionalismo utilitarista económico»

NUSSBAUM²

1. EL MARCO LEGAL: UN ESTATUTO COMPLEJO, DISPAR Y DESCOORDINADO PARA LOS ESTADOS DE SALUD LIMITATIVOS DE LA CAPACIDAD DE TRABAJAR

Las limitaciones psicofísicas sobrevenidas de los trabajadores afectan de forma diversa a su «capacidad para trabajar», al margen de su calificación jurídica, sea en el marco de la «discapacidad» social, sea en el de la «incapacidad» laboral, temporal o permanente. Pero la experiencia más actual de «gestión de empresa» enseña que las vinculadas, de un modo u otro, a la temporal siempre están en el punto de mira, político-jurídico y económico-social.

¹ Sen, A. (1999). *Development as freedom*. Nueva York: Alfred A. Knopf.

² Nussbaum, M. C. (2012). *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.

La razón principal de esa extensa e intensa actualidad y trascendencia es que reflejan un escenario particularmente abonado para el conflicto entre el enfoque de «garantías» de las normas laborales (razón/alma social) y el de sus «costes» para empresas y poderes públicos (razón/alma económica). En otros términos (actualizados con carácter general en el «Editorial» de este número), la regulación de los diversos estados de salud de las personas, atendiendo a las eventuales restricciones psicofísicas que puedan sufrir durante su relación de empleo, representa uno de los escenarios donde hoy aparece más radicalizado el conflicto, por lo tanto las necesidades de equilibrio reconciliador, entre su derecho fundamental a trabajar en condiciones de igualdad con el resto (principio de seguridad en el empleo *ex arts. 35, 9.2, 10, 14, 40 y 43 Constitución Española* –CE–) y la protección de la, no menos fundamental, libertad de empresa y su garantía de competitividad (principio de rendimiento productivo *ex art. 38 CE* y *16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*). El problema se agrava porque en el sistema jurídico español esta conciliación de derechos e intereses opuestos requiere atender múltiples conjuntos normativo-institucionales autónomos y diversos, lo que evidencia notable complejidad, cuyas indudables interacciones carecen de la articulación o coordinación adecuada debida, creando importantes disfunciones y vicios jurídicos (lagunas, antinomias).

En apretada síntesis, 4 son los ámbitos normativos sociolaborales afectados en los que esa tensión entre seguridad en el empleo (estabilidad) y rentabilidad del mismo para la empresa (flexibilidad de gestión) se contempla de forma parcialmente diversa, a veces de una manera más ambivalente y transaccional, otras más inclinadora del fiel de la «balanza» hacia un lado u otro, que resultará más favorecido por su «espada» (garantías), evocando la imagen más simbólica de la «justicia (social)». A saber:

- a) Las normas laborales estatutarias (Estatuto de los Trabajadores –ET–). Protegen la estabilidad (suspensión contractual *ex art. 45 ET*), pero no renuncian al incentivo económico (negativo: miedo a perder el empleo) del despido lícito (ineptitud *ex art. 52 a) ET*; por absentismo, cuando sus bajas, aun justificadas, son persistentes, esto es, reiteradas en periodos cortos e intermitentes, reduciendo la utilidad económica de la prestación *ex art. 52 d) ET* –una lectura expansiva en la STS 316/2018, de 19 de marzo–; *art. 49.1 e) ET*).
- b) Las normas de seguridad social (Ley General de la Seguridad Social –LGSS–). En ellas también hallamos un prevalente fin de protección, en aras de promover una seguridad económica sustitutiva, temporal (incapacidad temporal –IT–) o permanente (incapacidad permanente –IP–), a la renta del trabajo (*arts. 169 y ss. y 193 y ss. LGSS*). Pero tanto para la IT, sobre todo, como para la IP (ej. *art. 174.3 LGSS*), la reducción del gasto y de control preventivo del fraude están a la orden del día. Las reformas en los últimos 20 años de la IT responden a esos fines económicos (enfoque de gestión del riesgo moral –a menor aseguramiento, menor fraude–).
- c) Las normas (laborales) de seguridad y salud en el trabajo (Ley de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL–). En ellas, en efecto, la finalidad prevalente es la prevención de riesgos laborales, de modo que el empleador debe una protección eficaz

(art. 14 [LPRL](#)), adaptando el trabajo a la persona que tiene diversas capacidades –sin que ello le incapacite–, según la previsión general *ex* artículo 15 de la [LPRL](#) (enfoque de gestión ergonómica del trabajo), especificada y reforzada para las «personas especialmente sensibles» (art. 25 [LPRL](#)). El imperativo de protección de la seguridad y salud en el trabajo no está condicionado por el coste económico de las medidas si estas resultan exigibles en virtud del deber de protección eficaz.

- d) El estatuto de derechos y garantías de las personas con discapacidad (y hoy también con enfermedades o estados de salud asimilables a ella). Sin perjuicio de las reglas de tutela antidiscriminatoria contenidas en el resto de sectores normativos (ej. arts. 4 y 17 [ET](#)), es evidente que esta prevalente finalidad protectora se refleja especialmente en el [Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LDPD). Incluye no solo «garantías liberales» (prohibiciones de discriminación *ex* art. 35.5 y 2 d), sino también «garantías sociales» (obligaciones positivas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo, como el art. 40, donde se recoge el deber de adaptación razonable del puesto de trabajo a la discapacidad), dada la centralidad del objetivo de integración social –que aparece incluso en el título–. Sin embargo, esas garantías no se eximen del límite económico (costes), pues hallan expresamente el condicionante de evitar «una carga excesiva para el empresario».

Por supuesto, todos esos microcosmos normativos nacionales están, a su vez, trufados de referentes supralegales (internacional –[Convenio núm. 158 Organización Internacional del Trabajo](#)–, comunitario y europeo –art. 24 [Carta Social Europea revisada](#)–), multiplicando la complejidad, fragmentación y disparidad, destacando, cómo no, la [Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre](#), sobre igualdad de trato en el empleo. En esta se establece un marco general para luchar contra múltiples causas de discriminación laboral, entre ellas la discapacidad, no los estados de salud en sí (enfermedad), según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) (ej.: calificación de improcedencia, y no de nulidad, de los despidos basados en la pérdida de utilidad económica de las personas en estados de salud carenciales). No es posible entrar en los aspectos más destacados de este abigarrado entramado normativo³. Sí conviene referir algún aspecto útil para comprender el alcance de la doctrina jurisprudencial, que supone una rectificación de sus precedentes, si bien inconclusa y modulada por el enfoque de costes, a debate en este diálogo.

El primero debe llamar la atención sobre la relativa autonomía conceptual y normativa de los diferentes conceptos en juego. No cabe, así, identificar «discapacidad» (estado personal y social resultante de la interacción de las limitaciones psicofísicas con vocación de permanencia de una persona y las barreras que, por causa de aquellas, se le derivan para su participación en

³ Para un análisis reciente en relación con el despido, *vid.* Monereo Pérez, J. L. (2017). *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*. Albacete: Bomarzo.

condiciones de igualdad en la vida social, incluido el trabajo) con «incapacidad para trabajar» (si bien legalmente la IP se asimila a la discapacidad; art. 4.1 **LDPD**). Precisamente, esa autonomía conceptual y reguladora entre subsectores normativos asociados a la protección de los estados de salud/capacidad de trabajo de las personas determina otras deficiencias de protección a causa de su descoordinación. Así sucede cuando se produce una declaración de incapacidad definitiva para el puesto actual –que da lugar al cese–, pero de capacidad para la profesión habitual –que excluye al tiempo la prestación por IP–, agravándose estos déficits de protección «en la actualidad al haber (...) incrementado la flexibilidad funcional interna» (**STS de 26 de octubre de 2016, rec. 1267/2015**, fundamento jurídico –FJ– segundo, punto 2).

En segundo lugar, y en conexión con el primero, es obligado llamar la atención sobre la diferencia igualmente conceptual-normativa entre determinados institutos jurídicos internos y los comunitarios, de modo que lo que en la tradición nacional es una enfermedad susceptible de provocar una situación de IT, en el acervo comunitario puede ser «de larga duración» (**STJUE de 1 de diciembre de 2016, caso Daouidi**). Consecuentemente, aunque toda la regulación nacional está presidida por ese carácter temporal de los procesos de baja, diferenciándose los de «corta-media» duración (hasta 365 días, regulados en el **RD 625/2014, de 18 de julio**) y los de «larga duración» (366-720 días), reconociéndose 4 grupos distintos según la duración (art. 2.3 **RD 625/2014**), no excluiría la calificación de enfermedad o «estado de salud-inclusión social» asimilable a la discapacidad, con las consecuencias de marco protector derivadas. No es que este tipo de calificaciones mestizas sean desconocidas para nuestra experiencia (piénsese en la «incapacidad temporal indefinida discontinua» para casos de recaída; **STS de 27 de junio de 2011, rec. 3666/2010**), sin embargo, sí presenta un alcance innovador y plagado de consecuencias prácticas en el marco de la tutela antidiscriminatoria.

Finalmente, es obligado insistir en la necesidad de una cuidadosa labor de ponderación de tan variados y complejos derechos e intereses, sin ceder a la (usual) tentación de simplificar la complejidad y la colisión, sacrificando una posición (garantías del sujeto más vulnerable, la persona con estados de salud limitativos) respecto de la otra (facultades de gestión productiva –ley del más fuerte–), ni viceversa. En el actual marco normativo no hay prohibición absoluta de despedir a personas con discapacidad o enfermedad asimilable, siempre que, eso sí, resulte acreditada su «razonabilidad». Pero, ¿cuándo puede entenderse como tal?

2. SUPUESTO DE HECHO: EL RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO

Una cajera de banco (Santander) sufre un atraco con arma de fuego (2001), sufriendo estrés postraumático, que le llevó a una baja por IT y a recibir tratamiento psiquiátrico. El trauma laboral le dejó secuelas psíquicas (miedo a una nueva situación violenta), por lo que se le prescribe médicamente que trabaje en grandes espacios y con numerosos compañeros. Tras varias adaptaciones de puesto, incluso traslados, y diversos procesos de reestructuración de la empresa, vuelven los episodios ansioso-depresivos al ubicar a la trabajadora en otra tarea –de operativa, no de cajera– pero en una sucursal de tamaño medio. La problemática conlleva una intervención

inspectora, a raíz de la cual se requiere una reevaluación de las condiciones en las que trabaja la empleada. Para ello se contrata con servicio de prevención ajeno, con el que tenía concertada la vigilancia de la salud, la realización de un examen de actitud psicofísica de la actora para el desarrollo de sus funciones. El servicio de prevención ajeno emite informe de apta para la tarea operativo-administrativa. Otros informes, emitidos por médicos del servicio vasco de salud, evidencian la no aptitud de no ubicarse en sucursales más grandes.

Años después (2013), es trasladada a nueva sucursal, de tamaño medio (7 empleados), con funciones de operativa/administrativa (en un piso superior sin contacto con el público). La trabajadora recae, apenas 5 meses después, en situación de IT, declarada laboral por el INSS. Meses después, la mutua confirió el alta, declarándose judicialmente indebida, manteniéndose la IT. Novado el puesto y reconocida médicamente su aptitud para el trabajo, pese a la divergencia de criterios médicos, la inspección decide que no debe intervenir, pues no le compete dirimir la disparidad.

Estando de baja, la empresa la despide por ineptitud. Impugnado por la trabajadora, que solicita la nulidad, destacando que la última baja médica no habría tenido lugar de no haberse modificado su ubicación geográfica, por lo que no solo es apta sino que la extinción obedece a una decisión discriminatoria por razones de su estado de salud, el despido es calificado de improcedente, en instancia y en suplicación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– del País Vasco 1469/2015, de 28 de julio, rec. 1280/2015). La trabajadora argüía que se conculcaba la doctrina del TJUE sobre discriminación por causa de enfermedad asimilable a la discapacidad, así como el sistema de gestión preventiva de riesgos, por tratarse de persona «especialmente sensible» *ex* artículo 25 de la LPRL. Parte de que ha sido reconocida como apta para el trabajo, con limitaciones definidas y conocidas por el banco. Ninguno de estos argumentos convence a la sala de suplicación.

3. DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PARA EL FALLO

La sala social del TS, una vez efectuado el juicio procesal de contradicción, desestima el recurso, manteniendo la improcedencia, pues no habría causa de nulidad. Rechazando que haya contradicción respecto de los dos primeros motivos invocados en el recurso (nulidad por falta de realidad seria del despido y nulidad por violación del derecho fundamental *ex* art. 15 CE –en la interpretación expansiva de la STC 62/2007, de 27 de marzo: vulneración al probarse inactividad de la empleadora pese a conocer el riesgo que suponía la asignación biológica de la trabajadora embarazada–), sí entrará en el fondo del análisis de la eventual discriminación por causa de discapacidad (psíquica, en el caso), conforme a la doctrina de la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y 337-11 (Ring y Werge). Dos serían, a su juicio, los presupuestos que tendrían que concurrir para calificar de discriminatoria la conducta:

- a) La situación de discapacidad del trabajador. Reconoce que puede existir, pese a que no concurra en el caso una declaración formal en tal sentido, apelando a la evolución de la jurisprudencia del TJUE.

- b) La inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables. Entiende que en el caso sí habría habido medidas de readaptación de la situación de la trabajadora.

Para la primera afirmación, sobre la base tanto del [asunto Ring](#) como de los que luego se han sucedido, pues el TJUE «utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la convención», trata de crear un puente con sus precedentes para aparentar continuidad –inexistente– con los del TJUE: «Precisamente respetando y asumiendo la doctrina del Asunto "Ring" (...), esta Sala (...) ha señalado (...) en la STS/4.^a de 3 mayo 2016 (...) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad» (FJ tercero, punto 3). Sobre esa base de evolución hacia un concepto más social, afirma la condición de discapacitada ya que el cuadro de afectaciones que presenta «podría justificar esa calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento (...), en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar».

No obstante, al margen de esa «evolución conceptual, plenamente acatada por esta Sala IV (...) [sospechosa insistencia, que suena a *excusatio non petita, accusatio...*] (...)», considera que no constatándose un móvil discriminatorio, la cuestión debe resolverse con el «análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 (...) que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad». Análisis que superaría la empresa, que sí habría realizado medidas adecuadas «a la readaptación de la concreta situación de la actora» (FJ tercero, punto 5).

Por ello, una vez más con una formulación un tanto críptica o elíptica, valorará que:

Se hace difícil aceptar que el fallo de instancia es contrario a la doctrina que se plasma en la sentencia de contraste, pues, aunque partamos de un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la STJUE que se aporta de contraste, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica (...) (FJ tercero, punto 6).

4. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: UNA VELADA RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL PERO INCONCLUSA Y CONFUSA

4.1. *Un nuevo concepto jurídico, social e informal de discapacidad: por fin el Tribunal Supremo asume el concepto comunitario de enfermedad asimilable a discapacidad*

Pese al fracaso del recurso (enfoque de abogacía laboral), o sin perjuicio del triunfo de la oposición al mismo (enfoque de abogacía de empresa), la doctrina jurisprudencial expuesta tiene una extraordinaria trascendencia doctrinal, aunque sus consecuencias prácticas, para uno u otro

enfoque de gestión (garantista o de flexibilización), quedan a expensas de futuras nuevas decisiones de la sala social del TS y, sobre todo, de su recepción en la doctrina judicial. La actual incertidumbre no se ha resuelto del todo tampoco ahora, pero se avanza en los desarrollos urgidos para adecuar nuestro Derecho a la jurisprudencia del TJUE.

Hasta ahora, la sala social del TS había amagado varias veces con asumir la evolución jurisprudencial comunitaria, pero hasta hoy se habría mantenido en un acatamiento nominal. La [STS de 25 de noviembre de 2014, rec. 2344/2013](#), dejó entrever la necesidad de «matizar o precisar nuestra doctrina sobre equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación». Justamente, con voluntad de anticiparse a esa rectificación, la [STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. 3689/2015](#) (despido por absentismo), calificó el despido como discriminación indirecta (dolencia lumbar crónica con fases agudas de dolor que le provoca recurrentes restricciones). Tampoco en este caso la sala de suplicación evidenció dote alguna de profeta, porque la [STS 700/2017, de 21 de septiembre](#), la casó. Eso sí, dedicó varias páginas a recordarnos la doctrina del TJUE paso a paso –incluida la [Sentencia Daouidi](#)–. De nada útil sirvió, pues, la [STS de 3 de mayo de 2016, rec. 3348/2014](#) (despido sin causa de una trabajadora en IT por accidente *in itinere*, manteniendo el criterio de improcedente y no nulo), identificada por la [sentencia de nuestro diálogo](#) como el auténtico precedente que abriría la puerta a la rectificación.

Pero no es tiempo de tornar a los desencantos por las oportunidades perdidas en el pasado, sino de situarnos en el presente, con la mirada puesta en la misión del intérprete de hacer más previsible las soluciones para los casos futuros (en lo posible, dada su connatural incertidumbre). Por fin, el TS acepta que hay un estado de discapacidad sin reconocimiento administrativo de la misma, asumiendo el concepto social y fáctico del artículo 4.1 de la [LDPD](#) –aunque ni lo cita–. Este cambio fue anticipado por diversas doctrinas de suplicación. Primero la [STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017, rec. 2345/2017](#) –con un [comentario](#) sugerente del profesor Moreno Gené en el número de marzo de 2018 de esta revista–. Ahora la [STSJ de Andalucía/Sevilla 1109/2018, de 5 de abril](#) (despido objetivo por pretendida causa organizativa de un trabajador que sufrió, 2 meses antes, un infarto cerebral –ictus–, dándosele de baja por contingencia común –ilustra la práctica de encubrir despidos por enfermedad bajo otras modalidades: *vid.* [STS 306/2018, de 15 de marzo](#), y [STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)–). Pierde sentido su tono desafiante: «(...) contra el criterio del TS que dice que la discapacidad solo puede ser considerada como un estatus que se reconoce oficialmente (...)».

De todos modos, la retadora sala andaluza no quiere liberarse del todo de su vínculo nacional y, como la [sentencia de nuestro diálogo](#), hace de la [STS de 3 de mayo de 2016, rec. 3348/2014](#), una invitación «(...) a pensar que se estarían sentando las bases para la concreción de un cambio doctrinal en el momento en el que el TS hace referencia explícita a la duración (...)». A diferencia de la sala gallega, la andaluza ha sido más premonitoria y ha anticipado el cambio. Aunque, a juzgar por las últimas sentencias de la Sala IV del TS, la nulidad seguirá siendo *rara avis* ([STS 306/2018, de 15 de marzo](#), revocatoria de otra sentencia gallega).

4.2. *Un segundo paso interpretativo pendiente de clarificar jurisprudencialmente: ¿qué entendemos por enfermedad de probable larga duración?*

Pero las alegrías por progresos interpretativos duran poco. Si para el caso ninguna duda hay del carácter duradero de la restricción (más de 10 años en la situación), ¿qué sucede para los demás casos? Como el TS solo responde –por lo general, no siempre es tan prudente o «congruente»– a lo que se le pregunta y en el caso esta determinante cuestión no estaba en discusión, por ir de suyo en suplicación y en casación, desplazando el eje del razonamiento a la obligación de acomodación razonable, nos quedamos sin saberlo por ahora. El problema no es menor, por la extrema incertidumbre jurídica que seguiría pesando sobre el concepto de enfermedad asimilable a la discapacidad por su probabilidad (relación de riesgo) de ser de larga duración. El TJUE, con su característico razonar oracular (marcado por ambigüedades y conceptos ambivalentes), condiciona el plus de protección a la concurrencia a este concepto jurídico indeterminado. Aunque proporciona algunos elementos indiciarios para objetivar la concreción, que compete al juez nacional, su imprecisión revela insuficiencia para cubrir el estándar de la seguridad jurídica razonablemente posible.

La consecuencia práctica no es solo la disparidad interpretativa en la experiencia de los niveles inferiores de la jurisdicción, dominando un exceso de subjetivismo, sino que también favorece valoraciones restrictivas para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria, cuando debería ser al contrario por tratarse de un derecho fundamental⁴. Naturalmente, reclamar una lectura garante del efecto útil no es alentar decisiones carentes de una sólida justificación (la calidad jurídica reivindicada en el «Editorial» frente al arbitrio judicial), como podría ser el caso, entre otras, de la [Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Mataró, 368/2017, de 20 de noviembre](#). En ella, se considera suficiente para estimar el carácter duradero de una limitación de capacidad por razones de carencias de salud estimada en «unos 38 días». Dudo de que esta sentencia pase el severo filtro de la doctrina de suplicación social catalana (SSTSJ de Cataluña [3767/2017, de 12 de junio](#), caso Daouidi, y [2215/2017, de 3 de abril](#), despido por absentismo).

Ahora bien, fuera de estas decisiones claramente desviadas de una interpretación razonable de la evolución, ¿es posible hallar algún parámetro objetivado, como requiere el TJUE, aunque no lo ofrece de una forma precisa, solo genérica e indiciaria, que evite la actual deriva subjetivista de una parte considerable de nuestros jueces y tribunales (nuevo ejemplo de puro arbitrio judicial)? Aunque difícil, no es imposible. Justamente, en esa línea dirigida a la objetivación de los criterios y consiguiente previsibilidad mayor de las soluciones judiciales, dentro del margen de certeza posible, que no es absoluta, en modo alguno, constituye una novedad interesante la citada [STSJ de Andalucía/Sevilla 1109/2018, de 5 de abril](#).

Al respecto, partiendo, con excesivo optimismo de que «ya no hay separación entre enfermedad y discapacidad» (la [STS 306/2018, de 15 de marzo](#), le recuerda que sí y lo lleva a la práctica estimando el recurso), desplaza el juicio a «la determinación de si la duración de las deficiencias»

⁴ Remitimos de nuevo a la excelente [síntesis del profesor Moreno Gené](#) en el número de marzo de 2018 de esta revista.

es «suficientemente prolongada» para equipararse al nuevo y social concepto de discapacidad (FJ sexto). Ni la Convención de la ONU ni la directiva dan pauta alguna (FJ sexto).

Muy vagamente, el TJUE sintetizó el contenido de ese juicio exigiendo del juez nacional que identifique si «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio» la incapacidad del interesado no presenta «una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo» (criterio de incertidumbre sobre la duración) o, alternativa, no cumulativamente, si en tal fecha la incapacidad laboral es susceptible de «prolongarse significativamente antes del restablecimiento» del trabajador (criterio de duración de largo plazo relevante). Para ello, que no es nada clarificador, el TJUE requiere el uso de documentos objetivados, elaborados con el mayor rigor científico-médico. Sobre estas indicaciones, la sala sevillana precisa:

- a) El momento del acto presuntamente discriminatorio es el despido, «único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba (...) en el momento en que se celebró el juicio, como entiende la sentencia recurrida».

El argumento se asienta en la dimensión «esencialmente fáctica» del juicio valorativo. Por lo tanto, la tarea de evaluación de la discapacidad laboral del trabajador debe efectuarse con los datos disponibles «en el momento en que se enjuicie el acto presuntamente discriminatorio, por ser el más cierto». No todas las doctrinas de suplicación lo asumen, pese a ser el acogido por el TJUE (a diferencia de la posición de la Abogacía General). Así, la [STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017, recurso 2345/2017](#), que sí declaró la nulidad, valoró, junto a la duración prevista en el despido –100 días–, la estimada para un momento posterior –200 días–. La [STS 306/2018, de 15 de marzo](#), que revoca la nulidad, lejos de clarificar añade más sombras, pues desliza que cabe tener en cuenta factores posteriores.

- b) El criterio cuantificable objetivamente para fijar el carácter duradero de la limitación de capacidad del trabajador debe situarse en la prueba de que su dolencia es susceptible de persistir «más allá del tiempo medio necesario para curarla» (FJ cuarto).

Se recordará que, con la finalidad de mejorar el control preventivo del fraude en la percepción de la prestación por IT, el artículo 2.2 del [Real Decreto 625/2014](#) manda elaborar «tablas de duración óptima» tipificadas por los distintos procesos patológicos, así como «tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades laborales». A tal fin, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha publicado el [Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal](#), a fin de servir de referente objetivado para los médicos, dando así fundamento más científico-técnico a la decisión facultativa. Pues bien, la sala sevillana acude ahora a este criterio. Por eso, para el caso, concluye que si al momento del despido el tiempo medio de curación era de 120 días, habiéndose producido el hecho causante de la baja apenas 60 días antes de la extinción –la carta de despido se da poco después de transcurrido 1 mes desde el ictus–, «no se puede decir que la limitación era de larga duración ni que iba a persistir más allá del tiempo medio necesario para curar».

4.3. *La segunda novedad relevante del nuevo criterio jurisprudencial: alcance y límites de la «garantía social» antidiscriminatoria de acomodación razonable*

En cualquier caso, aun constatado este estado de salud restrictiva de la capacidad para trabajar asimilable o equiparable a la discapacidad, por su pronóstico de larga duración (más allá de la media estimada para su óptimo tiempo de curación, si acogemos el criterio referido u otro), tanto la [Sentencia Ring](#) como la [sentencia de nuestro diálogo](#) recuerdan que no por ello se ha de calificar de discriminatoria la conducta. Para ello, se precisa que no haya desarrollo alguno por la empresa de su obligación positiva de acomodación razonable, como garantía social de efectividad del derecho a la seguridad en el empleo para situaciones de restricción o limitación de la capacidad del trabajador discapacitado o en estados de salud equiparables (arts. 5 [Directiva 2000/78](#) y 40.1 [LDPD](#)). Una vez más, hemos de lamentar la parquedad de la decisión jurisprudencial, que se ha contentado con reconocer que se trata de un concepto muy amplio también, pero sobre el que no desenvuelve razonamiento jurídico alguno, aceptando sin más que el esfuerzo realizado por la empresa es suficiente, porque no ha sido pasivo, muy al contrario que en el asunto de la [STC 62/2007](#).

Por lo tanto, de un lado, nos priva este laconismo, en el plano teórico, de criterios lo suficientemente precisos como poder llevar a cabo la debida ponderación entre la obligación de acomodación (enfoque de gestión de garantías) y el límite o contrapeso de la razonabilidad de la misma (enfoque del coste de la carga). Falla, pues, la función jurisprudencial de ofrecer un umbral de seguridad jurídica razonablemente adecuado para los múltiples operadores que intervienen en estos complejos procesos (técnicos, médicos, gestores, operadores jurídicos). De otro, el plano práctico, el control de efectividad (umbral de intensidad protectora o efecto útil) de la medida adoptada es tan liviano que albergo muchas dudas de que pueda servir para concienciar (menos inquietar) mínimamente a los departamentos de gestión de personas que puedan sufrir estos estados de salud de un imperativo ético-jurídico y social de este tipo. En consecuencia, también sale debilitada la función jurisprudencial de promoción de conductas más ajustadas al principio de causalidad económica socialmente adecuada que preconiza el TJUE, al promover un escaso compromiso para las empresas con el modelo de nuevas buenas prácticas de gestión adaptadora que subyace a la directiva y a la jurisprudencia comunitaria (garantía del efecto útil para el valor de justicia social subyacente a la norma).

4.4. *Otra oportunidad de certeza perdida: ¿bovia el Tribunal Supremo el deber de adaptación preventiva y/o lo confunde con el de «acomodación razonable»?*

Que el TS afronte por vez primera el alcance de esta garantía social antidiscriminatoria, lo que es saludable positivamente, no justifica complacencia con el resultado hermenéutico y no ya solo por la doble crítica (técnico-jurídica y de política del derecho) efectuada, sino también porque ha dejado sin resolver una cuestión determinante para la solución del caso, a mi juicio, y que sí se planteó en el debate judicial, orillándolo también la sala de suplicación. Me refiero a la distinción entre el enfoque de gestión ergonómico de los riesgos profesionales, incluida la

garantía preventiva del deber de adaptación adecuada del puesto de trabajo *ex* artículos 15 y 25 de la [LPRL](#) y el enfoque de gestión antidiscriminatoria cuando concurren trabajadores con estados de salud asimilables a la discapacidad, que incluye la garantía social de acomodación razonable (art. 40.2 [LDPD](#)). Aunque los ámbitos subjetivos de un ámbito y otro son diversos, así como sus contenidos protectores (ámbito objetivo de cobertura), pueden converger para ciertas personas, como sucede claramente en el caso enjuiciado.

Aquí estaríamos ante una trabajadora con «especial sensibilidad» respecto de un cierto riesgo psicosocial (derivado de un accidente de trabajo), cuya continuidad en el tiempo le provoca restricciones asimilables a una discapacidad. Pero conserva suficiente capacidad (aptitud) para el trabajo, según se constata médicamente, siempre y cuando se mantengan las medidas preventivas prescritas (trabajar en servicios operativos, no en caja y entornos más amplios). Así lo constató el servicio de prevención ajeno (SPA) llamado inicialmente para dar cumplimiento a la acción inspectora. Es legítimo ([STS de 22 de julio de 2005, rec. 1333/2004](#)) que las empresas acudan a un SPA para «(...) constatar si el trabajador conserva, o no, la aptitud necesaria para su desempeño profesional (...)», sin deslizarse, bajo coberturas contractuales que lo presentan como «atención sanitaria continuada», hacia prestaciones de control de las bajas (la [STSJ de Navarra 459/2016, de 4 de octubre](#), excluye que un SPA preste servicios de control del absentismo –sus informes fueron usados para readaptar a los aptos con restricciones y para despedir a los no aptos, por exceder los arts. 3.1 b) y 3.2 [RD 843/2011, de 17 de junio](#)–).

Ahora bien, existe una diferencia determinante para la suerte de la solución correcta. El juicio de ponderación en una y otra garantía es diverso. Cuando se trata de una cuestión de salud, el marco comunitario (art. 6.2 d) [Directiva 89/391/CEE](#)), a diferencia del antidiscriminatorio (art. 5 [Directiva 2000/78](#)), excluye que el coste y las razones de organización rentable puedan ser un condicionamiento determinante, porque el estándar de protección no se limita por la razonabilidad económica de la medida, como sí sucede en la tutela antidiscriminatoria, sino por su necesidad y adecuación al derecho fundamental de la trabajadora a la salud *ex* artículo 15 de la [CE](#). En el caso, como se recordará, el problema real de «ineptitud» viene por los procesos de reestructuración del banco, dirigidos a reducir sucursales presenciales o físicas. No obstante, persisten algunas de ellas con características prescritas médicamente para la trabajadora, por lo que el cumplimiento del protocolo médico era posible, aunque supusiese mayores costes de gestión, sin resultar ni irracional económicamente (como sí sucede en el caso de la citada [STS de 26 de octubre de 2016, rec. 1267/2015](#) –desarrollo de una alergia al corcho, único material con el que trabaja la empresa–) ni imposible fácticamente. En suma, desde el punto de vista preventivo, cabe cuestionar la decisión jurisdiccional, en la medida en que no respeta el exigente estándar de adopción de medidas necesarias y adecuadas preventivas *ex* artículos 15 y 25 de la [LPRL](#), máxime cuando es también incapaz de probar suficientemente la causa justificativa de su decisión.

En consecuencia, el imperativo de readaptación de las condiciones de trabajo para su acomodación al estado de salud del trabajador afectado por enfermedades de larga duración, pero no propiamente incapacitantes, no debería devaluarse otorgándole una función ancilar, secundaria, de puro actuar de trámite o formal. Tampoco estrictamente condicionado por las razones de rees-

tructuración empresarial, pues el enfoque preventivo aquí dominante –se trata de un accidente laboral y de un riesgo psicosocial laboral– no tiene el límite de la prohibición de una carga económica excesiva ínsita en la protección antidiscriminatoria. De ahí, que más que el artículo 14 de la CE, la clave de bóveda de la solución correcta del caso debió ser el artículo 15 de la CE⁵, cuya interacción solicitaba pertinentemente la defensa de la trabajadora, obviado –quizás más por confusión– demasiado a la ligera en el análisis judicial y jurisprudencial, pese a ser clave para la solución jurídica, no solo de este caso, sino para muchos análogos, presentes y futuros.

4.5. *Más allá del despido por ineptitud: el deber de acomodación razonable en el juicio del despido por absentismo de personas con discapacidad o asimiladas*

La [sentencia de nuestro diálogo](#) hace referencia al [asunto Ruiz Conejero](#) (despido por absentismo de persona con estado de discapacidad reconocido a causa de su obesidad y las dolencias derivadas), a fin de reafirmar la decisión de asumir la evolución jurisprudencial sobre el concepto de discapacidad. Pese a tratarse de una mera cita, la referencia no es banal. Entre el extenso, complejo y extremadamente impreciso inventario de criterios dados por el TJUE al juez nacional inquiriente –devolviéndole la «patata caliente» intensificada– para decidir si el [artículo 52. d\) del ET](#) se oponía o no, en el caso concreto a la directiva comunitaria, estableciendo un juicio de proporcionalidad –admitida la legitimidad del fin de la lucha contra el absentismo–, está la evaluación del perjuicio que la norma ocasiona a las personas discapacitadas, atendido el plus de riesgo de bajas que corren. Para ponderar ese perjuicio, el TJUE, tras reconocer el margen de libertad de apreciación de fines y medidas de los Estados, incluye la valoración del efecto útil de la garantía social de acomodación razonable *ex* artículo 40 de la LDPD, por su virtualidad para «prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por (...) la posible aparición de enfermedades vinculadas a la discapacidad» ([STJUE de 18 de febrero de 2018, C-270/16](#), apdo. 55). Juicio ponderativo al que habría que sumar, además de un dato jurídico (si los datos numéricos del precepto se adecúan al fin o penaliza también ausencias «puntuales»), otros económicos y estadísticos (costes para las empresas del absentismo y si la norma crea incentivos a los empresarios para favorecer la contratación o la conservación del empleo de personas con discapacidad).

No lo ha considerado así la [Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca, 171/2018, de 7 de marzo](#). Pese a su esforzado y extenso razonamiento, simplifica en demasía ese juicio ponderativo, difícil para un jurista (el TJUE lejos de resolverle la cuestión se la complica, remitiéndole a complejos análisis económicos, no accesibles ni inequívocos, favoreciendo, por enésima vez, el subjetivismo, haciendo más función de oráculo que de faro), centrándose en 2 datos: uno normativo y otro fáctico. El primero le lleva a constatar, como el TJUE, que pese al intento

⁵ Para un planteamiento jurídico contrario *vid.* la sugerente entrada del blog de Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2018). Despido objetivo por ineptitud sobrevenida: no discriminación si se adoptan medidas de readaptación. <ignasibeltran.com> (17-03-2018). Recuperado de: <<http://ignasibeltran.com/2018/03/17/despido-objetivo-injustificado-por-ineptitud-sobrevenida-no-discriminacion-si-se-adoptan-medidas-de-readaptacion/>> (consultado el 16 de abril de 2018).

legislativo por ampliar el catálogo de bajas excluidas del cómputo (ampliándolo a las enfermedades graves –paradigmática el cáncer, hoy de actualidad por la batalla de muchas de sus víctimas en pro de una mejor protección laboral y prestacional–, amén de las largas), no es completo y, en consecuencia, tiene efectos perjudiciales para las personas afectadas de discapacidad, en mayor proporción que para el resto (discriminación indirecta). El segundo, fáctico, este plus real para las personas con discapacidad (hubo reconocimiento administrativo) de bajas con más frecuencia que los demás (condición de colectivo de trabajadores más vulnerables al riesgo de absentismo). Por lo tanto, alcanzarán con más facilidad el doble umbral numérico –«corto» y «largo», según la [STS 316/2018, de 19 de marzo](#)– del [artículo 52 d\) del ET](#). De ahí la necesidad –sobre la que no repara el juez social– de valorar expresamente si los umbrales fijados son suficientemente eficaces para evitar realmente el absentismo o favorecen penalizar bajas más episódicas (identificando la [STS 316/2018, de 19 de marzo](#), el *dies ad quem* para el cómputo del umbral largo –5% de jornadas en los 12 meses previos– con la fecha del despido, favorecía también la penalización del no persistente –al coincidir periodo corto y largo en los mismos 12 meses, alcanzado aquel, se llegará inmediatamente a este–).

Así planteado –y reducido– el conflicto, se constata una colisión frontal entre la norma nacional y la comunitaria, dejando inaplicada aquella y primando esta, concluyendo que hay discriminación indirecta y condenando a la cantidad simbólica de 1 euro –lo criticamos en el [número de abril](#) de esta publicación–, por no concurrir el conocimiento empresarial de la situación de discapacidad (habría actuado convencido de que estaba en un uso legítimo de sus facultades al tener cobertura de la ley nacional). Dejando de lado la cuestión de si cabe o no una interpretación de conformidad, corrigiendo los desajustes para integrar la norma comunitaria (yo no creo que la corrección deba ser *lege ferenda* sino que es ya de *lege data*), la complejidad de las pautas del TJUE dificulta prever la solución prevalente para los numerosos casos futuros, creando un estado de incertidumbre análogo al concepto de «larga duración» asimilable a la discapacidad. Ahora bien, estoy convencido de que las sentencias de suplicación futuras –incluso respecto del [caso Ruiz Conejero](#) en el seguro recurso de la empresa–, así como el TS, darán mucho más juego, como en el caso de nuestro diálogo, al conflicto entre el efecto útil de la garantía social de acomodación y la efectividad del límite de su coste empresarial ajustado.