



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola di Alta formazione Dottorale

Corso di Dottorato in Formazione della Persona e Mercato del Lavoro

Ciclo XXX

Settore scientifico disciplinare IUS/07

**LA PERMANENCIA DE LOS TRABAJADORES CON
ENFERMEDADES CRÓNICAS EN EL MERCADO DE
TRABAJO. UNA PERSPECTIVA JURÍDICA**

Supervisore:

Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Tesi di Dottorato

Silvia FERNÁNDEZ

Matricola n. 1036195

Anno Accademico 2016/17

INDICE

Plan de trabajo y metodología

Posicionamiento del problema

CAPÍTULO I

Encuadramiento jurídico de los trabajadores con enfermedades crónicas

1. Relevancia del impacto de las enfermedades crónicas para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
2. Trabajadores con enfermedades crónicas: definición legal y diferenciación de otras figuras
 - 2.1 La equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad. Ventajas e inconvenientes
 - 2.2 El concepto jurídico de trabajadores con enfermedades crónicas

CAPÍTULO II

Derechos de los trabajadores con enfermedades crónicas en el ámbito laboral

1. Derecho a la no discriminación
 - 1.1. Enfermedad crónica como causa de discriminación equiparable a la discapacidad
 - 1.2. Enfermedad crónica como causa de discriminación autónoma
2. Derecho a la salud

CAPÍTULO III

La adaptación de las condiciones laborales de los trabajadores con enfermedades crónicas

1. La relación entre los ajustes razonables y la normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo
2. La extensión de la obligación de realizar ajustes razonables a los trabajadores con enfermedades crónicas

3. Los límites de la tutela ofrecida por la normativa de Seguridad y Salud a los trabajadores con enfermedades crónicas
4. Medidas de adaptación para favorecer el regreso al trabajo de los enfermos crónicos. Experiencias virtuosas y buenas prácticas
5. El papel de la negociación colectiva en la promoción del regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas.

CAPÍTULO IV

Extinción del contrato de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas

1. Despido y reducción de la capacidad laboral
2. Despido y ausencias al trabajo

CAPÍTULO V

Trabajadores con enfermedades crónicas y Seguridad Social

1. Alternativas al reconocimiento de la incapacidad permanente para los trabajadores con enfermedades crónicas
2. Medidas para promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo

Conclusiones

Literature Review

Plan de trabajo y metodología

El propósito general de esta tesis de Doctorado consiste en estudiar cómo el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puede promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas continuar en el mercado trabajo. Para ello, se proponen vías alternativas para que el trabajador pueda continuar desempeñando una prestación laboral de manera compatible con las limitaciones derivadas de la enfermedad que padece, en lugar de abandonar de manera prematura el mercado de trabajo, principalmente, a través del acceso a pensiones de incapacidad permanente o del despido por razones objetivas.

En primer lugar, desde el punto de vista terminológico, cabe señalar que la utilización de la expresión “trabajadores con enfermedades crónicas” en lugar de “personas con enfermedades crónicas” se realiza con el objetivo de limitar el ámbito subjetivo de dicha tesis de Doctorado que no entiende ocuparse de otros aspectos a los que pueden afectar las enfermedades crónicas como podría ser, por ejemplo, el ámbito de la educación. Sin embargo, ello no implica que se esté tomando en consideración únicamente a las personas con enfermedades crónicas que tienen un contrato de trabajo, sino que también entrarían en la categoría de “trabajadores con enfermedades crónicas” aquellas que, momentáneamente, no disponen del mismo porque lo han perdido a consecuencia de la enfermedad crónica que padecen, pero que se encuentran en edad de trabajar. Por lo tanto, en esta tesis de Doctorado, la expresión “trabajadores con enfermedades crónicas” comprende también las denominadas transiciones ocupacionales, es decir, el periodo de tiempo que pasa desde que una persona con una enfermedad crónica pierde su trabajo, bien porque dimite bien porque es despedida, hasta que encuentra uno nuevo y adecuado a su capacidad laboral limitada. De esta manera, se está adoptando una perspectiva de Derecho del mercado de trabajo por lo que no se entiende tutelar solamente a aquellas personas con enfermedades crónicas que se encuentren trabajando sino que el objetivo que se persigue es identificar medidas específicas para favorecer el regreso al trabajo. El regreso al trabajo se entiende como la reincorporación al mercado de trabajo en general, es decir, no necesariamente al puesto de trabajo que se ocupaba antes del padecimiento de una enfermedad, sino que podría ser diferente.

Para la realización de esta tesis de Doctorado se han analizado la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y la negociación colectiva de los distintos países objeto de estudio utilizando el método comparado. A pesar de que el estudio se ha concentrado en el panorama europeo, en aquellos casos en los que resulta especialmente necesario debido a que la regulación es más avanzada, se hace referencia también al caso de EE.UU. En concreto, a pesar de que se adopta una visión general que pretende tener en cuenta la situación existente en todos los Estados europeos, en particular, analizando las “buenas prácticas” presentes en algunos de ellos, el análisis se concentra en tres de ellos: España, Italia y Reino Unido. Las razones de esta elección obedecen a un doble orden de cosas. En primer lugar, se ha elegido analizar en profundidad dichos países por ser aquellos sobre los que la autora de la presente tesis doctoral posee un conocimiento más amplio. En relación a España, por ser el país donde cursó sus estudios de la Licenciatura en Derecho y Máster en Gestión y Dirección Laboral en la Universidad de Santiago de Compostela. Italia por ser aquel en el que está realizando su tesis doctoral en la Escuela Internacional en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo en la Universidad de Bérgamo en colaboración con ADAPT y, por último, Reino Unido, por ser el país en el que realizó una estancia de investigación como *Visiting Researcher* en la *Work Foundation. Part of Lancaster University*. En segundo lugar, además de por una cuestión de mayor conocimiento de los ordenamientos jurídicos de los tres países seleccionados, dicha elección se realiza también con el objetivo de contraponer y analizar la regulación existente en dos Estados de Derecho Continental (Italia y España) y el representante por excelencia del *Common Law* (Reino Unido). En el Reino Unido, el desarrollo en torno a las enfermedades crónicas ha sido mayor que en Italia y en España por lo que las soluciones que se han adoptado se toman como ejemplo, eso sí, con todas las adaptaciones que serían necesarias para su posible transposición en el resto de Estados y analizando también sus criticidades y limitaciones. Se realiza, asimismo, un análisis de las diferencias existentes entre España e Italia ya que, a pesar de que sus modelos jurídicos presentan importantes similitudes, en el caso de las enfermedades crónicas existen diferencias entre ambos países, ya que en determinados aspectos la regulación en este ámbito es más avanzada en uno que en otro.

El objetivo principal que se persigue con el análisis comparado es identificar cuáles son aquellos países en los que existen medidas que permiten a los trabajadores conservar su empleo o regresar al trabajo a pesar de padecer una enfermedad crónica y

en cuáles, por el contrario, se tiende a alejar a dichos trabajadores del mercado de trabajo. Para ello, se comienza determinando los ámbitos en los que las enfermedades crónicas pueden tener un impacto mayor para, posteriormente, analizar las respuestas que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos a una misma problemática. Si bien se admite que pueden existir otros ámbitos en los que el impacto de las enfermedades crónicas sea significativo, y sin afán de exhaustividad, los elegidos son aquellos en los que se ha constatado una mayor incidencia en la práctica y que, al mismo tiempo, han recibido una mayor atención tanto a nivel mediático como jurisprudencial y legislativo.

Por último, también se realizó un análisis de la contratación colectiva para ver si existen convenios colectivos que tomen en consideración el fenómeno de las enfermedades crónicas y, en caso afirmativo, analizar las medidas que proponen para tutelar la posición de los trabajadores con enfermedades crónicas.

El trabajo de esta tesis de Doctorado empezó con la lectura y análisis de los informes y de la doctrina internacional de carácter interdisciplinar que habían afrontado hasta el momento el tema de las enfermedades crónicas y, en particular, su impacto en el trabajo. Estos estudios se encargan de identificar cuáles son las medidas que permiten a los trabajadores con enfermedades continuar trabajando, mientras que la tarea del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es encontrar nuevas vías para que dichas medidas resulten aplicables desde el punto de vista jurídico. Esta primera aproximación al tema puso de manifiesto que, si bien, el mismo había despertado interés, sobre todo, en el ámbito psicológico, no había ocurrido lo mismo en el ámbito jurídico. Sin embargo, la utilización de los pocos estudios que habían afrontado la cuestión desde el punto de vista jurídico, en particular, desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, resultó clave para la construcción del índice y la estructuración de la *Literature Review*.

Habiendo sido el tema de las enfermedades crónicas poco tratado desde el punto de vista jurídico, para realizar la *Literature Review* fue necesario ampliar el ámbito de estudio y tomar en consideración también otras figuras jurídicas que sí cuentan con amplia regulación, en particular, la discapacidad y los trabajadores especialmente sensibles.

En cuanto a la estructura del índice, en primer lugar, se realiza una primera aproximación al concepto de enfermedades crónicas, es decir, al ámbito subjetivo de esta tesis de Doctorado. Posteriormente, se analizan los derechos de los trabajadores con

enfermedades crónicas, en particular, el derecho a la no discriminación y el derecho a la salud. A continuación, se estudian las medidas que pueden promover la conservación y el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas, en particular, los ajustes razonables y la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo. El cuarto capítulo se refiere a uno de los temas que han suscitado mayor interés, esto es, el despido de los trabajadores con enfermedades crónicas y las vías a través de las cuáles el mismo puede realizarse de manera legítima teniendo en cuenta la legislación vigente. Para concluir el análisis, el último de los capítulos ofrece una panorámica del tratamiento que se ha dado a las enfermedades crónicas desde el punto de vista de la Seguridad Social, focalizando la atención en la situación actual y en las posibles reformas que podrían ponerse en práctica.

La técnica utilizada para realizar la *Literature Review* ha consistido en la lectura pormenorizada de los textos analizados con espíritu crítico para poder así identificar los puntos que los autores que han estudiado el tema han dejado sin tratar. Es de estas lagunas de donde se parte para la construcción de propuestas innovadoras en la parte dedicada a la tesis de Doctorado entendida en sentido estricto. Lo que se pretende es estudiar cómo debería adaptarse el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a la nueva realidad social que se está desarrollando, condicionada por el hecho de que la incidencia de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa es y será siempre mayor.

Posicionamiento del problema¹

Los avances médicos que han tenido lugar en los últimos años han permitido que la tasa de supervivencia de las personas que padecen enfermedades, que antes eran letales, haya aumentado significativamente. A consecuencia de ello, estas enfermedades pasan a ser crónicas. En la mayoría de los casos, estas personas no mueren a causa del padecimiento de las mismas, sino que continúan viviendo con ellas durante muchos años, incluso durante toda su vida, eso sí, con diferentes niveles de morbilidad o discapacidad (OECD, European Commission, *Health at a Glance: Europe 2016. State of Health in the EU Cycle*, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>).

Las enfermedades crónicas son aquellas que carecen de una cura definitiva y, por lo tanto, sus efectos están destinados a prolongarse en el tiempo, eventualmente, con fases de mejoría y de progresivo empeoramiento. Para la OMS, una enfermedad crónica es aquella que produce problemas de salud e incapacidades que requieren una gestión durante años o décadas (Cfr. WHO, *Fact sheets on chronic diseases*, disponible en http://www.who.int/topics/noncommunicable_diseases/en/). Sobre la definición de enfermedad crónica véase Varva, S., *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 27, ADAPT University Press, p. 11 y ss, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>.

Los datos muestran como, ya en la actualidad, se está apreciando un aumento de la incidencia de las enfermedades crónicas, sobre todo, entre la población económicamente activa (Cfr. WHO, *Health at a Glance*, 2015; WHO, *Noncommunicable Diseases. Country Profiles 2014*; WHO, *Global status Report on Noncommunicable Diseases*, 2014, ambos disponibles en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Un 23,5% de la

¹ Abreviaturas: TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), OMS (Organización Mundial de la Salud), ONU (Naciones Unidas), LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos), LIONDAU (Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), LGPD (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, 2001), ADA (American with Disabilities Act de 1990), EEOC (Equal Employment Opportunity Commission), CCI (Codice Civile – Código Civil italiano), ET (Estatuto de los Trabajadores España), LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), CE (Constitución española de 1978).

población trabajadora de los 27 estados miembros manifiesta que sufre una enfermedad crónica, mientras que un 19% declara verse afectado por problemas de salud de larga duración (Cfr. Knoche, K., Sochert, R., Houston, K., *Promoting Healthy Work for Workers with Chronic Illness: A Guide to Good Practice*, European Network for Workplace Health Promotion, 2012, p. 7, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Además, otros estudios apuntan que el 15% de la población económicamente activa sufre limitaciones en el desarrollo de las tareas diarias a consecuencia de problemas de salud físicos o mentales, enfermedades o discapacidad (Cfr. Grammenos, S., *Illness, Disability and Social Inclusion*, Eurofound, Dublín, 2003, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Los datos relativos al Reino Unido indican que, en la actualidad, 1 de cada 3 personas pertenecientes a la población económicamente activa padece algún tipo de condición a largo plazo que afecta a su salud (en inglés la expresión más utilizada por los expertos en la materia es *long-term conditions* (LTCs) en lugar de *chronic diseases*), lo que pone en riesgo su participación en el mercado de trabajo (Office for National Statistics. *Labour Force Survey*, Q2 2016; 2016). Por su parte, las previsiones apuntan que el número de dichas personas habrá aumentado en gran medida en 2030 (para consultar los datos relativos al caso concreto del Reino Unido véase Vaughan-Jones, H., Barham, L., *Healthy Work. Challenges and Opportunities to 2030*, The Work Foundation, 2009, Bajorek, Z., Hind, A., Bevan, S., *The impact of long term conditions on employment and the wider UK economy*, The Work Foundation, 2016, ambos disponibles en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>).

Los cambios demográficos, esto es el aumento de la incidencia de las enfermedades crónicas y el envejecimiento de la población, provocan un aumento de la demanda de servicios sanitarios y de prestaciones sociales y, por lo tanto, un incremento del gasto sanitario y de Seguridad Social (véase, entre otros, Nolte, E., McKee, M. (directores), *Caring for People with Chronic Conditions: A Health System Perspective*, Maidenhead, Open University Press, 2008, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Además, los datos muestran cómo en Europa ha aumentado el número de personas enfermas o discapacitadas que perciben algún tipo de pensión por incapacidad permanente porque

no cuentan con la capacidad suficiente para trabajar (véase Clayton, S. et al., “Effectiveness of return-to-work interventions for disabled people: a systematic review of government initiatives focused on changing the behaviour of employers”, *European Journal of Public Health*, n. 3, 2011, p. 434, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Esta tendencia pone en riesgo la sostenibilidad futura de los sistemas de Seguridad Social, por lo que algunos Estados han optado por aumentar la edad de jubilación. Sin embargo, esto implica que el número de mayores de 55 años que forman parte de la población económicamente activa que son, a su vez, los que tienen un mayor riesgo de padecer enfermedades crónicas, haya aumentado (Cfr. Knoche, K., Sochert, R., Houston, K., *op. cit.*, p. 7). Este hecho, junto con el fenómeno de la reducción de mano de obra cualificada (Cfr. Healthy Working Lives, *Managing a healthy ageing workforce: a national business imperative*. NHS Health Scotland, 2012, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>) convierte la participación de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo en algo imprescindible (en este sentido Tiraboschi, M., “Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2015, p. 656, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>) por lo que la “gestión activa” de las condiciones de salud adquiere un papel central (Cfr. Loretto, W., Vickerstaff, S., White, P., *The Future of Older Workers: New Perspectives*, Bristol, Policy Press, 2007).

El empleo ha sido reconocido por la doctrina cómo uno de los ámbitos principales a los que afectan las enfermedades crónicas, ya que las mismas tienen efectos negativos, tanto en la productividad individual del trabajador que las padece como en la de la sociedad en general (Cfr. Hodges, A. C., “Working with cancer: how the law can help survivors maintain employment”, *Washington Law Review*, n. 3, 2015, p. 1045, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). De hecho, los estudios realizados en Reino Unido han llegado a la conclusión de que las tasas de empleo de las personas con *long-term conditions* son desproporcionalmente bajas respecto a las del resto de la población (Cfr. Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *Is welfare to work, working well?, Improving employment rates for people with disabilities and long-term*

conditions, The Work Foundation, Mayo 2016, p. 5). A la misma conclusión llega el estudio OECD, European Commission, *Health at a Glance: Europe 2016...*, *op. cit.*, que apunta que la tasa de empleo de las personas de entre 50 y 59 años con una o varias enfermedades crónicas es menor que la de aquellas que no padecen ninguna enfermedad de este tipo.

El regreso al trabajo puede resultar positivo tanto para los trabajadores con enfermedades crónicas como para los empresarios. Existe consenso entre los distintos actores del mercado de trabajo (empresarios, personas con discapacidad, sindicatos...) acerca de los beneficios que un trabajo adecuado tiene para la salud y para mantener y mejorar el nivel de bienestar de las personas enfermas o de las personas con discapacidad (Black, D. C., *Health at work – an independent review of sickness absence*, Noviembre 2011, p. 5). Por este motivo, según algunos autores (Cfr. Waddell, G.; Burton, A. K., *Is work good for your health and well-being?*, The Stationery Office, 2006, p. 20) estas personas deberían continuar trabajando o volver al trabajo tan pronto como sea posible, pues el trabajo es terapéutico, ayuda a la recuperación, promueve la participación en la sociedad, minimiza los efectos de las enfermedades de larga duración y reduce la pobreza. En el mismo sentido se pronuncian otros autores (Cfr. Zapella, E., “I Work, so I am: the importance of work for people with disabilities”, *Rivista Formazione Lavoro Persona*, n. 16, 2016, p. 92) que apuntan que el trabajo es un elemento fundamental de la identidad adulta e incide en la calidad de vida y en la posibilidad de ser independiente económicamente, contribuyendo a la realización personal. Además, el trabajo también es el medio para entrar en contacto con la sociedad y demostrar que se es un recurso útil y no un peso o un coste social (véase Angeloni, S., Borgonovi, E., “Laboro ergo sum. Quando il lavoro abilita l’uomo”, *Sviluppo & Organizzazione*, enero, febrero 2017, p. 56). Un regreso al trabajo temprano también contribuye a la reducción de la posibilidad de incurrir en incapacidad permanente (Cfr. Bajorek, Z., Hind, A., Bevan, S., *op. cit.*, p. 2).

Tradicionalmente se ha considerado el “presentismo laboral”, situación en la que los trabajadores acuden al trabajo a pesar de padecer una enfermedad por la que deberían estar en situación de incapacidad temporal, como un fenómeno que tiene efectos negativos tanto en la productividad del trabajador como en la organización empresarial (Cfr. Aronson, G.; Gustafsson, K., “Sickness presenteeism: prevalence, attendance-pressure factors, and an outline of a model for research”, *Journal of*

Occupational Environmental Medicine, vol. 47, n. 9, 2005). Sin embargo, recientemente otros estudios han apuntado que en el caso de ciertas enfermedades, en particular enfermedades crónicas y, sobre todo, las de carácter mental, la integración en el lugar de trabajo es positiva y, por lo tanto, si se ponen en práctica medidas adecuadas, el “presentismo” puede tener efectos positivos para la organización empresarial (Garrow, V., *Presenteeism. A review of current thinking*, Institute for Employment Studies, Report 507, February 2016).

Los empresarios también pueden obtener ventajas de la inclusión laboral de las personas con discapacidad o enfermedades crónicas por diferentes motivos: 1) si tienen políticas de contratación, retención o progresión de carrera inclusivas para estas personas podrán acceder a un abanico más amplio de talento y competencias; 2) las empresas que promocionan el bienestar en el trabajo y la salud de los trabajadores tienen niveles más altos de fidelización, lo que implica un menor número de ausencias al trabajo e incrementa los niveles de productividad; 3) los empresarios tienen pérdidas económicas muy elevadas cuando los trabajadores faltan al trabajo por lo que la intervención temprana, mientras el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, les permite retener a aquellos con mayores competencias y talento (Cfr. *Improving Lives. The Work, Health and Disability Green Paper*, Department for Work & Pensions, Department of Health, Octubre 2016, p. 49).

En razón de lo anteriormente expuesto, los sistemas de Seguridad Social están llamados a hacer frente al desafío de mantener la salud y la capacidad de una población económicamente activa que envejece, por lo que será necesario prever medidas para adaptar el entorno de trabajo a los trabajadores que padecen algún tipo de limitación crónica (Cfr. European Network for Workplace Health Promotion (ENWHP), *La promoción de un trabajo saludable para los trabajadores con enfermedades crónicas: Guía para una Buena práctica*, 2012, p. 5).

El impacto de las enfermedades crónicas en el empleo ha sido estudiado en profundidad, en particular, por la Psicología. En la mayoría de las ocasiones, dichos estudios se centran en un determinado tipo de enfermedad, en general, el cáncer, y no afrontan, en conjunto, el fenómeno de las enfermedades crónicas (entre la amplia literatura existente sobre el tema véase De Boer, A., Taskila, T., Tamminga, S. J., Frings-Dresen, M. H. W., Feurstein, M., Verbeek, J. H., *Interventions to enhance return-to work for cancer patients (Review)*, The Cochrane Collaboration, John Wiley

& Sons, 2011; Taskila, T., Guilliford, J., Bevan, S., *Returning to Work Cancer survivors and the Health and Work Assessment and Advisory Service*, The Work Foundation, 2013, ambos disponibles en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Sin embargo, los avances en el ámbito médico y psicológico no han venido acompañados de una adecuada respuesta a nivel legal que permita responder, de modo adecuado, a las necesidades de las personas con enfermedades crónicas en la esfera laboral. A pesar de ello, los distintos ámbitos del Derecho, a los efectos que aquí interesan, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, en sentido más amplio, el Derecho del Mercado de trabajo, adquieren un papel fundamental y están llamados a dar respuestas concretas a las necesidades particulares de las personas con enfermedades crónicas (Cfr. Hodges, A. C., *op. cit.*, p. 1042). A pesar de ello, pocos han sido los estudios que han afrontado este fenómeno de manera general y desde el punto de vista legal (uno de los pocos es Tiraboschi, M., *op. cit.*). Por otro lado, existen otros estudios que, a pesar de analizar la perspectiva legal, lo hacen únicamente en relación a una enfermedad en concreto, en la mayoría de los casos el cáncer (Cfr. Hodges, A. C., *op. cit.*). A pesar de ello, esta autora considera que los temas que trata en su artículo no se limitan solamente a esta enfermedad, sino que pueden resultar extensibles a otras.

A pesar de las lagunas existentes en la materia, según Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 706, el regreso al trabajo de los enfermos crónicos es un tema en el que se pueden unificar diversas temáticas que hasta el momento han sido afrontadas sin una visión unitaria. Según este autor, el estudio del impacto de las enfermedades crónicas en el mercado de trabajo resulta imprescindible para la construcción de un nuevo sistema de *welfare de la persona* que responda a los cambios demográficos que se están produciendo y que parta de políticas activas y de la inclusión del enfermo crónico. En general, las personas con enfermedades crónicas se caracterizan por contar con una capacidad laboral limitada o parcial, por lo que será necesario ofrecerles apoyo para conservar o encontrar un trabajo apropiado a sus capacidades y evitar su salida prematura del mercado de trabajo. Esto conlleva la necesidad de reorientar las políticas de la discapacidad que deberían pasar de una perspectiva pasiva, centrada en la compensación, a una activa basada en la reintegración (OCDE, *New ways of addressing partial work capacity*. OECD Thematic Review on Sickness, Disability and Work Issues Paper and Progress Report, 2007, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie*

croniche e lavoro <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). Sin embargo, para poder poner en práctica políticas activas para el regreso al trabajo de los enfermos crónicos, antes incluso que un cambio normativo, es necesario un cambio de paradigma cultural que tenga en cuenta la capacidad de las personas en lugar de su discapacidad (Cfr. Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 705 en referencia a OCDE, *Sickness, Disability and Work. Keeping on track in the economic downturn*, OCDE Background Paper, París, 2009, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>). La misma posición se defiende en Fit for Work Europe, *A Fit workforce for a fit economy: a collection of fit for work good practices*, p. 4, 2015, disponible en *Osservatorio ADAPT malattie croniche e lavoro* <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=428>, programa referido únicamente a las enfermedades musculo esqueléticas que apuesta por fomentar que los médicos y los empresarios se centren en la capacidad de estas personas en lugar de en su incapacidad. Asimismo, es necesario cambiar la manera en la que dichas enfermedades se perciben: de ser consideradas una condición que impide que la persona pueda seguir trabajando, para pasar a una perspectiva basada en la intervención temprana.

Como ha apuntado Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 40, para garantizar la permanencia de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo, es necesario comprender las profundas modificaciones que los cambios tecnológicos, demográficos y organizativos están produciendo en los conceptos de “asistencia al trabajo”, “prestación laboral” y “cumplimiento de las obligaciones contractuales”. Este autor señala que hay que realizar una valoración analítica y completa de la prestación laboral de cada trabajador, en la que no se pueden utilizar únicamente parámetros “objetivos” sino también “subjetivos”, funcional a la sostenibilidad del trabajo en un contexto productivo como el actual (Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 42).

Frente al contexto que se ha presentado, el primer objetivo específico de esta tesis de Doctorado consiste en decidir, partiendo del análisis de las figuras que se estudiarán de manera pormenorizada en la *Literature Review*, en particular la discapacidad y el concepto de trabajadores especialmente sensibles, si las enfermedades crónicas comparten rasgos con dichas figuras que conduzcan a pensar que pueden ser equiparadas o, si por el contrario, es necesario articular una definición *ad hoc*. Para ello, se presta especial atención a las respuestas que ha dado la jurisprudencia, tanto el TJUE como los tribunales nacionales. Lo que se pretende es analizar si la posición mantenida

por la jurisprudencia es adecuada o no para lograr la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. La respuesta que se dé a esta pregunta va a condicionar el conjunto de derechos a los que puedan acceder los enfermos crónicos, en particular, el derecho a la no discriminación y el derecho a la salud.

En segundo lugar, el objetivo es identificar cuáles son las medidas de adaptación de las condiciones laborales más adecuadas para que los trabajadores con enfermedades crónicas puedan continuar trabajando. Es necesario decidir si sería oportuno aplicar las medidas de adaptación reservadas a las personas con discapacidad, en particular, los ajustes razonables, también a los trabajadores con enfermedades crónicas o si, por el contrario, resultaría más conveniente articular medidas específicas para este colectivo. Para ofrecer una respuesta se estudiarán las buenas prácticas existentes a nivel empresarial y en la contratación colectiva y se analizará su eficacia para deducir si sería conveniente implantar una obligación de adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas a nivel legislativo.

En tercer lugar, se analiza uno de los aspectos más conflictivos de la relación entre enfermedades crónicas y trabajo, esto es, el despido. Se examinarán las diferentes causas de despido vigentes en los países objeto de análisis, con la finalidad de decidir cómo pueden ser reinterpretadas para evitar que los trabajadores con enfermedades crónicas sean excluidos del mercado de trabajo.

Por último, y como elemento transversal que hay que poner en relación con el resto de aspectos analizados, se estudia cómo han afrontado los sistemas de Seguridad Social el fenómeno de las enfermedades crónicas para identificar las lagunas y posibles soluciones.

CAPÍTULO I

Encuadramiento jurídico de los trabajadores con enfermedades crónicas

1. Relevancia del impacto de las enfermedades crónicas para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El fenómeno de las enfermedades crónicas ha sido ampliamente estudiado por la Psicología, la Salud Pública o la Economía, mientras que, hasta el momento, no ha despertado gran interés en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, es amplia la regulación de otras figuras tales como la discapacidad, la cual, por su potencial similitud con las enfermedades crónicas, ha sido analizada en detalle en la *Literature Review*.

Antes de entrar a analizar de manera detallada el impacto de las enfermedades crónicas en el mercado de trabajo, es necesario realizar una premisa conceptual. A pesar de que en muchos estudios los términos discapacidad y enfermedades crónicas se utilizan de manera indiferenciada, en esta tesis de Doctorado se descarta dicha opción y cuando se utiliza la expresión “enfermedades crónicas” se está haciendo referencia a una realidad diferente de la discapacidad.

Si bien tradicionalmente se favorecía el acceso de los trabajadores con problemas de salud a pensiones de incapacidad permanente o de jubilación anticipada, esta tendencia está llamada a cambiar en razón de los cambios demográficos que se están produciendo. En particular, el envejecimiento de la población incrementará el número de mayores de 55 años que pertenecen a la población económicamente activa, pues su participación en el mercado de trabajo resulta esencial para garantizar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. Sin embargo, este grupo de trabajadores son aquellos que tienen un mayor riesgo de padecer enfermedades con efectos a largo plazo, por lo que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social juega un papel imprescindible en la conservación y regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Esto supone un reto para esta disciplina, pues sus institucionales tradicionales tendrían que evolucionar para adaptarse a una población económicamente activa que ha cambiado, y que siempre en mayor medida verá limitada su capacidad laboral a consecuencia del padecimiento de

enfermedades crónicas. Para garantizar la inclusión laboral de estos trabajadores, será necesario reinterpretar o reformar algunas de las disposiciones normativas vigentes o incluso crear una regulación *ad hoc* que tenga en cuenta las características particulares de los trabajadores con enfermedades crónicas.

La participación de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo interesa, y sería deseable, tanto para los propios trabajadores como para los empresarios, pero también para la sociedad en general, en particular, para los sistemas de Seguridad Social.

En primer lugar, para justificar la necesidad de estudiar el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se parte de la premisa de que el trabajo tiene efectos positivos para la salud y para fomentar su recuperación. Sin embargo, tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor tutela que podría ofrecerse a los trabajadores que padecían algún tipo de enfermedad crónica era exonerarlos de la obligación de trabajar a través del acceso a los distintos mecanismos de garantía de ingresos previstos por la Seguridad Social. Siguiendo esta línea, se desarrolló una concepción del trabajo como algo negativo para la salud que podría llegar a agravar la condición de los trabajadores con enfermedades crónicas. Es cierto que en muchas ocasiones las limitaciones que implica el padecimiento de una enfermedad crónica impedirán que se pueda continuar desempeñando el trabajo en la manera que se hacía anteriormente. Sin embargo, ello no quiere decir que el trabajador tenga que abandonar de manera forzosa el mercado laboral. Al contrario, si se parte de una concepción positiva del trabajo, no solo desde el punto de vista económico sino también porque permite al trabajador sentir que desempeña un papel en la sociedad, debería promoverse que continúe trabajando a pesar de padecer una enfermedad con efectos a largo plazo, aunque tenga que hacerlo en un puesto de trabajo diferente. De hecho, en el mercado de trabajo del futuro, en el que tenderá a desaparecer la idea del puesto de trabajo fijo para toda la vida y donde la movilidad laboral entre diferentes puestos de trabajo será la regla, nada impediría que los enfermos crónicos dejaran su puesto de trabajo para buscar otro nuevo adaptado a su nueva situación. Es aquí donde entra en juego el moderno Derecho del mercado de trabajo, que no Derecho del Trabajo en sentido estricto, cuya función es acompañar al trabajador con una enfermedad crónica en esta transición hacia un nuevo puesto de trabajo, dotándolo de los medios necesarios para encontrar aquel que sea acorde con su

nueva capacidad. Para ello, es necesario adoptar una perspectiva activa y poner en práctica mecanismos que le permitan adaptarse a su nuevo trabajo.

Sin embargo, es necesario realizar una precisión: que se defienda la necesidad de que los trabajadores con enfermedades crónicas continúen trabajando no quiere decir que se pretenda privarlos de tutela por parte de los sistemas de Seguridad Social. De hecho, no deberían verse obligados a desempeñar cualquier tipo de trabajo, sino solamente aquellos compatibles con su capacidad laboral reducida y que sean, a su vez, empleos de calidad. De lo contrario, el trabajo sí podría ocasionar, efectivamente, consecuencias negativas para la salud del trabajador. Se reconoce, además, que en ciertas circunstancias extremas, piénsese en particular en las enfermedades crónicas más graves que producen limitaciones de gran relevancia, será desaconsejable que la persona que las padezca continúe desarrollando una actividad laboral. Sin embargo, el número de casos de este tipo tenderá a ser siempre menor gracias a los avances médicos, mientras que prevalecerán aquellos en los que enfermedad crónica y trabajo resultan perfectamente compatibles. Por este motivo, la salida del mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas debería reservarse a aquellos casos más graves, por lo que debería dejar de ser la regla general.

Además de los efectos positivos para el trabajador, tal como pone de manifiesto el *Improving Lives. The Work, Health and Disability Green Paper*, publicado en Octubre de 2016 por el *Department for Work & Pensions* y *Department of Health* en Reino Unido, la conservación y el regreso al trabajo temprano de los trabajadores con enfermedades crónicas es un tema que también debería interesar a los empresarios pues podría suponer una reducción de los costes que tienen que afrontar cuando un trabajador con una enfermedad crónica está en situación de incapacidad temporal o abandona de manera definitiva su puesto de trabajo. De esta manera, los empresarios se ahorrarían los costes derivados de la sustitución de dicha persona, tanto en términos de gastos de selección como de formación del sustituto. Además, el empresario no perdería la inversión que había realizado en un primer momento para formar al trabajador, así como su talento y sus conocimientos, tanto técnicos como relativos al funcionamiento de la empresa.

Por último, la inclusión laboral de estos trabajadores también tiene efectos positivos para los sistemas de Seguridad Social y para su sostenibilidad futura puesto que se ahorrarían los altos costes que lleva aparejada la tendencia a reconocer el acceso a

pensiones de incapacidad permanente o de pensión anticipada a personas que padecían algún tipo de limitación en su capacidad laboral a consecuencia de una enfermedad. Así, teniendo en cuenta las previsiones demográficas no parece sostenible que los sistemas de Seguridad Social puedan continuar garantizando prestaciones económicas a todas ellas, sino que deberán cambiarse de perspectiva y poner en práctica medidas para promover su regreso al trabajo.

Para que los trabajadores con enfermedades crónicas puedan participar en el mercado de trabajo en general, y fuera del ámbito del empleo protegido, será necesario identificar vías que permitan valorizar su capacidad laboral residual y, para ello, las medidas de adaptación juegan un papel clave. A pesar de que la identificación de cuáles son las medidas de adaptación que permiten compatibilizar, en mayor medida, la prestación laboral con las consecuencias derivadas del padecimiento de una enfermedad sea competencia de otras disciplinas, la intervención del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en este ámbito resulta extremadamente necesaria y recomendable para que puedan resultar exigibles en la práctica. Por este motivo, lo que se persigue con esta tesis de Doctorado es buscar nuevas vías para que las medidas que favorecen el regreso al trabajo, ya identificadas por los diferentes estudios psicológicos, puedan ponerse en práctica desde el punto de vista legal. En caso contrario, las mismas quedarían relegadas a meras buenas prácticas aplicables en determinadas empresas, tendencialmente en aquellas de mayores dimensiones, por lo que surgirían importantes diferencias de tutela entre trabajadores que padecen la misma enfermedad, en función del tamaño de la empresa para la que trabajen. Sin embargo, considerando la importancia del tema y su potencial impacto en la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social y en la Economía en general, la protección de los enfermos crónicos no puede dejarse a la buena voluntad de las empresas, pues solo aquellas con una política de responsabilidad social empresarial desarrollada, y más concienciadas con la importancia de la promoción de la salud de los trabajadores, las pondrían en práctica. Por estas razones, se hace necesaria la intervención del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para garantizar una tutela específica a los trabajadores con enfermedades crónicas que, en razón de las características particulares que presentan, no puede ser la misma que la existente para el resto de trabajadores que no padecen este tipo de enfermedades. Sin embargo, teniendo en cuenta que no constituyen un grupo homogéneo, pues incluso aquellos que padecen una misma enfermedad pueden tener síntomas diversos, la

identificación de un conjunto de tutelas generales resulta muy complicado pues cada persona va a tener necesidades diferentes. Sin embargo, ello no significa que no sea oportuno introducir unas normas mínimas a nivel legislativo, o excepciones a las reglas generales aplicables al conjunto de trabajadores, para aquellos que padezcan enfermedades crónicas.

El fenómeno de la difusión de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa pone de manifiesto la necesidad de que se produzca un cambio en la consideración que tradicionalmente se ha dado a la salud de los trabajadores, que debiera pasar a convertirse en un tema central del debate, tanto a nivel europeo como nacional. Si bien estudiando el fenómeno a nivel comparado se aprecia que en el Reino Unido, desde hace algunos años, se ha dedicado una gran atención a la promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad y con enfermedades crónicas (ejemplo de ello es el recientemente publicado *Green Paper*), con una gran implicación de las distintas partes sociales y asociaciones que representan los intereses de estos colectivos, esta no es la regla general en Europa. Sin embargo, el tema de las enfermedades crónicas y el trabajo no afecta solo a unos pocos y, por lo tanto, no puede ser relegado a un segundo plano en el debate político, social y económico. Todo lo contrario, de los datos presentados en la *Literature Review* se deduce que es un problema que ya afecta, y que cada vez afectará a un mayor número de personas. Por esto mismo, será necesario garantizar la oportunidad de participar en el mercado de trabajo a todos los sujetos, independientemente de que padezcan una enfermedad crónica o no, puesto que, potencialmente, cualquier ser humano es susceptible de experimentar, en algún momento de su vida, una reducción de su capacidad laboral a consecuencia del padecimiento de una enfermedad crónica.

A pesar del escenario pesimista presentado, cabe destacar que en los últimos tiempos se ha apreciado una mayor concienciación acerca de la relevancia de este fenómeno. A estos avances han contribuido diferentes proyectos e iniciativas financiadas por la Unión Europea. Entre ellas, destaca el proyecto PATHWAYS Project – “Participation To Healthy Workplaces And inclusive Strategies in the Work Sector” (<http://www.pathways.eu>) que tiene como objetivo promover la integración y la reintegración profesional de las personas con enfermedades crónicas así como mejorar su empleabilidad. Otro ejemplo lo constituye la red CANWON (Cancer and Work Network) (<https://www.amc.nl/web/AMC-website/CANWON/Home.htm>) que es una Acción

COST financiada por la Unión Europea (European Cooperation in Science and Technology). Su objetivo es integrar los conocimientos emergentes sobre el cáncer y el trabajo para comprender el proceso de regreso al trabajo de los supervivientes, sus costes, así como el papel de los empresarios en dicho proceso.

También son destacables otras experiencias a nivel nacional como la Cátedra Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos de la Universidad de Alcalá en España, así como la de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho que ofrece asesoramiento jurídico a las asociaciones de pacientes sobre los derechos de las personas con enfermedades crónicas. Además, también en España, recientemente, la Plataforma de Organizaciones de Pacientes ha comparecido ante la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados para reclamar la adopción de una ley que proteja a los afectados por una enfermedad crónica y que considere la cronicidad como un concepto jurídico diferenciado que garantice a los pacientes diferentes derechos, entre ellos y a los efectos que aquí interesan, el mantenimiento del empleo y unos ingresos mínimos para sufragar los gastos que ocasiona la enfermedad. Estos ejemplos ponen de manifiesto que lentamente se está tomando conciencia y está apareciendo en el debate público la necesidad de regular la situación de los trabajadores con enfermedades crónicas de manera integral puesto la dispersión normativa existente y su asimilación a otras figuras jurídicas no siempre es suficiente para ofrecer una tutela completa y adecuada.

2. Trabajadores con enfermedades crónicas: definición legal y diferenciación de otras figuras

La falta de un concepto legal de enfermedad crónica en los diferentes Estados de la Unión Europea determina la imposibilidad de ofrecer una definición clara de trabajadores con enfermedades crónicas, situación que plantea importantes problemas a la hora de establecer quiénes son y cuáles son los derechos que les corresponden. Esto da lugar a un gran vacío legal en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues no existe un desarrollo normativo sobre el impacto de las enfermedades crónicas en la relación laboral.

Al no existir una regulación específica a nivel legal de qué se entiende por trabajadores con enfermedades crónicas, una de las cuestiones más importantes que se plantean es la necesidad de decidir si son equiparables o no a otras figuras jurídicas que ya cuentan con regulación en los diversos ordenamientos jurídicos, tanto a nivel nacional como supranacional, en particular a la discapacidad. Para ello, es necesario analizar en profundidad este concepto, ejercicio que se ha llevado a cabo en la *Literature Review* y del cual se parte para poder determinar si las enfermedades crónicas encajan en el mismo.

En este ámbito, la terminología utilizada resulta muy importante, y no se limita al ámbito teórico, pues va a determinar el acceso a tutelas diferentes. Por esta razón, no resulta banal decidir si los trabajadores con enfermedades crónicas son equiparables a los discapacitados o, al contrario, constituyen una categoría independiente. Es precisamente de este punto del que hay que partir para desarrollar un sistema de tutelas para los trabajadores con enfermedades crónicas.

2.1 La equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad. Ventajas e inconvenientes

La definición de discapacidad que se utilice, tanto a nivel internacional y europeo como nacional, va a condicionar el número de personas que pueden quedar cubiertas por la normativa en materia de discapacidad, puesto que cuanto más amplia sea, mayor será el número de personas que pueden quedar incluidas en la misma. Esto es importante porque si se utiliza un concepto de discapacidad muy amplio, aquellas que nacieron como un conjunto de normas teóricamente reservadas a un porcentaje reducido de la población resultarían aplicables a un número siempre mayor de personas, perdiendo su naturaleza de normas de carácter especial. Por lo tanto, a la hora de interpretar la definición de discapacidad y decidir si los enfermos crónicos pueden quedar incluidos en la misma, es necesario valorar si resultaría sostenible y deseable ofrecer este tipo de tutelas a un porcentaje cada vez más amplio de la sociedad, teniendo en cuenta los costes para el sistema que ello supondría.

A nivel conceptual, la utilización de un modelo u otro de discapacidad es uno de los factores que va a condicionar directamente la definición de discapacidad que se dé y la posibilidad de incluir en la misma a otros sujetos, a los efectos que aquí interesan, a los trabajadores con enfermedades crónicas. La evolución del concepto de discapacidad se pone de manifiesto en el paso de un modelo médico o individual al modelo social, modelo seguido por la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008. Si bien dicha evolución debe ser considerada como un hito positivo a favor de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, no sirve para justificar que el concepto de discapacidad tenga que ser entendido de manera amplia y que deba incluir las enfermedades crónicas. Según el modelo social, la discapacidad pertenece de manera total y exclusiva al ámbito social por lo que desaparecería cuando se eliminan las barreras que impiden la participación activa en la sociedad. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso de las enfermedades crónicas, puesto que existen con independencia de las medidas que se adopten a nivel social al tratarse de algo intrínseco a la persona. En este sentido, es posible eliminar las consecuencias negativas que las enfermedades crónicas pueden producir en la participación de las personas en la sociedad pero las mismas no implicarían la desaparición de la enfermedad como tal. Esto nos permite sostener que discapacidad y enfermedad crónica son dos fenómenos diferentes que no deberían equipararse, puesto que según el modelo social si adaptan las medidas adecuadas la discapacidad no tendría por qué llegar ni siquiera a materializarse mientras que la enfermedad sigue existiendo con independencia de las medidas adoptadas. Solo en ciertas ocasiones, cuando no sea posible poner en práctica medidas que eliminen los efectos negativos de las enfermedades crónicas, las mismas podrían traducirse en discapacidad. En estas ocasiones se ponen de manifiesto los puntos críticos del modelo social de discapacidad, puesto que, según sus principios, esta situación no podría llegar a darse al depender la discapacidad exclusivamente de la existencia de una sociedad “discapacitante” y no de la patología de la persona. Además, al focalizar toda la atención en el ambiente, el modelo social de discapacidad no atiende a los síntomas específicos de la patología de cada persona.

Para intentar ofrecer una respuesta a los problemas que presenta el modelo social de discapacidad, en los últimos años se ha desarrollado el modelo bio-psico-social que pretende ser una mezcla del modelo médico y del modelo social y superar así sus

limitaciones. Según este modelo, utilizado por la OMS en la CIF, la discapacidad es la suma y la interacción de tres planos: funcional, personal y social. Así, la discapacidad no depende únicamente de la sociedad, pero tampoco solamente del individuo, sino que se materializa a raíz de la interacción del individuo con el ambiente. Siguiendo el modelo bio-psico-social, el número de situaciones que potencialmente pueden quedar incluidas en el concepto de discapacidad se amplía, pues basta con que se manifieste la situación de desventaja, con independencia de la gravedad de la patología que sufra el individuo. Sin embargo, un problema de salud no tiene por qué traducirse necesariamente en una discapacidad, situación que se producirá únicamente en los casos en los que exista un ambiente desfavorable. Además, la discapacidad no está siempre necesariamente relacionada con el padecimiento de una enfermedad, puesto que puede derivar de cualquier otro tipo de limitación. Piénsese, por ejemplo, al caso de una persona que nace sin un determinado miembro.

A la hora de decidir acerca de la equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad, el modelo bio-psico-social presenta unos límites similares a los indicados para el modelo social. En caso de que se pongan en práctica las correctas adaptaciones, las enfermedades crónicas no tienen por qué llegar a traducirse en discapacidad pues no existiría la necesaria interacción para ello. Además, es necesario atender al caso concreto, por lo que una misma condición de salud puede dar lugar a la discapacidad en algunos casos y en otros no, por lo que será necesario atender al caso concreto ya que no es posible establecer una regla general.

A pesar de que una parte de la doctrina sostiene que la CIF no se refiere solamente a los discapacitados y que la discapacidad se convierte en una cuestión universal que cualquier ser humano puede experimentar a lo largo de su vida, reconociendo que el número de personas que van a padecer problemas de salud que potencialmente pueden derivar en una discapacidad será siempre mayor, lo que habría que hacer es intentar evitar que la discapacidad efectivamente se materialice.

Por lo tanto, la conclusión a la que se llega es que, a pesar de que las conexiones entre discapacidad y enfermedad existen, no se trata de fenómenos necesariamente relacionados, puesto que pueden existir personas con discapacidad que no padezcan ningún tipo de enfermedad crónica y personas con enfermedades crónicas que no sean discapacitadas.

En cuanto a la regulación de la discapacidad a nivel internacional, el art. 1 de la Convención de la ONU señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Dicha definición tiene que tomarse como referencia para interpretar el concepto de discapacidad, puesto que es la única norma a nivel internacional que contiene una definición general de la misma.

La Convención señala que la discapacidad es un concepto en evolución y, por ello, la doctrina considera que, en un futuro, podría ser objeto de actualización y de integración por parte de los distintos Estados, que podrían optar por incluir en el mismo a nuevos sujetos. Esta afirmación podría servir para justificar la inclusión de las enfermedades crónicas en el concepto de discapacidad, sin embargo, esta no parece ser la opción más conveniente porque se diluirían los límites que separan de la discapacidad de la enfermedad anteriormente mencionados y resultaría complicado ofrecer una definición clara de discapacidad.

El análisis de la capacidad laboral representa un aspecto fundamental a la hora de estudiar la definición de discapacidad y, en su caso, diferenciarla de las enfermedades crónicas. El objetivo que aquí se persigue es establecer si todos los casos de “discapacidad laboral”, es decir, de falta de capacidad laboral, son reconocidos como discapacidad en términos jurídicos o si, al contrario, en el concepto de discapacidad están incluidas personas que, en realidad, no ven limitada su capacidad laboral. En este punto, se utiliza la expresión “discapacidad laboral” acuñada por una parte por una parte minoritaria de la doctrina a la que se hace referencia en la *Literature Review*. El concepto jurídico de discapacidad se diferencia del concepto de “discapacidad laboral” que se entiende en sentido amplio. La discapacidad laboral existe independientemente del reconocimiento de la discapacidad jurídica y se refiere a aquellas situaciones en las que el trabajador padece cualquier tipo de restricción o impedimento sobrevenida para el desarrollo de la actividad laboral. En estos casos, el trabajador carece de las condiciones físicas o psíquicas necesarias para el desempeño de la misma de acuerdo con el rendimiento normal y en condiciones de seguridad.

Por su parte, el concepto de discapacidad recogido en la Convención de la ONU se refiere a la participación plena y efectiva en la sociedad y no se limita al ámbito del empleo, por lo que, según esta definición, para obtener el reconocimiento de

discapacidad no es necesario presentar una limitación de la capacidad laboral. Si bien las limitaciones que padece una persona pueden impedir su participación plena en diferentes aspectos de la vida diaria en igualdad de condiciones con los demás, piénsese por ejemplo a la accesibilidad a los lugares públicos, ello no implica necesariamente la ausencia de capacidad laboral. Es cierto que, en muchas ocasiones, la discapacidad afecta de manera negativa a la capacidad laboral, pero ello no constituye un requisito indispensable para el reconocimiento de la discapacidad porque dicho concepto atiende a otros muchos aspectos de la vida cotidiana, como lo son el acceso a la educación y la participación social, y no únicamente el ámbito laboral. Además, habrá que atender al caso concreto pues, a pesar de que el discapacitado carezca de capacidad laboral para llevar a cabo un determinado tipo de trabajo, con las oportunas adaptaciones puede ser perfectamente capaz de desempeñar otro diferente. En este sentido, la perspectiva individual, esto es, la motivación de la persona, su capacidad y su motivación para conservar o volver al trabajo juega un papel fundamental. Por ejemplo, una persona con discapacidad no tiene por qué realizar ausencias al trabajo, puesto que bastaría con una adaptación del lugar de trabajo para que pueda desarrollar su prestación laboral normalmente. Además, la discapacidad tampoco tiene por qué implicar una disminución del rendimiento mientras que, normalmente, la enfermedad crónica, sino se lleva a cabo ningún tipo de adaptación de las condiciones laborales a las necesidades del trabajador, sí provocará una reducción del rendimiento respecto al alcanzado antes de su aparición.

El hecho de que el reconocimiento de una discapacidad no derive necesariamente de la presencia de una incapacidad para trabajar se explica porque, tal y como se ha señalado en la *Literature Review*, para el Derecho del Trabajo no existen personas consideradas *di per sé* como discapacitadas, sino que habrá que atender a las tareas concretas que tengan que desarrollar. En este sentido, una persona con una discapacidad reconocida puede acceder y conservar un puesto de trabajo, incluso sin hacer uso de las medidas previstas para favorecer su inclusión en el mercado laboral, cuando sus limitaciones no le impidan llevar a cabo las tareas propias de ese puesto en concreto. El hecho de tener reconocida una discapacidad es indiferente a la hora de valorar la idoneidad para desempeñar un trabajo porque lo importante es contar con las capacidades necesarias para cumplir con la prestación pactada. En este caso, se llega a la paradoja de que una persona con discapacidad tiene acceso a unos mecanismos de tutela en el ámbito laboral que no necesita, puesto que su discapacidad le permite

desempeñar determinados tipos de trabajo en igualdad de condiciones que los demás, mientras que otras personas, que sí padecen limitaciones que afectan a su capacidad laboral, no siempre cumplen con los requisitos para ser consideradas discapacitadas y, por lo tanto, se ven privadas de este tipo de tutelas que, sin embargo, serían claves para garantizar su permanencia en el mercado laboral. Esto resulta particularmente complejo en el caso de las enfermedades crónicas, puesto que, a pesar de que dan lugar a limitaciones de la capacidad laboral que afectan a la satisfacción de los estándares de producción, en muchos casos su gravedad no será tal como para provocar limitaciones de carácter permanente en todos los ámbitos de la vida de la persona y, por lo tanto, no darán lugar al reconocimiento de la discapacidad.

Tal y como puede apreciarse, el concepto de “discapacidad laboral” se diferencia del concepto jurídico de discapacidad y esto resulta especialmente relevante a la hora de rechazar la equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad como una de las vías más adecuadas para ofrecer tutela a estas personas. La pérdida o disminución de la capacidad laboral es uno de los principales efectos que ocasionan las enfermedades crónicas, mientras que no es un requisito indispensable para el reconocimiento de la discapacidad, por lo que no resultaría adecuado considerar que el concepto jurídico de discapacidad implica siempre una “discapacidad laboral” y, viceversa, que la “discapacidad laboral” tiene que ser siempre considerada discapacidad en sentido estricto.

Al contrario de lo que ocurre a nivel internacional, a nivel europeo no existe ninguna norma que contenga una definición general de discapacidad. Sin embargo, como ya se ha dicho, la Convención de la ONU tiene que utilizarse como referencia a la hora de interpretar el concepto de discapacidad al que hacen referencia las distintas normas.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establece que la discapacidad es una causa de discriminación prohibida, pero no recoge una definición de la misma. Podría considerarse que el hecho de que la Directiva no contenga una definición de discapacidad no es algo casual, sino que lo que realmente se buscaba era dejar margen de maniobra a los distintos Estados miembros a la hora de transponer la Directiva en los ordenamientos jurídicos internos y decidir autónomamente acerca del concepto de discapacidad que quieren utilizar. Esto se

explicaría porque la definición de discapacidad utilizada va a tener un impacto importante en el gasto de cada Estado en este ámbito. Sin embargo, tal y como se verá más adelante cuando se analice el concepto de discapacidad a nivel nacional, esto ha provocado que existan diferencias muy importantes en las definiciones de discapacidad utilizadas en los diferentes Estados, lo que parece contrario al objetivo de establecer un marco general para la igualdad de trato, que era la finalidad última perseguida por la Directiva 2000/78/CE.

Algunos autores citados en la *Literature Review* sostienen que no sería relevante introducir un concepto jurídico de discapacidad basado en las características de las personas, puesto que se trata de una noción cambiante que va a depender del contexto social. Sin embargo, el concepto jurídico de discapacidad que se utilice tiene una gran relevancia pues va a condicionar las tutelas a las que tendrán acceso las personas incluidas en el mismo, por lo que se defiende la necesidad de establecer una definición de la misma. Por lo tanto, si bien se reconoce que, por la propia naturaleza de la discapacidad, elaborar un concepto jurídico unívoco no es una tarea fácil, se considera que es necesario realizar este esfuerzo en pos de una mayor seguridad jurídica y claridad en torno al ámbito subjetivo de las tutelas en materia de discapacidad.

La falta de definición a nivel europeo ha provocado problemas en la práctica a la hora de entender qué debe entenderse por discapacidad, en particular, si puede ser asimilable a la enfermedad. En los últimos años, la posible equiparación de la enfermedad con efectos a largo plazo a la discapacidad en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria ha suscitado un importante debate a nivel europeo, lo que ha llevado al planteamiento ante el TJUE de diversas cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales nacionales de diferentes Estados miembros en relación a la definición de discapacidad.

Antes de entrar a valorar la posición mantenida por el TJUE es necesario realizar una aclaración preliminar que va a condicionar el alcance de la misma. Las cuestiones que se plantean al TJUE en relación al concepto de discapacidad se refieren únicamente a la definición utilizada en el Directiva 2000/78/CE. Por lo tanto, la interpretación que este ofrece tendrá efectos, en principio, únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria pero no podrá implicar el acceso a otro tipo de tutelas previstas para las personas con discapacidad en las diferentes normas, como es el caso de la Seguridad Social o del acceso a los procesos de inserción profesional, normativas que, en la

mayoría de los casos utilizan una definición diferente a la existente en el ámbito antidiscriminatorio. Tal y como puede apreciarse, el debate a nivel europeo en torno al concepto de discapacidad se ha planteado únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Esto puede explicarse porque el establecimiento de un concepto de discapacidad uniforme a nivel europeo que resultase aplicable en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico podría afectar a la soberanía de los distintos Estados miembros. Esto resultaría particularmente problemático en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, que son competencia de los Estados miembros y en las que la Unión Europea puede limitarse solamente a emitir directrices de coordinación no vinculantes.

La posición del TJUE en torno al concepto de discapacidad ha evolucionado desde la primera sentencia en la que fue llamado a pronunciarse sobre el tema, la sentencia Chacón Navas de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05), a las tres últimas, *HK Danmark* (11 de abril de 2013, C- 335/11 e C-337/11), *Kaltoft* (18 de diciembre de 2014, causa C-354/13) y, por último, *Daouidi* (1 de diciembre de 2016, causa C-395/2015).

En la sentencia Chacón Navas, el TJUE se hace eco de la problemática derivada de la existencia de conceptos de discapacidad diversos en los distintos Estados miembros y establece que la misma tendría que ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme a nivel europeo. Así, el TJUE sostiene que “debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

El TJUE se atiene al texto literal de la Directiva 2000/78/CE y considera que el hecho de que haga referencia a la discapacidad y no a la enfermedad, impide afirmar que ambos conceptos sean equiparables.

La presencia de una limitación es el elemento fundamental a la hora de determinar si existe o no discapacidad. De esta manera, solo en determinadas ocasiones, esto es, cuando ocasione limitaciones funcionales de carácter previsiblemente permanente que impidan la participación plena en la vida profesional, la enfermedad podrá dar lugar a la discapacidad. Si bien en ciertos casos la enfermedad constituye el paso previo a la discapacidad, se trataría de una relación de causa - efecto que se materializa solo en determinados momentos, por lo que no sería posible concluir que se trata de dos conceptos equiparables. Por lo tanto, según el TJUE enfermedad y discapacidad no tienen por qué ser equiparados a priori.

A pesar de que el TJUE afirma de manera clara que discapacidad y enfermedad son dos conceptos diferentes, al no explicar concretamente cuáles son los elementos que los diferencian, se plantean problemas a la hora de diferenciar la discapacidad de la enfermedad crónica, puesto que se trata de un fenómeno que se encuentra a medio camino entre la discapacidad y la enfermedad y difumina la línea que separa ambos conceptos. De todas maneras, también en el caso de las enfermedades crónicas habría que atender al criterio general que utiliza el TJUE para decidir si existe discapacidad. Por lo tanto, las enfermedades crónicas podrán dar lugar a discapacidad solamente cuando provoquen limitaciones que supongan un obstáculo en la vida profesional, mientras que se rechaza la idea de que puedan ser equiparadas a la discapacidad, de manera automática, cuando se cronifican.

A pesar de las dudas que se plantean, puede afirmarse que en esta sentencia el TJUE utiliza un concepto restrictivo de discapacidad que impide la inclusión de las enfermedades crónicas en el mismo, a pesar de que no exige el reconocimiento administrativo de discapacidad como condición para acceder a la tutela antidiscriminatoria.

La valoración que tiene que hacerse de esta sentencia obedece a un doble orden de cosas. La elaboración del concepto de discapacidad que realiza es criticable por ser restrictivo y seguir el modelo médico de discapacidad. Ahora bien, a los efectos que aquí interesan, esto es, decidir si la enfermedad con efectos a largo plazo y la discapacidad son conceptos equiparables, y en relación a la conclusión a la que llega, la decisión del TJUE tiene que ser calificada como positiva, pues la posición que se mantiene en esta tesis de Doctorado aboga por la no equiparación entre discapacidad y enfermedad crónica.

La sentencia Chacón Navas no acaba con el debate en torno al concepto de discapacidad por lo que el TJUE vuelve a pronunciarse sobre el mismo en la sentencia *HK Danmark*. En dicha sentencia el TJUE establece que “el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida

profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”.

La interpretación del concepto de discapacidad que el TJUE realiza en esta sentencia está condicionada por la Convención de la ONU que fue ratificada por la Unión Europea con la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23). Al seguir la Convención el modelo social de discapacidad, esto tiene un impacto relevante en la definición de discapacidad que elabora el TJUE, puesto que a diferencia de lo que ocurría en la sentencia Chacón Navas, en esta ocasión el TJUE establece que la discapacidad no deriva únicamente de la limitación provocada por dolencias de diferente tipo, sino de la de la interacción de las mismas con las diversas barreras presentes en la sociedad. La referencia a estas barreras es el ejemplo más claro de que en esta sentencia el TJUE está siguiendo el modelo social de discapacidad. Sin embargo, existe una diferencia relevante entre la definición de discapacidad ofrecida por el TJUE y la contenida en la Convención de la ONU sobre la que conviene llamar la atención. Mientras que el TJUE utiliza la expresión “participación plena y efectiva en la vida profesional”, la Convención se refiere a las limitaciones que incidan en la “participación plena y efectiva en la sociedad”. Esta diferencia es importante porque parece que el TJUE quiera limitar el ámbito aplicación de la definición de discapacidad, reservándola a aquellos casos en los que la misma implica una limitación de la capacidad laboral. Sin embargo, la Convención de la ONU no exige necesariamente la concurrencia de una limitación en la capacidad laboral para que haya discapacidad, sino que basta con que se produzca una limitación en la participación en la sociedad, por lo que su ámbito de aplicación será potencialmente mayor.

La sentencia *HK Danmark* añade nuevos elementos a la hora de definir la discapacidad que no estaban presentes en la sentencia Chacón Navas, en particular, se refiere de manera expresa a la posibilidad de que la discapacidad sea causada por una enfermedad curable o incurable, siempre y cuando sea de larga duración. En este sentido, el TJUE parece estar ampliando el ámbito subjetivo de la discapacidad, que no tiene que ser una condición que se padece desde el nacimiento o provocada por un accidente, sino que también puede derivar del padecimiento de una enfermedad. Esto supone un cambio de enorme relevancia conceptual y que puede dar lugar a multitud de consecuencias prácticas.

A pesar de que el TJUE reconoce de manera expresa que la enfermedad puede ser causa de discapacidad, es relevante señalar que el TJUE continua exigiendo, al igual que lo hacía en la sentencia Chacón Navas, que dicha enfermedad acarree una limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional. Por lo tanto, la limitación sigue siendo un elemento central en la definición de la discapacidad. El TJUE considera que la enfermedad de larga duración constituye discapacidad si produce una limitación, por lo que es posible afirmar que el TJUE en ningún momento está equiparando de manera total y automática la enfermedad a la discapacidad, puesto que primero será necesario constatar provoca una limitación.

Si bien es cierto que en esta sentencia el TJUE utiliza una definición que puede parecer potencialmente más amplia que la recogida en la sentencia Chacón Navas, realizando una comparación entre las dos definiciones se puede constatar que tienen puntos en común. Ambas requieren la presencia de limitaciones y le otorgan la consideración de elemento central a la hora de determinar la presencia de una discapacidad. Esto puede conducir a concluir que si bien la posición mantenida por el TJUE en la sentencia *HK Danmark* resulta novedosa en algunos aspectos, en realidad, en otros, sigue el hilo conductor de la sentencia Chacón Navas. Con todo, sí se vislumbra un cambio en la perspectiva utilizada por el TJUE. Dicha sentencia supone un primer paso importante hacia la instauración de un modelo social de discapacidad, sin embargo, al continuar manteniéndose los requisitos anteriormente indicados, se pone de manifiesto que todavía queda un largo camino por recorrer hasta la total implantación del mismo.

A pesar de los límites anteriormente señalados, puede decirse que lo que hace el TJUE en esta sentencia es crear una tercera categoría: la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador. Es este tipo de enfermedad (cuando sea de larga duración e implique una limitación en la participación en la vida profesional), y no la enfermedad en sentido genérico, la que se asimila al concepto de discapacidad y, por lo tanto, entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Por lo tanto, en los casos en los que la enfermedad crónica no se traduzca en una limitación clara para la participación en la vida profesional, o la misma se caracterice por alternar fases agudas con otras en las que sus efectos no son visibles, circunstancia muy común en este tipo de enfermedades, no se darían los requisitos para que los trabajadores que las padecen sean considerados discapacitados. De esta manera,

continuarían existiendo personas con enfermedades crónicas que ven limitada, en cierto modo, su capacidad de participación en la vida profesional, pero que no tienen acceso a las tutelas reservadas a los discapacitados.

Tal y como puede apreciarse, la definición del concepto de discapacidad utilizado en la Directiva 2000/78/CE no es una tarea sencilla y muestra de ello lo es el hecho de que, después de la importante sentencia *HK Danmark*, recientemente el TJUE ha sido llamado a pronunciarse nuevamente sobre la cuestión con la sentencia de 18 de diciembre 2014, *Kaltoft*, asunto C-354/13, referida al caso concreto de la obesidad y a la posibilidad de equipararla a la discapacidad. Como premisa, es necesario señalar que la obesidad está considerada por la OMS como una enfermedad crónica² y que no está contemplada como una causa de discriminación autónoma a nivel europeo. De ahí que se plantee al TJUE la posibilidad de considerarla constitutiva de discapacidad. Para ofrecer una respuesta a la cuestión, el TJUE ha de tener en cuenta la definición de discapacidad recogida en la Convención de la ONU así como el principio sentado en la sentencia *HK Danmark*. En consecuencia, el TJUE sostiene que la obesidad puede constituir discapacidad cuando acarrea limitaciones que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional. En este caso, el TJUE introduce una matización en relación a la incidencia en la participación plena y efectiva en la vida profesional, puesto que mientras que en la sentencia *HK Danmark* exigía que la misma se viese impedida, en esta sentencia se limita a señalar que tiene que verse dificultada. La flexibilización de este requisito puede ser interpretado como algo positivo de cara a la posible inclusión de las enfermedades crónicas en el concepto de discapacidad, puesto que, a consecuencia de sus características, muchas veces no impiden la participación total en la vida profesional pero sí la limitan o la dificultan en cierto modo.

A pesar de lo dicho anteriormente, la sentencia puntualiza que solo los casos más graves de obesidad vendrán considerados como discapacidad, por lo tanto, una vez más, la vía de la equiparación a la discapacidad no sirve para tutelar a todos los trabajadores con enfermedades crónicas, pues en este caso quedarían privados de protección aquellos con grados de obesidad más leves. Así, si bien puede apreciarse que el TJUE está llevando a cabo un proceso de flexibilización del concepto de discapacidad que permite

² OMS, *Fact sheets on chronic diseases*, disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/en/>.

cubrir un mayor número de supuestos, siempre va a haber grupo que trabajadores que seguirán sin cumplir los requisitos flexibles exigidos y que, por lo tanto, quedarán privados de protección. Esto pone de manifiesto que la vía de la equiparación a la discapacidad no es la más adecuada ni la que más tutelas ofrece a los trabajadores con enfermedades crónicas.

El TJUE se ha pronunciado nuevamente sobre el concepto de discapacidad y, esta es la tercera ocasión en un periodo de tres años (desde 2013 a 2016), en el caso *Daouidi* (sentencia 1 de diciembre de 2016, causa C-395/2015). En este caso, el TJUE está llamado a pronunciarse sobre la incapacidad temporal, esto es, se le pregunta si la limitación de la capacidad que da lugar a un proceso de incapacidad temporal de duración incierta puede calificarse como duradera y, por lo tanto, interpretarse que está incluida en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE. El TJUE responde a la cuestión prejudicial indicando que el concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78/CE debe entenderse de la siguiente manera: “el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU”.

Si bien de una primera lectura de dicha afirmación podría deducirse que el TJUE está manteniendo una posición que entiende limitar la protección dispensada a los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal, ello no tiene por qué ser así. Anteriormente, el TJUE había afirmado que el hecho de que en el momento en el que se produjo el despido el trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal no puede excluir, por sí mismo, la calificación de la limitación como duradera. De esta manera, podría afirmarse que ni el hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal implica de manera automática que la limitación tenga una duración tal como para ser constitutiva de discapacidad, ni tampoco que impida considerar que se está ante un caso de discapacidad. Por lo tanto, el TJUE estaría reconociendo que, en determinadas circunstancias, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Sentencia *HK Danmark*, la limitación que da origen a un proceso de incapacidad temporal sí que podrá constituir discapacidad, cobrando mucha importancia el caso concreto.

La discapacidad va más allá del hecho de encontrarse o no en situación de incapacidad temporal, pues puede existir al margen de la misma. Lo único que hay que hacer es atender al cumplimiento de los requisitos exigidos en la Sentencia *HK Danmark*. Esta parece ser la interpretación que otorga una protección mayor a los trabajadores en situaciones similares a la del Sr. Daouidi. Si bien una enfermedad puede empezar causando limitaciones temporales, nada impide que las mismas pasen a ser crónicas y provoquen efectos a largo plazo, por lo que podrían entrar en el concepto de discapacidad, tal y como la ha entendido el TJUE en sus últimas sentencias.

En este caso, el TJUE se centra en el análisis de la duración que ha de tener la limitación para poder dar lugar a una discapacidad. Cabe señalar que, además del adjetivo “duradero”, el TJUE también utiliza otras expresiones como sinónimos de aquel, que son “a largo plazo” o “larga duración”. La definición del término “duradero” resulta particularmente compleja, pues ni siquiera la Convención de la ONU aporta luz en este sentido, pues utiliza la expresión “a largo plazo” en lugar de “duradero”, pero no llega a explicar su significado.

A pesar de que el TJUE concluye que corresponde al juez nacional que plantea la cuestión prejudicial decidir si la limitación tiene carácter duradero o no, apunta que para comprobar el carácter duradero de la limitación del trabajador, el tribunal nacional deberá basarse en todos los elementos objetivos de los que disponga, en particular, los documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales. A consecuencia de esta afirmación del Alto Tribunal, las pruebas médicas relativas a la salud del trabajador están llamadas a adquirir mucha importancia en la apreciación de la existencia de discapacidad en los procesos judiciales. Si bien este criterio parece estar en línea con la definición de discapacidad utilizada en la Convención de la ONU y en la Sentencia *HK Danmark* y puede parecer positivo, también puede plantear problemas prácticos. Si bien el TJUE ofrece una serie de indicios que el juez nacional tendrá que tener en cuenta, la decisión queda en sus manos y esto no contribuye al objetivo de crear una definición de discapacidad común en el ámbito de la Unión Europea, al que el TJUE hace referencia al principio de la sentencia. Además, tratándose de una cuestión fáctica, podrán originarse decisiones diferentes, aun cuando los casos sean similares, en función de la interpretación que los jueces nacionales realicen de los indicios aportados por el TJUE.

Del análisis de las últimas sentencias del TJUE sobre el concepto de discapacidad cabe apreciar que no sigue la línea defendida en esta tesis de Doctorado, sino que considera que la mejor vía para ofrecer tutela a los enfermos crónicos es a través de su equiparación a los discapacitados. A pesar de ello, dicha equiparación nunca es automática sino se condiciona al cumplimiento de los requisitos recogidos en la sentencia *HK Danmark* y posteriormente explicados y matizados en las sentencias *Kaltoft* y *Daouidi*. Esto pone de manifiesto que la decisión tomada en la sentencia *HK Danmark* no se trató de un supuesto aislado motivado por las circunstancias del caso concreto sino que se trata del primer paso de un proceso de progresivo cambio de visión hacia una parcial flexibilización del concepto.

Sin embargo, a pesar de que la utilización de un concepto amplio de discapacidad podría parecer la vía más sencilla para ofrecer protección antidiscriminatoria a los trabajadores con enfermedades crónicas teniendo en cuenta la normativa vigente, la misma no parece ser aquella que aporte mayor seguridad jurídica y claridad a la hora de identificar las tutelas aplicables a los trabajadores con enfermedades crónicas. Enfermedades crónicas y discapacidad pertenecen a marcos conceptuales diferentes y, por ello, realizar una interpretación forzada de la definición de discapacidad para defender la equiparación de ambos conceptos no parece la opción más rigurosa desde el punto de vista jurídico.

Si bien la evolución del TJUE en relación al concepto de discapacidad puede facilitar el reconocimiento de la discapacidad y ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, el mismo no serviría para abarcar a todas las situaciones en las que las enfermedades crónicas implican una efectiva discapacidad laboral. Así, continuaría existiendo un vacío legal en términos de falta de tutela de estas personas, por lo que sería necesario explorar vías alternativas al reconocimiento de la discapacidad para ofrecerle protección a los trabajadores con enfermedades crónicas.

A pesar de que el TJUE ofrece indicaciones para determinar cuando existe discapacidad y cuando no y reconoce la necesidad de establecer un concepto de discapacidad unitario a nivel europeo, la decisión última corresponderá a los jueces nacionales, circunstancia que limita el alcance de la flexibilización del concepto prospectada por el TJUE. Además de la doctrina sentada por el TJUE, los tribunales nacionales también tienen que atender a la normativa interna y es aquí cuando, como se verá más adelante, se plantean particulares problemas, pues ante las diferencias en el

concepto de discapacidad a nivel nacional, algunos de los tribunales de los distintos Estados analizados a seguir la interpretación del concepto de discapacidad que realiza el TJUE.

Cabe señalar también que la definición de discapacidad del TJUE prescinde y no hace referencia a la necesidad de que se acredite un determinado grado de discapacidad. Dicha cuestión no le ha sido planteada y, por lo tanto, se limita a ofrecer una definición en línea con la Convención de la ONU que tampoco hace referencia a esta circunstancia. El TJUE centra la atención en las circunstancias específicas del caso concreto a la hora de decidir si existe o no discapacidad, huyendo de la necesidad de obtener un certificado administrativo de discapacidad basado en el modelo de los porcentajes en muchas ocasiones alejado de la realidad. Sin embargo, en muchos países de la Unión Europea se exige el reconocimiento mínimo de un grado de discapacidad para poder ser considerado discapacitado y poder tener acceso a las tutelas, no solo en el ámbito de la Seguridad Social, sino también en la tutela antidiscriminatoria. Si bien se reconoce que la posición del Tribunal en este punto es acertada, pues exigir el reconocimiento de un grado de discapacidad plantea particulares problemas y puede dejar sin tutela a las personas que no cumplen con los requisitos previamente estipulados, a pesar de que realmente sufran limitaciones que dificultan su participación en la vida social, encontrar un método alternativo es una tarea complicada.

El principal problema que se plantea en este sentido es la dificultad de fijar un criterio *a priori* que determine qué características tiene que tener la limitación para ser considerada discapacidad pero que, al mismo tiempo, tenga en cuentas las circunstancias del caso concreto. A pesar de ello, es necesario determinar un método, si bien personalizado, para reconocer la existencia de discapacidad pues, en caso contrario, la decisión sería demasiado arbitraria.

Por último, los efectos de la doctrina del TJUE están llamados a tener un impacto mayor en aquellos Estados en los que existe un concepto restringido de discapacidad y dónde tradicionalmente se ha defendido una diferenciación clara entre enfermedad y discapacidad.

Una vez que se ha presentado el cuadro jurídico del concepto de discapacidad a nivel internacional y europeo, es necesario analizar cuál es la situación existente en los tres países objeto de estudio en esta tesis de Doctorado: España, Italia y Reino Unido.

El hecho de que la Directiva 2000/78/CE no contenga una definición de discapacidad ha provocado que, en la trasposición de la misma en los ordenamientos internos, los Estados miembros hayan incorporado diversos matices que provocan que el concepto de discapacidad sea cambiante. De ahí la importancia de realizar una investigación comparada.

A nivel nacional, en el Reino Unido existe una definición amplia de discapacidad en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria recogida en la *Equality Act* que indica los requisitos que hay que cumplir para ser considerado discapacitado a estos efectos, entre los que no se incluye la necesidad de que reconozca un determinado grado de discapacidad, es decir, no hace referencia a porcentajes. La Sección 6 de la *Equality Act* define la discapacidad como una limitación física o mental que provoca efectos adversos a largo plazo en la capacidad para llevar a cabo las tareas diarias.

La definición de discapacidad en el Reino Unido está formada por cuatro elementos: 1) la presencia de una limitación física o mental, 2) la limitación tiene que provocar un efecto adverso substancial, 3) tiene que ser a largo plazo, 4) tiene que afectar al desarrollo normal de las actividades diarias. A pesar de que la *Equality Act* opta por ofrecer una definición “abierta” de discapacidad, la interpretación de dichos elementos no resulta sencilla.

Los mayores problemas se plantean en relación al requisito de la duración, puesto que la *Equality Act* señala que para ser de larga duración, la limitación tiene que durar doce meses, que sea probable que dure toda la vida, o que dure doce meses desde su aparición. Si bien es cierto que es necesario fijar algún tipo de criterio para determinar cuando una limitación puede considerarse a largo plazo y cuando no, el establecer el criterio fijo de doce meses resulta criticable porque cabría plantear por qué el límite temporal se fija en doce meses y no en otro número. Además, supone un freno a la introducción de un régimen flexible de reconocimiento de la discapacidad. Así, parecería más adecuado atender al caso concreto para determinar la gravedad de la limitación en función de su duración, teniendo en cuenta también el resto de elementos configuradores de la discapacidad. Por ejemplo, a la hora de valorar si la limitación tiene carácter substancial, su duración va a jugar un papel determinante y va a depender en gran medida del caso concreto.

Por su parte, si bien podría interpretarse que la referencia a la probabilidad de que la limitación dure toda la vida o se extienda durante un periodo de doce meses, podría suponer un paso hacia a una mayor flexibilización del concepto, todo dependerá de la decisión final que tome el juez. A pesar de que el juez podrá atender a las circunstancias del caso concreto, de esta manera no se contribuye al aumento de la seguridad jurídica en la materia.

En cuanto a la referencia de la *Equality Act* a la afectación de las actividades diarias, en este punto se sigue la definición de discapacidad de la Convención de la ONU y no la del TJUE, por lo que puede abarcar un número mayor de supuestos. Ahora bien, la capacidad para trabajar puede entrar dentro del concepto de actividades diarias siempre y cuando se trate de una capacidad estándar y no de aquella requerida para determinados trabajos específicos.

La mayor particularidad de la *Equality Act*³ es que establece que determinadas enfermedades crónicas (el cáncer, la esclerosis múltiple y el VIH) tienen que ser consideradas de manera automática como discapacidad desde el momento del diagnóstico. En estos casos, no es necesario probar que se cumplen los requisitos exigidos en la definición general de discapacidad, es decir, que la patología tiene un efecto adverso en las tareas diarias o que tiene carácter permanente, puesto que el reconocimiento de la discapacidad se flexibiliza en razón de las particularidades que presentan las tres enfermedades mencionadas. Sin embargo, dicho reconocimiento automático podría llegar a resultar arbitrario atendiendo al caso concreto, pues no siempre las personas que padecen las tres enfermedades mencionadas sufren una limitación en el desarrollo de las tareas diarias o en su capacidad laboral. Puede darse el caso de que estas personas puedan continuar trabajando normalmente, por lo que su consideración automática como discapacitados, sin ver si se cumplen los requisitos recogidos en la definición, no parecería lo más oportuno. Uno de los riesgos del reconocimiento automático es sobreproteger a una persona que tal vez no esté necesitada de tutela.

Más allá de los tres casos en los que la discapacidad se reconoce automáticamente desde el diagnóstico, la *Equality Act* diferencia las *long-term health conditions* de la discapacidad. Una persona padece una *long-term health condition* si tiene un problema de salud o una enfermedad que hayan durado, o que se espere que duren, al menos 12

³ *Schedule 1, Disability: Supplementary Provision*, Parte 1, párrafo 6.

meses. Sin embargo, solo en los casos en los que dichas enfermedades impliquen una reducción de la capacidad de la persona para llevar a cabo sus tareas diarias, es decir, cuando se cumplan el resto de requisitos exigidos por la *Equality Act*, se considera que existe discapacidad.

La *Equality Act* se refiere también a las enfermedades con efectos variables o recurrentes, estableciendo que no es necesario que cumplan con todos los requisitos exigidos para que vengán consideradas como discapacidad. Sin embargo, a pesar de que exime de la necesidad de que la enfermedad afecte a las tareas diarias, en razón precisamente de su carácter variable en el tiempo, continúa exigiendo que se respete el requisito de la duración de doce meses. En este sentido, se exige que las recaídas derivadas de la enfermedad se manifiesten, si bien no en manera constante, sí durante este periodo de tiempo.

Si bien el reconocimiento de la discapacidad se flexibiliza en un cierto modo en el caso de las enfermedades con efectos variables o recurrentes, no se hace en la misma medida que en el caso del cáncer, la esclerosis múltiple y el VIH. Por lo tanto, cabría preguntarse cuál es el criterio que utiliza la *Equality Act* para determinar que solo estas tres enfermedades dan lugar al reconocimiento automático de la discapacidad y no otras, puesto que esta elección puede provocar, incluso, desigualdades entre las distintas personas enfermas. Si bien se reconoce que estas tres enfermedades se caracterizan por su especial gravedad, podrían existir casos de personas con otras enfermedades que provoquen efectos igualmente graves y que, sin embargo, sí tendrían que someterse al proceso judicial para que les venga reconocida la discapacidad, con todas los problemas que la prueba del cumplimiento de los requisitos exigidos por la *Equality Act* plantea.

La *Equality Act* también se refiere de manera expresa a las enfermedades con efectos progresivos en el tiempo en la *Schedule 1, Disability: Supplementary Provision*, Parte 1, párrafo 8. En estos casos, a pesar de que el efecto substancial de la limitación en las tareas diarias no se haya manifestado todavía, la persona vendrá considerada igualmente como discapacitada si es probable que el mismo llegue a materializarse. A pesar de que esto supondría una excepción a la regla general que tiene que ser valorada de manera positiva, nos encontramos, una vez más, con el problema de la prueba, puesto que va a resultar muy complicado establecer un criterio para decidir cuando es probable que el efecto substancial se materialice y cuando no.

La *Equality Act* también contiene especificaciones en relación a las enfermedades mentales, sin embargo, como en los dos casos anteriormente presentados, continúa exigiéndose el cumplimiento de los requisitos propios de la discapacidad. Por lo tanto, si bien la *Equality Act* hace referencia a todos estos supuestos particulares, podría decirse que se trata más bien de un elenco de las enfermedades que pueden quedar incluidas en el concepto de discapacidad, que de una verdadera excepción a la regla general, circunstancia que solo opera en el caso específico del cáncer, de la esclerosis múltiple y del VIH.

La prueba juega un papel fundamental en el reconocimiento de la discapacidad, más aún, si tenemos en cuenta que esta tarea corresponde a los Tribunales, al no existir en Reino Unido un procedimiento administrativo para su certificación. Si bien la ausencia de este tipo de procedimiento podría resultar positiva, puesto que en otros países en los que sí existe genera una gran burocratización del proceso de reconocimiento de la discapacidad, dejar todo en manos de los tribunales tampoco parece lo más adecuado. El riesgo de esta vía es que contribuya a aumentar los procesos judiciales y limite el acceso a los derechos a aquellas personas con menos recursos económicos para sufragar los gastos derivados de los gastos.

En el ámbito del empleo, el informe médico en el que se enumeren las limitaciones que padece el trabajador no resulta suficiente para que el empresario esté obligado a poner en práctica los derechos reconocidos a los discapacitados, en particular los ajustes razonables. Por lo tanto, si el empresario se niega a ello, la única opción que tiene el trabajador es acudir a los tribunales para que acrediten su discapacidad. Si bien en Reino Unido la tendencia es a intentar llegar a acuerdos en estos casos, ello no siempre es posible por lo que el número de demandas está aumentando en gran medida en los últimos años.

Además, otra particularidad del proceso de certificación de la discapacidad en Reino Unido deriva del hecho de que el propio trabajador tiene que elaborar un informe denominado *Impact Statement* en el que él mismo presenta los efectos que la enfermedad que padece le produce en el trabajo.

Los Tribunales han acogido de manera favorable la definición “abierta” de discapacidad utilizada por la *Equality Act*. Esto ha permitido que los Tribunales hayan realizado una interpretación amplia de este concepto y que hayan incluido también otras enfermedades diferentes de las recogidas de manera expresa. De esta manera, han

reconocido que desórdenes como la dislexia, los problemas mentales, la depresión, los desórdenes de la personalidad o el estrés post-traumático entran en el concepto de discapacidad. Sin embargo, no hay que olvidar que en todos estos casos, los Tribunales han exigido que se probase que dichas enfermedades cumplieran con los requisitos exigidos en la definición de discapacidad y en ningún momento, las equiparan de manera automática a la discapacidad.

La utilización de una definición amplia de discapacidad tiene múltiples implicaciones desde el punto de vista laboral en razón del amplio abanico de trabajadores que pueden quedar incluidos en el ámbito de aplicación de la tutela antidiscriminatoria. Todos ellos tendrían derecho a medidas de adaptación, con todas las implicaciones que ello tiene para el empresario, que está obligado a poner en práctica ajustes razonables para un número siempre potencialmente más amplio de trabajadores.

A pesar de la definición potencialmente amplia de discapacidad existente en Reino Unido, hay que ser cautelosos y tener en cuenta que el *Green Paper* se refiere en todo momento de manera separada a la discapacidad y a las condiciones relacionadas con el estado de salud, recalando la idea de que un problema de salud no tiene por qué derivar necesariamente en discapacidad. Llegados a este punto, cabe interrogarse sobre cuáles serán las tutelas a las que tendrán acceso las personas con limitaciones a largo plazo pero que, sin embargo, quedan fuera de la definición de discapacidad tal y como la entiende la *Equality Act*. Así, puede decirse que en Reino Unido no existe, por el momento, un régimen autónomo de tutela para las enfermedades crónicas, siendo la única vía para ofrecerles tutela su equiparación a la discapacidad, por lo que cuando ello no sea posible estos trabajadores se verán privados de una tutela específica.

Además, también hay que tener en cuenta otro problema que plantea la definición amplia de la discapacidad, esto es, no todas las personas se consideran a sí mismas discapacitadas aunque exigidos por la *Equality Act*.

En España, tradicionalmente, la regulación del concepto de discapacidad se ha caracterizado por una gran dispersión normativa ya que hasta la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGPD), existían distintas normas que respondían a finalidades diferentes. Así, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos

(LISMI) pretendía facilitar la rehabilitación del minusválido y su integración en todos los ámbitos de la sociedad. Por su parte, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) era una norma de Derecho antidiscriminatorio y venía a complementar a la LISMI. La LGDPD pone fin a esta dispersión normativa declarando, de manera expresa, derogadas estas dos leyes. Sin embargo, la LGPD, tratándose de un Texto Refundido, se limita a unificar la normativa anterior pero no el desarrollo reglamentario de la misma, por lo que continúan en vigor el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y el Real Decreto 383/1984 de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la LISMI. Tal y como se verá a continuación, el hecho de que estos Reales Decretos continúen en vigor va a condicionar la definición de discapacidad existente en el ordenamiento jurídico español. Además, el Texto Refundido no parece el mecanismo más adecuado para reformar la disciplina de la discapacidad, sino que tratándose de una cuestión tan delicada y que genera consecuencias en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico, hubiera sido oportuno generar un mayor debate a nivel político así como con los actores sociales. Por este motivo, podría decirse que queda pendiente un tratamiento general de la cuestión.

La normativa anterior a la LGPD, esto es el art. 2 LIONDAU establecía que “son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Sin embargo, el apartado 2, inciso tercero del art. 1 añadía “ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Por lo tanto, la consideración como discapacitado dependía del reconocimiento de un determinado grado de minusvalía que se hacía depender de un baremo fijado a nivel reglamentario, por lo que no bastaba que se cumpliesen con los requisitos establecidos en la definición.

Por su parte, el art. 4.1 LGPD recoge la siguiente definición de discapacidad: “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas

barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. A esta definición genérica recogida en el art. 4.1 que parece estar claramente inspirada en la Convención de la ONU, el art. 4.2 añade un reconocimiento automático de discapacidad pues establece que: “además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. Tal y como puede apreciarse, la definición genérica de discapacidad, a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior, no se hace depender del reconocimiento de un determinado grado de discapacidad (cabe aclarar que el término discapacidad utilizado en este contexto equivale al concepto de minusvalía utilizado en el desarrollo reglamentario de la LISMI), sino que pueden quedar incluidas en el concepto de discapacidad personas que tengan un grado de discapacidad inferior al 33% y que no tengan reconocida una incapacidad permanente en sus diferentes grados, siempre que presenten deficiencias de carácter previsiblemente permanente que impidan su participación plena y efectiva en la sociedad. Si bien el procedimiento de certificación de la discapacidad se facilita a las personas que hayan obtenido los reconocimientos mencionados, esta no sería la única vía para ser considerado discapacitado.

A pesar de que de una primera lectura pueda parecer que la LGPD ha ampliado el ámbito de aplicación de la normativa española en materia de discapacidad, es necesario aclarar que, cómo ya se dijo, las normas de desarrollo reglamentario de la LISMI relativas al reconocimiento de la discapacidad siguen en vigor. De esta manera, realizando una interpretación unitaria de toda la normativa en materia de discapacidad, habría que concluir que las personas que respondan a la nueva definición de discapacidad introducida por la LGPD tienen derecho a la protección antidiscriminatoria y al resto de tutelas previstas en dicho Real Decreto, pero no a aquellas para las que sea necesario satisfacer los requisitos previstos en la normativa reglamentaria. De hecho, para poder tener acceso a las tutelas previstas en los Real

Decreto 1971/1999 y Real Decreto 383/1984, entre otras las cuotas de reserva de empleo y el empleo protegido, tendrán que cumplir los requisitos exigidos en dichas normas, es decir, tener reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En este último caso, así como cuando se haya reconocido una incapacidad permanente, la LGPD establece que la consideración como discapacitado se produce “a todos los efectos” y no únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria.

Antes de la LGPD, la LIONDAU preveía el reconocimiento automático de la discapacidad a los trabajadores con incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez a efectos de la tutela antidiscriminatoria, pero no en relación al resto de prestaciones previstas en el Real Decreto 1971/1999, que estaban condicionadas al reconocimiento del grado de minusvalía igual o inferior al 33%. Sin embargo, al establecer la LGPD que las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez en el Sistema de Seguridad Social tendrán la consideración, “a todos los efectos”, de persona con discapacidad, la tutela se extendería más allá de la protección antidiscriminatoria. En este sentido, bastará acreditar la situación de incapacitado permanente para ser considerado discapacitado en un porcentaje igual o superior al 33% y ser sujeto titular de todos los derechos reconocidos por la LGPD. Estos derechos incluyen, además de la protección antidiscriminatoria, los sistemas de prestaciones sociales y las medidas de integración social y profesional. Si bien consentir el acceso a tutelas de este tipo a las personas con incapacidad permanente puede resultar positivo para promover su integración laboral, cabe realizar una particular crítica a esta equiparación automática, puesto que se origina una confusión terminológica. Se están asimilando dos figuras jurídicas que pertenecen a ámbitos diferentes y siguen lógicas distintas: mientras que la discapacidad, como ya se ha dicho atiende a diversos ámbitos de la vida de la persona, la incapacidad permanente pertenece al ámbito de la Seguridad Social y se refiere solamente a la pérdida o reducción de la capacidad laboral.

De lo anteriormente expuesto puede deducirse que actualmente en España existe un concepto amplio de discapacidad que resulta aplicable únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. El hecho de que se reconozca el derecho a la tutela antidiscriminatoria sin necesidad de tener acreditado un determinado grado de discapacidad no es un cambio menor, si se tiene en cuenta que hasta este momento el acceso a cualquier tutela relacionada con la discapacidad había estado vinculada al

reconocimiento del porcentaje de discapacidad del 33%. Esto podría provocar que la protección antidiscriminatoria por discapacidad se extienda a un amplio abanico de personas con deficiencias previsiblemente permanentes, como puede ser el caso de las enfermedades crónicas.

Sin embargo, el principal problema que se plantea en relación al concepto amplio de discapacidad, y que la LGPD no resuelve, se refiere al procedimiento que ha de seguirse para demostrar que la misma existe. La identificación de un proceso para el reconocimiento formal de la existencia de estas deficiencias se trata de una premisa fundamental para poder acceder a las correspondientes tutelas. La LGPD no aclara cómo ha de llevarse a cabo ni si bastará con un mero reconocimiento médico de la existencia de estas deficiencias. Por este motivo, se corre el riesgo de que esta definición amplia de discapacidad se quede únicamente en el plano conceptual ya que las vías prácticas para su reconocimiento formal siguen estando ligadas al porcentaje de discapacidad del 33%, al continuar en vigor las disposiciones reglamentarias de la LISMI.

De todas maneras, no se considera que la introducción de una definición potencialmente más amplia de discapacidad en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria sea suficiente ni la vía más adecuada para garantizar la tutela de los trabajadores crónicos, puesto que ello implicaría la convivencia dentro de un mismo ordenamiento jurídico de conceptos de discapacidad diferentes, lo que puede contribuir a aumentar el ya de por sí complicado cuadro normativo de la discapacidad.

Teniendo en cuenta que la definición de discapacidad vigente en España, está marcada por una reforma de carácter reciente, resulta necesario analizar la perspectiva que han adoptado los tribunales en relación a la posibilidad de equiparar la enfermedad crónica a la discapacidad, así como el impacto que han tenido las últimas sentencias del TJUE en la posición de los mismos.

Pues bien, los tribunales españoles habían rechazado, desde la sentencia del TS de 29 enero de 2001⁴, que da inicio a una línea jurisprudencial consolidada posteriormente por el TC con la sentencia de 26 mayo 2008⁵, la utilización de una definición extensiva de discapacidad que permita la inclusión de la enfermedad. Los tribunales consideraban que enfermedad y discapacidad no son conceptos coincidentes o equiparables a pesar de

⁴ N. recurso 1566/2000.

⁵ N. recurso 3912/2005.

que la alteración de la salud pueda afectar temporalmente a la capacidad de trabajo del afectado. En este sentido, definían la enfermedad como una situación contingente de mera alteración de la salud, mientras que la discapacidad sería una situación permanente legalmente reconocida mediante declaración administrativa de validez indefinida. En este sentido, teniendo en cuenta la posición mantenida por el TJUE acerca de la posible equiparación entre enfermedades crónicas y discapacidad, la tradicional jurisprudencia de los tribunales españoles está llamada a ser revisada para adaptarse tanto a la doctrina sentada por el TJUE como al nuevo concepto amplio de discapacidad introducido por la LGPD.

Después de la sentencia del TJUE, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en la sentencia de 24 de noviembre de 2014 en la que, a pesar de reconocer que su doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de tutela antidiscriminatoria tendrá que ser matizada o precisada después de la sentencia *HK Danmark*, no entra en el mérito de la cuestión al considerar que no existe contradicción entre las dos sentencias alegadas por el recurrente para la unificación de doctrina.

El tan esperado posicionamiento del TS sobre la cuestión llega con la sentencia de 3 de mayo de 2016⁶ que, sin embargo, continua sin adoptar la definición amplia de discapacidad por la que se decanta el TJUE. El TS concluye, teniendo en cuenta la definición de discapacidad de la Directiva 2000/78, no puede “entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” por lo que no cabe aplicar la doctrina sentada por el TJUE.

Por su parte, los Juzgados de lo Social se han mostrado más proclives a seguir la doctrina sentada por el TJUE. Así, el Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona⁷ cuestiona la rígida doctrina del TS en cuanto a la separación entre enfermedad y discapacidad y utiliza la doctrina del TJUE para fundamentar la declaración de nulidad por discriminatorio de un despido por faltas de asistencia al trabajo a causa de dolencias cervicales. Sin embargo, contra dicha sentencia se presenta recurso de suplicación ante

⁶ N. recurso 3348/2014.

⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona de 19 noviembre 2013 (actuaciones n. 398/13).

el TSJ de Cataluña, quien declara la improcedencia del despido⁸ por considerar que no es posible incluir la enfermedad de larga duración en el concepto amplio de discapacidad introducido por la LGPD. El TSJ entiende que dicha norma no ha variado la situación anterior que impedía la equiparación de la enfermedad a la discapacidad, por lo que concluye que la dolencia que padece la trabajadora no comporta una discapacidad. Además, el TSJ añade que en realidad, la posición mantenida por el TJUE en la sentencia *HK Danmark* no varía la doctrina respecto al concepto de discapacidad mantenida en la sentencia Chacón Navas, salvo en la referencia a la Convención de la ONU, por lo que tampoco cabría seguir esta vía para equiparar la enfermedad a la discapacidad. No obstante lo anterior, esta sentencia contiene un voto particular que apoya la tesis contraria, esto es, que la LGPD ha introducido una definición más amplia de discapacidad que permite incluir en dicho concepto a personas que no tienen un grado de discapacidad del 33% y que el TJUE, a pesar de confirmar la doctrina mantenida en la sentencia Chacón Navas, sí introduce una nueva definición de discapacidad.

Pues bien, esta discrepancia entre los Juzgados de lo Social y los TSJ se manifiesta, una vez más, en relación al caso Daouidi, que dio lugar a la presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Este caso pone de manifiesto que la recepción en España de la doctrina sentada por el TJUE ni es total ni es pacífica. La sentencia del Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016⁹ toma en consideración la sentencia del TJUE y concluye que en el caso analizado se dan los “indicios” indicados por la sentencia comunitaria, por lo que la limitación del trabajador tiene que ser considerada como duradera y, por lo tanto, como discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78. Sin embargo, el TSJ de Cataluña, con sentencia de 12 de junio 2016¹⁰ revoca la sentencia del Juzgado de lo Social sosteniendo que, en el caso enjuiciado, la limitación no tiene el carácter de duradera, por lo que no existiría discapacidad. Para fundamentar su decisión, esta sentencia sigue la línea de la sentencia del TS de 3 de mayo de 2016, considerando que la enfermedad solo podrá ser equiparada a la discapacidad si la misma se usa como un elemento de segregación, circunstancia que no concurriría en el caso analizado. Por ello, el TSJ concluye que “la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el

⁸ STSJ Cataluña de 1 julio 2014 (n. recurso 956/2014).

⁹ Autos n. 1219/2014.

¹⁰ N. recurso 2110/2017.

trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral”.

Con esta sentencia se confirma que los TSJ españoles se muestran reacios a aceptar la ampliación del concepto de discapacidad llevada a cabo por el TJUE y prefieren seguir la doctrina del TS y del TC que defiende la distinción clara entre enfermedad y discapacidad. De hecho, existen varias sentencias que siguen esta línea interpretativa. Así, la sentencia del TSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015¹¹ considera que el criterio sentado por el TJUE no puede prescindir de la doctrina anterior sentada en la sentencia Chacón Navas y por el TS y el TC, por lo que este nuevo criterio tiene que ponerse en conexión con los anteriores.

De hecho, son pocas las sentencias de los TSJ que han declarado la nulidad del despido basado en la enfermedad del trabajador. Entre las pocas que se pronuncian en este sentido destaca la sentencia del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015¹² que se refiere de manera expresa a la doctrina sentada por el TJUE en relación al concepto de discapacidad. Dicha sentencia apunta que el TJUE ha llevado a cabo una ampliación del concepto de discapacidad. Siguiendo esta posición, el TSJ considera que la trabajadora es discapacitada porque padece una enfermedad crónica, a pesar de que el impacto de la misma en su capacidad laboral no está presente en las fases en las que remite el dolor. En este caso, el TSJ reconoce que la enfermedad crónica que padece la trabajadora la incapacita solamente de manera ocasional para el desempeño de la actividad laboral pero, aun así considera que existe discapacidad.

En sentido análogo se pronuncia la sentencia del TSJ de Valencia de 8 de mayo de 2014¹³ que también utiliza la doctrina del TJUE para declarar la nulidad del despido de un trabajador tras una baja por lumbalgia de 3 meses. El TSJ considera que dichas dolencias se corresponden con la definición de discapacidad proporcionada por el TJUE y apunta que la doctrina del TS sobre la imposibilidad de equiparar la enfermedad a la discapacidad “no debe llevar a conclusiones simplistas o a ciertos automatismos, como la de entender que la enfermedad no puede ser en ningún caso un factor de discriminación”.

Después del análisis jurisprudencial realizado puede concluirse que en España, salvo contadas excepciones, y al contrario de lo que ha sucedido en otros países en los que la

¹¹ STSJ Galicia de 10 febrero 2015 (n. recurso 4471/2014).

¹² N. recurso 3689/2015.

¹³ STSJ Valencia de 8 mayo 2014 (n. recurso 778/2014).

doctrina sentada por la sentencia *HK Danmark* ha cambiado la posición mantenida por los tribunales nacionales, se aprecia una resistencia al cambio, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. Ello no resulta comprensible teniendo en cuenta la claridad con la que el TJUE admite la posibilidad de equiparar la enfermedad de larga duración a la discapacidad, por lo que no deja mucho margen a interpretaciones en sentido contrario. A pesar de ello, los tribunales españoles se han esforzado por encontrar argumentos para seguir aplicando la doctrina sentada por el TS y por el TC, y confirmada por la sentencia Chacón Navas, en un claro ejercicio de resistencia a la evolución del concepto de discapacidad, ya preanunciado por la Convención de la ONU. Cabe plantearse cuáles son los motivos que están detrás de esta reticencia de los tribunales españoles a aceptar y hacer suya la doctrina marcada por el TJUE. En particular, teniendo en cuenta la regulación española en materia de despido, la equiparación de la enfermedad crónica a la discapacidad conduciría a la calificación del despido basado en este motivo como nulo y, por lo tanto, el trabajador tendría derecho a la reintegración en el anterior puesto de trabajo. Esto supondría un coste muy importante para los empresarios en la medida de que, en muchas ocasiones tendrían que adoptar medidas de adaptación, por lo que esta puede ser una de las razones que explican la posición de los tribunales españoles.

En Italia también existen conceptos de discapacidad diferentes en las diversas normas. De hecho, la regulación en esta materia se caracteriza por una importante dispersión normativa, puesto que son, al menos tres, las normas que la regulan: una de carácter general (Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104 *per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), otra específica para el ámbito laboral (Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68, *norme per il diritto al lavoro dei disabili*) y una tercera que contiene la prohibición de discriminación por razón de discapacidad (Decreto legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216, *attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*). El Decreto no recoge una definición de discapacidad, mientras que las otras dos leyes contienen definiciones diferentes.

La primera particularidad que se observa en la regulación de la discapacidad en Italia está en la utilización de conceptos diferentes: algunas normas usan la expresión “disabilità” (discapacidad), este es el caso de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68, mientras que la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104 y el Decreto legislativo de 9 de julio

de 2003, n. 216 hacen referencia al “handicap”. La diferenciación a nivel terminológico condiciona el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa, puesto que cuando utiliza “discapacidad” la ley se está refiriendo a un número limitado de personas enumerados en la propia norma y que se caracterizan por haber obtenido un reconocimiento de reducción de la capacidad laboral. Sin embargo, cuando Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104 utiliza el término “handicap” se refiere a aquella persona “que presenta una reducción física, psíquica o sensorial, estable o progresiva, que causa dificultades de aprendizaje, relacionales o de integración laboral en grado de determinar un proceso de desventaja social o de marginación”, sin hacer referencia a porcentajes.

En relación a la tutela antidiscriminatoria, al no recoger el Decreto legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216 una definición de discapacidad, se plantea cuál es la definición de discapacidad que hay que seguir. Esta duda ha sido resuelta por la Ley de 1 de marzo de 2006, n. 67 que señala de manera expresa que la protección antidiscriminatoria se aplicará a los sujetos que entren en el concepto de discapacidad utilizado en la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104. De esta manera, puede concluirse que, al igual que ocurre en España y Reino Unido, en Italia el acceso a la tutela antidiscriminatoria no se hace depender del reconocimiento de un determinado grado de discapacidad, sino que se vincula al cumplimiento de una serie de requisitos recogidos en la definición de discapacidad que ofrece la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104. Sin embargo, también el cumplimiento de estos requisitos tiene que ser verificado de alguna manera y esta tarea le corresponde a las Unidades sanitarias locales.

En cuanto a la posición de los tribunales, cabe traer a colación una sentencia del Tribunal de Milán de febrero de 2013¹⁴, anterior por lo tanto a la sentencia *HK Danmark*, en la que el considera que el despido de una trabajadora que padece una enfermedad grave tiene que ser calificado como discriminatorio. El Tribunal afirma que, en general, debe descartarse la posibilidad de que exista una discapacidad tan pronto como se manifieste una enfermedad. Sin embargo, sí que puede hablarse de discapacidad cuando la enfermedad sea de larga duración e incida negativamente en la vida profesional del trabajador.

Por su parte, la *Corte di Cassazione* no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión después de las últimas sentencias del TJUE. Sí lo han hecho otros tribunales,

¹⁴ Sentencia de 8 de febrero 2013.

como el de Pisa¹⁵, que ha utilizado la doctrina sentada por el TJUE a la hora de interpretar el concepto de discapacidad, por lo que considera que la enfermedad que provoca importantes limitaciones en la capacidad laboral es constitutiva de discapacidad.

Del análisis de las definiciones de discapacidad existentes en los diferentes países analizados, así como de su interpretación por parte de los tribunales nacionales, puede deducirse que la equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad resulta más sencilla en Reino Unido, además de porque la definición es potencialmente más amplia, en particular porque la *Equality Act* establece que determinadas enfermedades pueden ser reconocidas de manera automática como discapacidad.

Además, de un contraste de las definiciones de discapacidad a nivel nacional con la definición que ofrece el TJUE a partir de la sentencia *HK Danmark*, la principal diferencia que se observa se refiere a la exigencia de que las limitaciones afecten a la participación en la sociedad o a la capacidad laboral. A nivel nacional, las definiciones de los tres países analizados se refieren al impacto en la participación en la sociedad, mientras que el TJUE lo hace a la participación en la vida profesional. A pesar de que pudiera parecer que la diferencia no es significativa, sí podría serlo pues, como ya se apuntó anteriormente, la discapacidad es un concepto que no tiene en consideración únicamente los efectos en el ámbito del empleo sino también en otros aspectos de la vida de la persona. Así, en la definición ofrecida por el TJUE, podría parecer que incluso llega a confundir el concepto de discapacidad con el de incapacidad para el trabajo, pues define la discapacidad únicamente en relación a las consecuencias negativas que puede implicar en el ámbito laboral, sin tener en cuenta otros aspectos.

La principal dificultad que se plantea a la hora de diferenciar el concepto de discapacidad del de enfermedad crónica deriva del hecho de que el propio concepto de discapacidad se caracteriza por una gran incerteza jurídica. De hecho, del análisis comparado realizado en los diferentes países objeto de estudio en esta tesis de Doctorado, se aprecia que no existe una única definición de discapacidad en cada ordenamiento jurídico sino que existen conceptos diferentes en las diversas normas, en función de la finalidad de las mismas. Esto provoca que el ámbito subjetivo de aplicación de las normas en materia antidiscriminatoria y de Seguridad Social sea muchas veces diferente. Estos dos ámbitos del ordenamiento jurídico utilizan criterios

¹⁵ Sentencia de 16 abril 2015.

diferentes a la hora de considerar que existe discapacidad, por lo que el hecho de cumplir con los requisitos exigidos en una norma no implica automáticamente el derecho a acceder a las tutelas reconocidas en otro ámbito del ordenamiento jurídico. Esto implica que puede darse el caso de que una persona pueda cumplir con los requisitos para ser considerada discapacitada a efectos de tutela antidiscriminatoria pero que no lo sea para la Seguridad Social y viceversa. Esto será lo que ocurra en una gran parte de los casos, puesto que, en general, las definiciones de discapacidad en el ámbito antidiscriminatorio suelen ser más amplias, lo que permite incluir potencialmente a un número mayor de personas, mientras que en el ámbito de la Seguridad Social serán tendencialmente más restrictivas. La doctrina sentada por el TJUE viene a agravar la situación anteriormente mencionada puesto que el ámbito de aplicación de la misma se restringe al ámbito de la tutela antidiscriminatoria, por lo que los requisitos para acceder a este tipo de tutela se flexibilizan todavía más mientras que permanecen inmutables aquellos para acceder a la tutela en materia de Seguridad Social.

A pesar de que algunos de los autores citados en la *Literature Review* defienden la necesidad de que existan definiciones de discapacidad distintas en las diferentes normas, como ellos mismos reconocen, esto da lugar a multitud de problemas de inseguridad jurídica y de falta de coherencia normativa, pues una persona podría ser considerada discapacitada en un ámbito del ordenamiento jurídico y no en otro. Ante los problemas terminológicos que se plantean, una posible solución podría consistir en la utilización de una única definición de discapacidad en todos los ámbitos que fuese más restrictiva y reservada a un número limitado de casos. Los sujetos no incluidos en este concepto no se verían privados de tutelas sino que tendrían acceso a una tutela específica tanto en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria como de Seguridad Social.

Además de las diferencias a nivel normativo, también existe una divergencia de opiniones en relación al concepto de discapacidad en la doctrina y en la jurisprudencia. Esto confirma que la definición de la discapacidad continúa sin ser un tema pacífico, lo que dificulta el establecimiento de un concepto unitario a nivel europeo. Esta situación se ve agravada a consecuencia de la tendencia en acto que aboga por su ampliación para incluir en el mismo a otros colectivos como los enfermos crónicos.

A mayores, parece oportuno apuntar que tal y como muestran los datos, las personas con discapacidad continúan presentando tasas de ocupación mucho inferiores a las del resto de personas, por lo que parece que las medidas puestas en práctica para promover

su inclusión en el mercado laboral no han alcanzado totalmente su objetivo. De esta manera, cabe preguntarse qué hace pensar que optar por la equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad sea la vía más eficaz para asegurar una tutela real a los trabajadores que padecen enfermedades de este tipo en el mundo laboral.

La conclusión a la que se llega es que resultaría más oportuno reducir el ámbito de aplicación de la discapacidad, descartando la posibilidad de ofrecer tutelas a los enfermos crónicos por esta vía, reduciendo su ámbito de aplicación y reservando las tutelas en materia de discapacidad a un número limitado de casos, en pro del reconocimiento de tutelas *ad hoc* para los enfermos crónicos con independencia del reconocimiento de la discapacidad. Sosteniendo esta posición no se pretende reducir la protección otorgada a los enfermos crónicos sino todo lo contrario, el objetivo es ofrecerles una tutela más adecuada a sus necesidades reales y más orientada a su inclusión en el mercado de trabajo.

2.2 El concepto jurídico de trabajadores con enfermedades crónicas

Uno de los principales problemas que se plantean a la hora de enunciar una definición unitaria de enfermedades crónicas es la identificación de los requisitos que tienen que cumplir estas personas. Esto se explica porque el número de enfermedades crónicas es muy amplio y las mismas son muy diferentes entre sí, tanto en función de su gravedad como de los efectos que provocan y de la visibilidad de los mismos. Además, incluso una misma enfermedad puede ocasionar consecuencias diversas en función de la persona que la padece. Estas circunstancias dificultan el proceso de elaboración de una definición a nivel legal, ante el alto riesgo que existe de dejar fuera del ámbito de aplicación del concepto jurídico de enfermedades crónicas a determinadas enfermedades igualmente merecedoras de tutela. Si esto se produjese, de poco o nada serviría la creación de un concepto jurídico de enfermedad crónica.

A pesar de no existir un concepto general de enfermedad crónica a nivel europeo, en algunos de los ordenamientos jurídicos analizados se hace referencia a determinadas enfermedades crónicas concretas en diferentes normas, en especial al cáncer. Esto es lo que ocurre en España donde el ET, en art. 52, señala que las ausencias al trabajo derivadas del padecimiento de cáncer o de cualquier otra enfermedad grave no se

tendrán en cuenta a la hora de computar las ausencias que justifican el despido objetivo. Por su parte, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición contiene disposiciones específicas en relación a la discriminación por sobrepeso.

En Italia, el art. 46 del Decreto legislativo n. 276/2003 de 10 de septiembre de 2003 de actuación de la denominada “Ley Biagi” se refería únicamente al cáncer, mientras que de manera más reciente, el art. 8.3 del Decreto legislativo n. 81/2015 de 15 de junio de 2015 ha ampliado su campo de actuación con la introducción de la expresión “gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti” (patologías graves crónico-degenerativas que empeoran). Dicha expresión se caracteriza por un alto nivel de abstracción, circunstancia que no facilita la identificación de cuáles son las enfermedades a las que se está refiriendo el legislador. Por este motivo, no puede decirse que en Italia exista un concepto jurídico claro de enfermedad crónica que permita ofrecer una tutela integral a los trabajadores que las padecen.

Por su parte, en Reino Unido, la *Equality Act* se refiere de manera expresa al cáncer, al HIV y a la esclerosis múltiple. El caso del Reino Unido resulta paradigmático pues el tema de las personas con enfermedades crónicas ha sido desarrollado en mayor medida que en otros países y muchos de los informes al respecto analizados en la *Literature Review* y también el *Green Paper* utilizan el concepto de “long-term conditions”, diferenciando a las personas con enfermedades crónicas de las personas con discapacidad.

Tal y como puede apreciarse, la regulación de las enfermedades crónicas en el ámbito legal se caracteriza por una marcada falta de uniformidad y por un tratamiento fragmentado de la cuestión, pues en lugar de hacerse referencia al concepto de enfermedades crónicas como tal, se mencionan solamente determinadas enfermedades. Además, incluso cuando se hace referencia a conceptos más amplios como el de “enfermedades graves o patologías crónico-degenerativas”, se echa en falta una explicación de sus elementos configuradores pues, tratándose de una terminología médica, la misma resulta difícilmente extrapolable al ámbito jurídico.

Por otra parte, también se aprecia una gran disparidad en relación al ámbito aplicativo de las normas en las que se mencionan estos tipos de enfermedades crónicas. Mientras que en Reino Unido la cuestión se aborda por parte de la normativa antidiscriminatoria, en España y en Italia, se realiza en las normas relativas al contrato de trabajo. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que falta en los ordenamientos jurídicos

analizados una descripción concreta y pormenorizada de las características de las enfermedades crónicas.

Tal y como ya se ha venido anticipando, en esta tesis de Doctorado se sostiene que las enfermedades crónicas constituyen un fenómeno específico y que se diferencia de otros que sí cuentan con regulación jurídica. Así, se defiende que debería incluirse en los distintos ordenamientos jurídicos una definición legal de enfermedad crónica que lleve aparejado el reconocimiento de una serie de tutelas.

En particular, además de por todos los motivos presentados en el apartado anterior, cabe diferenciar el concepto de enfermedad crónica del de discapacidad, *in primis*, porque las medidas dirigidas a las personas con discapacidad no siempre van a resultar eficaces para promover la inclusión laboral de aquellas con enfermedades crónicas, puesto que las necesidades de estos dos grupos en el ámbito laboral no son los mismos. En líneas generales, los enfermos crónicos tampoco encajarían perfectamente en otras de las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos analizados, como lo son la ineptitud sobrevenida o la incapacidad permanente, que serán analizadas en los capítulos sucesivos.

Los trabajadores con enfermedades crónicas padecen una enfermedad con unas características específicas que la hacen diferente del resto, en particular, porque a pesar de ser incurables, sus efectos se prolongan a largo plazo y su impacto negativo en la capacidad laboral no tiene por qué manifestarse de manera constante. Estas circunstancias convierten a los trabajadores con enfermedades crónicas en un colectivo que debería gozar de una tutela *ad hoc*, puesto que sus características las diferencian tanto del resto de los trabajadores que cuentan con una capacidad laboral estándar, como de otros colectivos que sí gozan de una tutela jurídica específica, como es el caso de los discapacitados.

Sin embargo, como ya se ha visto también en relación a la discapacidad, el problema más importante continúa siendo la identificación de un medio válido para certificar la existencia de una enfermedad crónica. Esta problemática deriva del hecho de que el ordenamiento jurídico condiciona el reconocimiento de tutelas específicas a la inclusión de las personas en una determinada categoría, siempre y cuando cumplan con unos requisitos prefijados. Piénsese en los jóvenes, en las mujeres o en los discapacitados. A pesar de que se sostiene que este mecanismo no resulta adecuado en el caso de las enfermedades crónicas, puesto que se trata de patologías que se caracterizan

precisamente por su variabilidad, será igualmente necesario que se establezca una forma de acreditar el padecimiento de una enfermedad de este tipo, y poder así acceder a una serie de tutelas. Sin embargo, la identificación de este instrumento resulta particularmente compleja, puesto que será muy importante atender al caso concreto, pero sin incurrir en arbitrariedad.

El certificado médico en el que se constata el padecimiento de una enfermedad crónica muchas veces no puede resultar suficiente para determinar el acceso a las tutelas que derivarían de la definición legal de enfermedad crónica. Este constituye un mecanismo estándar, por lo que se correría el riesgo de incurrir en el mismo problema que existe en el caso de la discapacidad, es decir, que al diagnóstico se vinculase el acceso a una determinada serie de tutelas, a pesar de que tal vez en el caso concreto las mismas no fueran necesarias para continuar con la prestación laboral. Además, en el momento del diagnóstico no es posible establecer de manera clara cuál va a ser el desarrollo de la enfermedad crónica, por lo que habrá que atender a su evolución. Por eso, la definición legal de enfermedad crónica debería hacer referencia siempre a la necesidad de valorar la limitación que provoca la enfermedad en el caso concreto.

Estas circunstancias invitan a ser cautelosos a la hora de elaborar una definición legal de enfermedad crónica y tener en cuenta las distintas problemáticas que pueden plantearse. Por este motivo, dicha definición tendría que ser necesariamente abierta y amplia, puesto que una definición demasiado restringida podría dejar fuera de su ámbito de aplicación a determinados sujetos que, a pesar de no cumplir con los requisitos estipulados, podrían resultar igualmente merecedores de tutela. De esta manera, acabaría sucediendo lo mismo que con el concepto de discapacidad que, a pesar de que sea objeto de interpretación flexible, siempre quedarían al margen determinados casos. El riesgo que se corre con la introducción de una definición de enfermedad crónica en los distintos ordenamientos jurídicos es incurrir en una excesiva categorización del fenómeno, como sucede en el caso de los discapacitados. Por este motivo se produce un choque entre dos intereses: el de regular el fenómeno para que exista una mayor seguridad jurídica, y la necesaria flexibilidad y atención al caso concreto que debe existir en estos casos.

Para crear una definición de este tipo, el diálogo entre los juristas y los profesionales del ámbito médico resulta absolutamente necesario. Una definición elaborada únicamente por juristas corre el riesgo de no responder a la realidad, es decir, a los

verdaderos efectos que producen estas enfermedades y a su impacto en la capacidad laboral de cada sujeto en concreto. Al contrario, si la elaboración de la definición se deja en manos de los profesionales médicos, el riesgo sería que se utilizase un lenguaje difícilmente comprensible en el ámbito laboral y que no se tuviesen en cuenta las capacidades necesarias para llevar a cabo un determinado tipo de trabajo.

La enfermedad crónica conforma aquella tercera categoría a la que se refiere el TJUE en la sentencia *Danmark*, esto es, la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador. Los trabajadores que padecen estas enfermedades se encontrarían en el limbo que existe entre aquellos trabajadores sanos que responden a los modelos estándar de capacidad laboral, y los trabajadores que tienen reconocida una discapacidad o una incapacidad permanente. Se trata de una categoría intermedia, pues padecen una enfermedad crónica que les provoca una serie de limitaciones que les impiden desempeñar su prestación laboral de acuerdo con el estándar pero, al mismo tiempo, no han obtenido el reconocimiento de discapacidad o de incapacidad permanente.

A pesar de que el TJUE pretende reconducir estos supuestos a la discapacidad, en el caso de que se cumplan los requisitos exigidos, una vez que está reconociendo que se trata de un fenómeno independiente, no se considera que lo más adecuado sea equiparla a una figura jurídica ya existente, sino que resultaría más oportuno crear una protección específica y concreta para las personas que entrarían en esta tercera categoría. Así, al encontrarse este nuevo fenómeno a medio camino entre la discapacidad y la enfermedad en sentido genérico, no se entiende por qué la única solución que propone el TJUE para tutelar estas situaciones tiene que ser la asimilación a la discapacidad, llevando a cabo para ello una interpretación forzada de los elementos definitorios de un concepto jurídico que no estaba pensado para ofrecer protección en este tipo de situaciones.

Por lo tanto, al contrario de lo que defiende el TJUE, en esta tesis de Doctorado se propone que el hecho de formar parte de esta tercera categoría de trabajadores implique el nacimiento del derecho de acceder a una serie de tutelas propias y específicas. Por ello, el mismo argumento utilizado por el TJUE parece adecuado para sustentar la idea de que los trabajadores con enfermedades crónicas son merecedores de tutelas específicas y diferenciadas.

Así, de todo lo expuesto cabe deducir la dificultad de crear un concepto jurídico de enfermedades crónicas, puesto que si bien los enfermos crónicos pueden compartir

rasgos entre sí, sus diferencias también son muchas, por lo que, tratándose de circunstancias variables y cuyos efectos pueden cambiar en función de la persona y del trabajo desempeñado, resulta muy difícil encuadrar a estos trabajadores en categorías prefijadas y rígidas. Por sus especiales características resulta muy complicado identificarlos como un grupo o una categoría sino que se trata simplemente de personas que en función de la enfermedad que padecen presentan necesidades especiales para llevar a cabo la prestación laboral. Aun así, se propone la siguiente definición legal de enfermedad crónica: “por enfermedad crónica se entiende aquella que tiene una duración a largo plazo pero cuyos síntomas pueden manifestarse de manera intercalada en el tiempo. La misma se caracteriza por provocar un impacto negativo en la capacidad laboral del trabajador que variará en función del caso concreto”.

CAPÍTULO II

Derechos de los trabajadores con enfermedades crónicas en el ámbito laboral

Además de los derechos que comparten con el resto de trabajadores, en razón de sus particulares características, resulta necesario estudiar si los enfermos crónicos deberían contar con un grado de tutela mayor en ciertos ámbitos, en particular, y en razón de las distintas problemáticas que allí se plantean, en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Además, cabe recordar que el derecho a la salud, en las distintas formas que adopta en los países analizados, deberá inspirar todos los procesos encaminados a lograr su permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo.

1. Derecho a la no discriminación

La posibilidad de equiparar las enfermedades con efectos a largo plazo a la discapacidad se ha planteado únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Esto puede tener su razón de ser en el hecho de que, en un gran número de ocasiones, el padecimiento de una enfermedad da lugar a una discriminación en el lugar de trabajo. Así, un reciente estudio llevado a cabo en el Reino Unido por la asociación de pacientes de cáncer *Macmillan* apunta que uno de cada cinco trabajadores con cáncer sufre discriminación en el trabajo¹⁶. La discriminación puede adoptar diferentes formas, ya sea despido discriminatorio, avisos relacionados con el número de ausencias al trabajo o la negación de los empresarios a llevar a cabo ajustes razonables para que los trabajadores puedan continuar trabajando. En muchos casos, el problema está en que los empresarios no conocen las necesidades de los trabajadores con cáncer ni las obligaciones legales que derivan de la consideración del cáncer como una discapacidad por la *Equality Act 2010*, según la cual, la negativa a realizar ajustes razonables es un acto discriminatorio.

La protección antidiscriminatoria implica el acceso a una serie de tutelas, en particular, los ajustes razonables y la protección contra el despido ilegítimo, las cuales resultarían de particular relevancia para favorecer la inclusión laboral de los enfermos

¹⁶ Disponible en http://www.macmillan.org.uk/aboutus/news/latest_news/1-in-5-people-who-return-to-work-after-cancer-face-discrimination.aspx

crónicos. Sin embargo, al no recoger la Directiva 2000/78/CE la enfermedad, ni aquella común ni la crónica, entre las causas de discriminación prohibidas expresamente, los trabajadores con enfermedades crónicas no pueden acceder de manera directa a estas tutelas, sino que para protegerlos frente a las discriminaciones que padecen en el trabajo habría que acudir a la vía interpretativa. Las opciones posibles serían: equipararlos a los discapacitados, realizando una interpretación amplia de dicho concepto, o considerar que la enfermedad puede constituir una causa autónoma de discriminación.

A pesar de que el TJUE opta por la primera de las opciones, siguiendo la posición mantenida en el apartado anterior, es decir, el tratamiento de la enfermedad crónica como un concepto autónomo y diferenciado de la discapacidad, no cabe sino defender la segunda opción, es decir, considerar la enfermedad crónica como una causa autónoma de discriminación. Así, la tutela antidiscriminatoria específica constituiría una de las principales tutelas vinculadas al concepto jurídico de enfermedad crónica.

Ahora bien, es necesario realizar una premisa. Tal y como se apunta en la *Literature Review*, a pesar de que la tutela antidiscriminatoria representa el punto de partida para la inclusión de las personas que ven limitada su capacidad laboral, evitando que sean penalizadas por el hecho de padecer una enfermedad crónica, no basta por sí sola para lograr que dichas personas encuentren un trabajo o lo conserven. Si bien el reconocimiento del derecho a la no discriminación es muy importante, la introducción de una amplia gama de tutelas no va a implicar automáticamente la creación de puestos de trabajo para los trabajadores con enfermedades crónicas. Este hecho se pone de manifiesto en el Reino Unido en relación a las personas con discapacidad puesto que, tal y como se apunta en la *Literature Review*, a pesar de que gozan de una amplia tutela antidiscriminatoria, no hay evidencias de que sus tasas de empleo hayan experimentado un incremento.

Así, la tutela antidiscriminatoria ofrecida a los trabajadores con enfermedades crónicas, debería ir acompañada de otra serie de medidas en distintos ámbitos, en particular, de políticas activas que sirvan para potenciar y valorizar las capacidades de estas personas o, en su caso, ofrecerles formación para obtener nuevas competencias que les permitan encontrar un nuevo puesto de trabajo.

El reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria, ya sea por una u otra vía, adquiere particular relevancia a la hora de calificar el despido por enfermedad, en particular, en aquellos países en los que se prevén tutelas diferentes para los despidos

declarados nulos por basarse en una causa discriminatoria. En estos casos, generalmente se reconoce la obligación del empresario de reintegrar al trabajador en su anterior puesto de trabajo, lo que genera importantes consecuencias en el ámbito de la gestión de las enfermedades crónicas en las empresas. En muchas ocasiones para que el regreso al trabajo sea posible, el empresario se verá obligado a realizar las adaptaciones necesarias en el puesto de trabajo. Así, el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria resulta particularmente útil en caso de despido basado en la enfermedad, sin embargo, la solución óptima consistiría en evitar que el despido se produjese, objetivo que la tutela antidiscriminatoria por si sola no puede lograr.

1.1. Enfermedad crónica como causa de discriminación equiparable a la discapacidad

Tal y como se ha visto en el apartado anterior, la equiparación de la enfermedad crónica a la discapacidad ha sido la vía seguida por el TJUE para otorgar tutela antidiscriminatoria a los trabajadores que padecen enfermedades de este tipo. Esto se explica porque la Directiva 2000/78/CE se aplica únicamente a las personas a las que se le haya reconocido que pertenecen a la categoría de discapacitados. De esta manera, la Directiva deja sin protección a aquellas personas que padecen una enfermedad que no da lugar al reconocimiento la discapacidad pero que, sin embargo, sí que origina conductas discriminatorias. En la mayoría de los países, para poder reclamar tutela antidiscriminatoria primero habrá que demostrar que se pertenece a la categoría de los discapacitados y, solo una vez que ello se haya probado, se podrá alegar que se ha sufrido una discriminación. En estos casos, la atención se centra en la categorización de los individuos, en lugar de en los actos discriminatorios que los mismos padecen.

La posibilidad de reconocer tutela antidiscriminatoria a los trabajadores con enfermedades crónicas a través de su equiparación a la discapacidad va a depender del concepto de discriminación por discapacidad que se utilice en cada país. En aquellos donde exista una definición de discapacidad más flexible, será más probable que los enfermos crónicos accedan a la tutela antidiscriminatoria por esta vía. Para un análisis

en profundidad de los conceptos de discapacidad a nacional se reenvía al apartado Capítulo I.

El caso del Reino Unido resulta particularmente interesante en lo que a la protección antidiscriminatoria se refiere, pues la *Equality Act* reconoce de manera expresa la equiparación de tres enfermedades crónicas (cáncer, esclerosis múltiple y VIH) a la discapacidad desde el diagnóstico. Además, la *Equality Act* da un paso a mayores e introduce una figura específica, que no existe en el resto de países analizados en esta tesis de Doctorado, denominada discriminación *arising from disability*. Así, los enfermos de cáncer, esclerosis múltiple y VIH podrán acceder de manera automática a la protección frente a este tipo particular de discriminación. Por ello, resulta necesario analizar su potencial a la hora de simplificar el acceso a la tutela antidiscriminatoria, pues se centra en las consecuencias que derivan de la discapacidad y no en la discapacidad en si misma considerada. Pues bien, dicha figura se introduce con la finalidad de simplificar uno de los mayores problemas relativos a la discriminación por discapacidad, esto es, la prueba. En los últimos años de vigencia de la *Disability Discrimination Act 1995*, la prueba de la existencia de la *disability related discrimination* se había convertido en una tarea muy complicada después del caso *Malcolm* (2008) UKHL 43. Esta sentencia concluía que el término de comparación que la persona con discapacidad tenía que utilizar para demostrar la existencia de la misma era muy similar al de la discriminación directa, por lo que la particularidad de esta tipología especial de discriminación se diluía. Además, se daba la oportunidad al empresario de justificar la legitimidad del tratamiento discriminatorio que resultaba proporcionado para el cumplimiento de un objetivo legítimo. Pues bien, considerando que esta sentencia ponía muy difícil a los discapacitados probar que el trato discriminatorio que habían sufrido derivaba de su discapacidad, el legislador inglés introdujo una nueva figura totalmente nueva y diferenciada de la *disability related-discrimination*, esto es, la discriminación *arising from disability*. A pesar de que pueda compartir rasgos en común con la figura anteriormente vigente, la misma va mucho más allá y representa una nueva forma de discriminación sin precedentes.

La prueba la discriminación *arising from disability* es mucho más sencilla que la de la discriminación directa e indirecta, puesto que basta demostrar la existencia de un trato desfavorable. Esta simplificación se explica porque se elimina el *comparator*, es decir, el demandante no tendrá que probar que ha sufrido un trato desfavorable respecto

a otro grupo y, por lo tanto, no habrá que presentar estadísticas u otro tipo de elementos que sirvan para justificarlo. Así, muchas de las situaciones que antes de la entrada en vigor de la discriminación *arising from disability* quedaban sin tutela por las dificultades que se planteaban en torno al *comparator*, encuentran hoy en día protección en dicha figura específica. Por este motivo, se está convirtiendo en una vía cada vez más utilizada, mientras que son cada vez menos los casos de discriminación directa o indirecta que se plantean. En general, las sentencias del *Employment Appeal Tribunal* (EAT) están reconociendo la presencia de este tipo de discriminación en diversos supuestos. Un ejemplo de ello es la sentencia de febrero de 2015 *Land Registry v Houghton & Others* (UKEAT/0149/14/BA). En este caso, los trabajadores discapacitados habían realizado una serie de ausencias al trabajo, todas ellas relacionadas con su discapacidad. A pesar de que el empresario había puesto en práctica los ajustes razonables exigidos por la *Equality Act* para adaptar el procedimiento general que prevé que pueda denegarse la concesión del *bonus* en caso de haber recibido advertencias por ausencias reiteradas al trabajo, ambos trabajadores las habían recibido igualmente. El tribunal considera que esto representa una anomalía en el sistema de *bonus* existente en la empresa, puesto que el margen de apreciación del empresario a la hora de denegarlo no puede tomar en consideración las llamadas de atención por ausencias al trabajo en caso de que estas deriven del padecimiento de una discapacidad. El tribunal concluye que la denegación del pago del *bonus* a consecuencia, precisamente, de las ausencias al trabajo derivadas de la discapacidad constituye un trato desfavorable y desproporcionado que va en contra del objetivo general de fomentar la inclusión laboral de dichos trabajadores. Por estos motivos, el tribunal concluye que en este caso existe discriminación *arising from disability*.

En mayo de 2016 la sentencia *Risby v London Borough of Waltham Forest* (UKEAT/0318/15) resolvió el caso de un trabajador parapléjico que había sido despedido por mala conducta después de realizar comentarios racistas e insultar a sus compañeros y superiores. Este episodio se produjo después de que el trabajador en silla de ruedas no hubiese podido acceder a un seminario que la empresa había organizado en una sala sin acceso para sillas de ruedas. El tribunal concluye que el episodio que dio lugar al despido no se hubiera producido si el trabajador hubiera podido acceder al seminario, por lo que su reacción deriva de manera indirecta de su discapacidad. Por este motivo, el despido fue considerado ilegítimo al estar relacionado de manera indirecta con la

discapacidad del trabajador. En esta sentencia, el tribunal establece que no es necesario que haya una relación directa entre la discapacidad y el trato desfavorable, sino que basta cualquier tipo de conexión, por remota que sea, para que se considere que existe discriminación *arising from disability* según la Sección 15 de la *Equality Act*.

En la sentencia de octubre de 2016 *Buchanan v The Commissioner of Police of the Metropolis* (UKEAT/0112/16/RN), el tribunal resuelve un caso de un policía que sufrió un accidente en moto mientras se dirigía a atender una emergencia y, a pesar de que se recuperó favorablemente de sus lesiones físicas, desarrollo un síndrome post-traumático. El proceso de regreso al trabajo de la compañía no contenía previsiones específicas en caso de discapacidad y exigía una serie de requisitos que el trabajador no podía cumplir a causa de la misma. Por estos motivos, el tribunal apunta que la cuestión que se le plantea no es si el procedimiento en si está justificado o no, sino si el mismo puede constituir un trato desfavorable para los trabajadores con discapacidad. La sentencia concluye que así es y que por ello existe discriminación *arising from disability*.

Estas decisiones de los tribunales se enmarcan dentro de una tendencia más amplia que se está desarrollando en el Reino Unido y que aboga por la liberalización de la aplicación de la legislación en materia de discapacidad, es decir, por una aplicación más flexible de la misma, con la finalidad de alcanzar la verdadera inclusión laboral de los trabajadores con discapacidad.

Desde la perspectiva del empresario, esta tipología específica de discriminación implica una necesidad de actuar con una mayor cautela a la hora de gestionar la presencia de discapacitados en la empresa, en particular, en lo que a las sanciones y al despido se refiere. Uno de los resultados indeseados de la introducción de este tipo de discriminación podría ser que los empresario se mostrasen más reacios a contratar trabajadores con discapacidad por miedo a que su conducta pueda ser considerada discriminatoria, en razón del gran número de derechos de los que gozan en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Habrá que estar atentos y seguir las estadísticas de ocupación de los discapacitados para comprobar si la introducción de dicha norma puede actuar como un arma de doble filo y al reconocerse un mayor número de derechos, sean menos los que tengan una ocupación y, por lo tanto, puedan hacer uso de los mismos.

La figura de la discriminación *arising from disability* introducida por la *Equality Act* puede parecer una solución a la calificación como discriminatorios de ciertos tratamientos desfavorables que padecen los enfermos crónicos pero que no podrían ser considerados discriminación directa por no estar basados en la enfermedad en si misma, sino en sus consecuencias.

Sin embargo, esto será posible solamente en Reino Unido donde un número importante de enfermos crónicos quedan incluidos de manera automática en el concepto de discapacidad. Sin embargo, la introducción de la figura de la discriminación *arising from disability* en el ordenamiento jurídico español e italiano no tendría los mismos efectos. Así, no contribuiría a proteger a los enfermos crónicos de las situaciones discriminatorias que padecen, toda vez que la definición de discapacidad utilizada es más restringida y, por lo tanto, el numero potencial de sujetos que podrían acceder a dicha tutela no sería tan amplio como lo es en el Reino Unido. Ahora bien, cierto es que la introducción de una tipología de discriminación similar no puede desecharse totalmente como una vía para otorgar protección a los enfermos crónicos porque podrían ser considerados discapacitados siguiendo la definición amplia de discapacidad utilizada por el TJUE.

La particularidad de esta forma de discriminación es que no es necesario que el empresario se base en la discapacidad como tal, sino en las consecuencias derivadas de la misma. Esto resulta interesante porque será lo que realmente ocurre en muchos casos. Puede que el empresario no tenga realmente la intención de discriminar al trabajador por el hecho de padecer una discapacidad sino que toma una decisión, que después puede ser considerada discriminatoria, teniendo en cuenta las consecuencias que derivan de la discapacidad y que tienen consecuencias negativas para la organización empresarial. Sin embargo, la discriminación *arising from disability* nace precisamente para facilitar el acceso de los discapacitados a protección en estos supuestos, por lo que la tutela antidiscriminatoria se reconoce aunque no exista una intención directa del empresario de tratar de manera menos favorable al trabajador. En este punto, la tutela antidiscriminatoria en Reino Unido se diferencia de la tendencia general según la cual, para que exista discriminación el empresario tiene que tratar de manera menos favorable al discapacitado por el mero hecho de serlo, mientras que no se daría si el empresario puede demostrar que basó su conducta en los efectos que la discapacidad produce en la capacidad laboral del trabajador. Tal y como puede apreciarse las potencialidades de la

discriminación *arising from disability* son enormes y suponen una importante excepción al régimen general de funcionamiento de la tutela antidiscriminatoria.

1.2. Enfermedad crónica como causa de discriminación autónoma

Tal y como ya se ha anticipado, a día de hoy, la enfermedad crónica no es considerada como una causa de discriminación autónoma ni a nivel europeo ni en los diferentes países analizados en esta tesis de Doctorado. A pesar de ello, cabe destacar la existencia de un proyecto de ley en España, el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 10 de junio de 2011 que, a pesar de que no fue posteriormente aprobado, seguía la línea defendida en esta tesis, pues proponía la inclusión expresa de la enfermedad como causa de discriminación. Ahora bien, cabe señalar que lo que aquí se propone no es la consideración de cualquier tipo de enfermedad como causa de discriminación, sino únicamente de aquellas con efectos a largo plazo. Así, se comparte la idea sostenida por el TJUE y por los tribunales nacionales de que la enfermedad como tal no constituye causa de discriminación.

Si bien se reconoce que la vía de la equiparación a la discapacidad seguida por el TJUE y, sobre todo, en Reino Unido, resulta razonable a la luz de la normativa vigente, teniendo en cuenta que la enfermedad crónica se considera un concepto diferenciado de la discapacidad, resultaría más adecuado promover su introducción en la normativa como una causa de discriminación autónoma y diferente de la discapacidad. Además, la asimilación de la enfermedad a la discapacidad está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos, por lo que, si no se cumplen, el trabajador enfermo se encontraría privado de cualquier tipo de tutela. De esta manera, si la enfermedad crónica fuese una causa de discriminación autónoma, se podría fin a estas situaciones, pues se ofrecería tutela a todas aquellas situaciones en las que el trabajador sufre un trato desfavorable a causa de la enfermedad crónica. Así, se acabaría con el vacío legal que existe entre los discapacitados y los incapaces permanentes y el resto de trabajadores,

pues también aquellos que se encuentran a medio camino entre unos y otros podrían acceder a la tutela antidiscriminatoria. Esto supondría un paso fundamental hacia la promoción de su inclusión laboral puesto que, si se considera que el hecho de que la discapacidad sea una causa de discriminación sirve para promover la inclusión laboral de los discapacitados, el mismo razonamiento podría sostenerse en relación a la enfermedad crónica o cualquier otra causa de discriminación. Además, dicha opción también aportaría mayor seguridad jurídica, pues se evitaría tener que realizar ejercicios interpretativos, muchas veces un tanto forzados, para poder ofrecer tutela antidiscriminatoria a los enfermos crónicos.

Para defender que la enfermedad crónica tiene que ser considerada una causa de discriminación autónoma podrían seguirse dos vías, o bien por la interpretativa, considerando que la lista de motivos discriminatorios recogida en la Directiva no es taxativa, o bien reformando dicha norma para que se incluya la enfermedad crónica de manera expresa.

En cuanto a la prima opción, la mayoría de la doctrina, y también el TJUE, se pronuncian precisamente en sentido contrario, entendiendo que la lista de motivos discriminatorios recogida en la Directiva es taxativa y que, por lo tanto, no cabe extenderla a supuestos diferentes. Sin embargo, se considera más adecuada la posición sostenida por una parte minoritaria de la doctrina que pone en duda que siguiendo esta opción la Directiva se adecúe al principio de igualdad. Si bien cabe reconocer que el principio de igualdad no debe confundirse con el de no discriminación, es igualmente cierto que ambos están interrelacionados que el principio de no discriminación es una consecuencia del principio de igualdad. Al negarse el acceso a la tutela antidiscriminatoria a los enfermos crónicos, cuando en cambio la realidad muestra que son más propensos a padecer un trato desfavorable en razón de condición, no se les estaría garantizando la igualdad de trato respecto al resto de trabajadores que no padecen una enfermedad crónica.

Así, cabe destacar que limitar el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria a aquellos supuestos indicados expresamente en la Directiva resulta reduccionista porque quedarían fuera un amplio número de casos en los que sí se llevan a cabo actos discriminatorios por diferentes motivos que no son reconducibles a aquellos previstos en la Directiva. Por lo tanto, se defiende que se debería considerar la lista de motivos discriminatorios contenidos en la Directiva como ejemplificativa, por lo que la tutela

antidiscriminatoria podría extenderse también a otros supuestos distintos y no reconducibles a aquellos que, en cambio son igualmente merecedores de tutela. Esta opción está amparada a nivel internacional por la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, que en su versión de 2010, contiene una prohibición general de discriminación y, a continuación, un elenco de algunas causas ejemplificativo, entre las que se incluye la discapacidad.

La tutela antidiscriminatoria debería evolucionar a medida que evoluciona el mercado de trabajo por lo que debería adaptarse a la nueva realidad y tener en cuenta que, en la actualidad, pueden existir circunstancias diferentes que den lugar al nacimiento de nuevos motivos de discriminación que no se conocían o no existían en el momento en que se redactó la Directiva. Sin embargo, este no es el caso de la enfermedad, puesto que tradicionalmente ha existido una particular estigmatización de los trabajadores con problemas de salud. La enfermedad crónica cumpliría con todos los requisitos para ser considerada una causa de discriminación, pues en un gran número de casos el empresario se basa en la misma para ofrecer un tratamiento menos favorable al trabajador que la padece sin ni siquiera haber comprado si la misma afecta de manera negativa a su capacidad laboral. En estos casos se pone de manifiesto que existe un particular rechazo por parte del empresario respecto a aquellos trabajadores con problemas de salud. A pesar de que tal vez la tolerancia de los empresarios respecto a este tipo de situaciones había sido mayor, desde la crisis económico y con las transformaciones que se están produciendo en el mercado de trabajo, este problema se ha acentuado, ya que el empresario puede sustituir fácilmente al trabajador que padece una enfermedad crónica. Por ello, una vez que se ha constatado que el número de casos en los que los trabajadores sufren discriminaciones a causa del padecimiento de una enfermedad es siempre mayor, no se entiende por qué no se podría llevar a cabo una reinterpretación o reforma de la tutela antidiscriminatoria para que proteja este tipo de situaciones.

En España, los tribunales han tradicionalmente rechazado la posibilidad de equiparar la enfermedad crónica a la discapacidad y la posibilidad de que viniese considerada como una causa de discriminación autónoma. Según la jurisprudencia del TS y del TC solo podrá reconocerse la existencia de discriminación por enfermedad en aquellos casos en los que se den condiciones de opresión o segregación de determinados

grupos de personas. La argumentación que los tribunales utilizan como una excepción a la regla general del no reconocimiento de tutela antidiscriminatoria a los enfermos crónicos, podría ser utilizada precisamente para defender la inclusión de la enfermedad crónica como una causa de discriminación autónoma. Tal y como ya se ha apuntado, este sentimiento de rechazo, de opresión y de segregación de los trabajadores que padecen enfermedades está presente generalmente en la conducta de los empresarios. Esta es la línea que sigue el TSJ de Galicia¹⁷ que, en el ámbito de la calificación del despido de una trabajadora por ausencias injustificadas al trabajo al amparo del art. 52.d) ET, considera que la enfermedad puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente prohibidos por el art. 14 CE, cuando el despido se produzca por el mero de hecho del padecimiento de una enfermedad y no por la limitación que la misma puede producir en la capacidad laboral. En dicha sentencia, el TSJ no utiliza la doctrina sentada por el TJUE para fundamentar su decisión, sino que se refiere al elemento de segregación al que hace alusión el TC en su sentencia de 2008¹⁸ para sostener que, en los casos en los que la enfermedad sea tenida en cuenta como un factor de segregación puede constituir un factor de discriminación análogo a los recogidos en el art. 14 CE que puede entrar dentro de la expresión “cualquier otra circunstancia personal o social”. Por lo tanto, en esta sentencia la enfermedad es considerada un factor de discriminación diferenciado de la discapacidad. A pesar de que la decisión a la que llega esta sentencia tiene que ser valorada de manera muy positiva, pues abre la puerta a la consideración de la enfermedad crónica como causa de discriminación autónoma, podría irse incluso más allá y, en lugar de considerar que la enfermedad crónica puede quedar incluida en la expresión “cualquier otra circunstancia personal o social”, podría abogarse por su introducción de manera expresa como causa de discriminación en ese mismo artículo.

Sin embargo, esta no es la línea seguida por el TS¹⁹ que continúa sosteniendo que la enfermedad no puede ser considerada de manera automática como un factor de discriminación análogo a los contemplados en el art. 14 CE. Ello solo será posible si se demuestra que la diferencia de trato basada en la enfermedad obedece a un factor de segregación histórico, como por ejemplo lo sería el VIH. Para justificar su posición, el TS sigue los argumentos utilizados tradicionalmente y sostiene que “manteniendo la

¹⁷ STSJ Galicia de 11 febrero 2014 (n. recurso 3917/2013).

¹⁸ STC de 26 mayo 2008, *cit.*

¹⁹ STS de 3 mayo 2016, *cit.*

premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo”. La posición del TS podría ser desmotada una vez que se ha defendido que, en general, cualquier tipo de enfermedad y no solo aquellas vinculadas a un factor de segregación histórico, como lo es el VIH, generan un particular sentimiento de rechazo en el empresario que tiende a excluir a los trabajadores que las padecen.

El TS²⁰ también ha resuelto otros asuntos relacionados con esta materia. Así, se le planteó un recurso en el que se cuestionaba si los criterios de selección de los trabajadores que tienen que ser despedidos en primer lugar en un despido colectivo eran discriminatorios (trabajadores en activo frente a trabajadores en situación de excedencia o incapacidad temporal). El recurso alegaba que los criterios utilizados suponían una desventaja para determinados grupos sociales como lo son los trabajadores con algún grado de discapacidad. El TS concluye que “el recurrente parte de una premisa errónea cual es confundir la discapacidad, tal y como la define la sentencia que cita, con la incapacidad temporal”. Pues bien, para rechazar la existencia de discriminación en este caso, el TS argumenta que incapacidad temporal y discapacidad no pueden ser equiparables y que la incapacidad temporal no está incluida entre las causas de discriminación directas o indirectas recogidas en el ET, por lo que la doctrina del TJUE no resultaría aplicable. Sin embargo, el criterio utilizado por el TS es cuestionable porque, la cuestión que se plantea no es si incapacidad temporal, en sí misma considerada, y la discapacidad con conceptos equiparables, distinción que no se pone en duda, sino que el foco de atención debería situarse en la causa que motiva la situación de incapacidad temporal, es decir, la enfermedad. En este sentido, lo que habría que decidir es si utilizar la enfermedad del trabajador como criterio de selección para ser despedido con prioridad en un despido colectivo es discriminatorio o no. Por lo tanto, el TS sí debería haber utilizado la doctrina del TJUE para decidir sobre esta cuestión, ya que la situación de incapacidad temporal por enfermedad prolongada entra dentro del concepto de discapacidad utilizado por el TJUE que asimila la enfermedad con efectos

²⁰ STS de 20 mayo 2015 (n. recurso 290/2014). El TS ha seguido la misma línea en otras sentencias, véase STS de 29 septiembre 2014 (n. recurso 3248/2013) y STS de 5 mayo 2015 (n. recurso 2659/2013), en estas dos últimas sin hacer referencia siquiera a la doctrina del TJUE.

prolongados en el tiempo a la discapacidad, por lo que utilizar este criterio para decidir qué trabajadores tienen que ser despedidos en primer lugar sería discriminatorio.

Para promover una mayor protección de los trabajadores con enfermedades crónicas, la consideración de la enfermedad crónica como causa de discriminación autónoma podría ir acompañada de la introducción de una nueva tipología de discriminación, inspirada en la discriminación *arising from disability* existente en el Reino Unido. Así, resultaría interesante que la protección antidiscriminatoria no se limitase a aquellos supuestos en los que el empresario se basa directamente en la enfermedad crónica del trabajador, sino que también debería extenderse a los casos en los que se centra en las consecuencias derivadas de la enfermedad. Esto facilitaría los problemas de prueba que se plantean en este ámbito y vendría a ampliar el número potencial de supuestos susceptibles de quedar amparados por la tutela antidiscriminatoria.

2. Derecho a la salud

El derecho a la salud debiera de ser el derecho inspirador y a la base de todas las tutelas que se reconocen a los trabajadores enfermos, desde el derecho a la no discriminación al derecho a la adaptación de las condiciones laborales. Así, todas estas tutelas habrían de responder al objetivo principal de promoción y protección de la salud. A pesar de ello, dicho derecho no ha sido objeto de gran desarrollo a nivel europeo, donde la atención se ha centrado en la seguridad en el trabajo. Sin embargo, la gestión de la salud de los trabajadores juega un papel fundamental ante las transformaciones que está experimentando el mercado de trabajo, por lo que el derecho a la salud adquiere una renovada relevancia. Así, la atención no puede continuar centrándose únicamente en la prevención de riesgos laborales, puesto que en razón de los cambios demográficos se acentúa la difusión de una serie de enfermedades que no derivan necesariamente del ámbito profesional, pero que sí tienen un impacto negativo en la capacidad laboral.

Además, la regulación del derecho a la salud presenta importantes diferencias en los distintos países analizados, circunstancia que va a condicionar necesariamente su eficacia.

En España, el derecho a la salud no se incluye en la sección de la Constitución reservada a los derechos fundamentales, circunstancia que ha llevado a la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia a sostener que no puede ser considerado un derecho fundamental que tenga eficacia inmediata en las relaciones laborales. Dicho derecho implica únicamente una tutela reforzada frente a la posibilidad de sufrir un menoscabo de la salud derivado de la exposición a los riesgos laborales. De esta manera, se crearían importantes diferencias en función del origen de la enfermedad que padezca el trabajador que solo se encontraría especialmente protegida por el derecho a la salud en caso de que tenga origen laboral. El derecho a la salud encuentra aplicación en el ámbito laboral únicamente en el caso de que el legislador reconozca de manera expresa otra serie de derechos que tienen una conexión con el mismo, piénsese por ejemplo al derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el periodo que dure la incapacidad temporal. Al no tratarse de un derecho fundamental, su vulneración no puede ser alegada de manera directa sino únicamente en relación a otro derecho.

Estas problemáticas no existen en Italia pues el derecho a la salud es considerado de manera expresa por la Constitución como un derecho fundamental, situación que resulta particularmente apreciable pues facilita la tutela de los trabajadores enfermos en el ámbito laboral.

CAPÍTULO III

La adaptación de las condiciones laborales de los trabajadores con enfermedades crónicas

En la Unión Europea se distinguen cuatro modelos de países en función de la perspectiva que utilizan respecto al regreso al trabajo²¹: 1) limitados a las personas con discapacidad, 2) aplicables a determinadas categorías de personas (víctimas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, enfermos crónicos), 3) procesos de reintegración generales para todos los trabajadores y programas de apoyo limitados a ciertos grupos, 4) sistema integrado para favorecer el regreso al trabajo basado en la prevención de la exclusión de los trabajadores con problemas de salud del mercado de trabajo, en la intervención temprana y en la promoción de su empleabilidad para asegurar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social.

A pesar de la existencia de estos cuatro modelos diferenciados, en dos de los países analizados en esta tesis de Doctorado prevalece el primero de ellos. En general, estos países se limitan a promover la inclusión laboral de los discapacitados una vez que ya han abandonado el mercado de trabajo (o también en el caso de que nunca hayan participado en el mismo) y no para promover su regreso temprano después de haberse ausentado a causa de un periodo de incapacidad temporal a causa de los problemas de salud que padecen. Este modelo se basa en la promoción de la inclusión a través de la puesta en práctica de medidas antidiscriminatorias y no en la promoción de la empleabilidad de los trabajadores, factor que, sin embargo, sería clave para evitar su salida prematura del mercado de trabajo.

El papel de los juristas no consiste en identificar cuáles son las medidas que facilitarían el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Esta tarea se deja a las disciplinas que cuentan con las competencias necesarias para ello, en particular la Psicología y la Medicina del trabajo. Sin embargo, una vez que los distintos estudios en la materia han llegado a la conclusión de que la adaptación de las condiciones laborales puede consentir que los trabajadores con enfermedades crónicas continúen trabajando o vuelvan al trabajo, corresponde a los juristas estudiar cómo podrían ser puestas en práctica desde el punto de vista legal. En caso contrario, se

²¹ EU-OSHA, *Rehabilitation and return to work: Analysis report on EU and Member States policies, strategies and programmes*, 2016.

correos el riesgo de que la labor realizada en el ámbito médico se quede meramente en el plano teórico.

Por otra parte, el paradigma que tendría que seguirse debiera de ser el de la intervención temprana, es decir, la puesta en práctica de medidas de adaptación tan pronto como se manifiesten los efectos negativos de la enfermedad crónica en la capacidad laboral del trabajador. De esta manera, se favorecería la conservación y el regreso al trabajo de los enfermos crónicos, pues se intervendría de manera preventiva, evitando que se materialicen las condiciones para justificar su despido por motivos objetivos.

La adaptación de las condiciones laborales de los trabajadores con enfermedades crónicas podría ponerse en práctica a través de diversas vías. En la *Literature Review* se han analizado los ajustes razonables y la normativa de Seguridad y salud en el trabajo, pero no hay que olvidar el papel fundamental que juega la negociación colectiva y las buenas prácticas existentes en algunas empresas.

1. La relación entre los ajustes razonables y la normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo

En primer lugar, es necesario distinguir los ajustes razonables, regulados en la Directiva 2000/78/CE y que, por lo tanto, pertenecen al ámbito de la igualdad en el trabajo, de la obligación de adaptar el trabajo a la persona prevista en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. A pesar de que en algunas ocasiones ambas medidas tienden a confundirse en el lenguaje común, se trata de dos figuras jurídicas distintas con un ámbito de aplicación subjetivo y finalidades diferentes. Mientras que la normativa en materia de ajustes razonables resulta aplicable solamente a las personas con discapacidad, el principio de adaptación del trabajo a la persona recogido en la Directiva 89/391/CEE, se refiere a todos los trabajadores, con independencia de que sean discapacitados o no.

En cuanto a su finalidad, los ajustes razonables persiguen lograr la participación de los discapacitados en el mercado laboral en igualdad de condiciones respecto al resto de trabajadores. Por su parte, la obligación de adaptar el trabajo a la persona, al pertenecer

al ámbito de la prevención de riesgos laborales, tiene el objetivo de evitar la exposición a los riesgos laborales por lo que solamente resulta aplicable en aquellos casos en los que la condición del trabajador implique una mayor exposición a los riesgos derivados del trabajo. Esta teoría es apoyada por el TJUE en la sentencia de 4 de julio de 2013, asunto C-312/11, Comisión contra Italia, en la que condena a Italia por no haber incluido en el Decreto de trasposición de la Directiva 2000/78/CE en el ordenamiento jurídico italiano, una obligación de realizar ajustes razonables conforme con la prevista en la Directiva. Uno de los argumentos que Italia utiliza para defender que sí había cumplido con lo estipulado en la Directiva, es que ya existían en el ordenamiento jurídico italiano otras disposiciones en el ámbito de la Seguridad y salud en el trabajo que sí obligaban a los empresarios a realizar “ajustes razonables”. El TJUE concluye que dichas medidas no son suficientes, por lo que está reconociendo que ajustes razonables y obligación de adaptación derivada de la normativa de seguridad y salud en el trabajo son dos conceptos diferentes que deben, por lo tanto, implicar actuaciones diversas.

Si bien en algunas ocasiones las medidas previstas en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo también pueden contribuir de manera indirecta a favorecer la igualdad de los trabajadores con discapacidad, este no es su objetivo primordial. Por lo tanto, a pesar de que en algunas ocasiones la obligación de realizar ajustes razonables comparte rasgos con otras figuras jurídicas ya existentes en el ordenamiento jurídico, tiene un carácter innovador en función de la amplitud de medidas que puede comprender, así como de su duración.

Tal y como puede apreciarse ambas normas presentan limitaciones en lo que a los trabajadores con enfermedades crónicas se refiere, puesto que su ámbito de aplicación subjetivo es limitado. En el caso de los ajustes razonables, solo podrán acceder a los mismos si son considerados discapacitados. Por su parte, la normativa en materia de Seguridad y Salud no puede abarcar todas las consecuencias que derivan del padecimiento de una enfermedad crónica, sino que se limita al ámbito de la prevención de riesgos laborales.

2. La extensión de la obligación de realizar ajustes razonables a los trabajadores con enfermedades crónicas

La obligación de realizar ajustes razonables es una forma de adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad, entendida como una forma de lucha contra la discriminación. Ello se recoge de manera expresa en la Convención de la ONU, que establece que la negación de adoptar ajustes razonables constituye una forma de discriminación, mientras que no sucede lo mismo en la Directiva 2000/78/CE. A pesar de ello, en razón de la ratificación de la Convención de la ONU por parte de la Unión Europea, el TJUE ha interpretado que la obligación de realizar ajustes razonables forma parte de una obligación de no discriminación más amplia.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de la obligación de realizar ajustes razonables, el hecho de que se circunscriba a las personas con discapacidad supone un límite, pues impide que las personas que no sean consideradas como tales puedan acceder a esta tutela, que sin embargo resulta esencial para la permanencia en el mercado laboral. Por este motivo, y en línea con lo defendido en esta tesis de Doctorado, sería oportuno ampliar su ámbito de aplicación para que puedan gozar de este derecho todas las personas que necesitan una adaptación de las condiciones laborales, a los efectos que aquí interesan, en particular, los trabajadores con enfermedades crónicas. Esta idea podría apoyarse en el hecho de que, al pertenecer al ámbito de la tutela antidiscriminatoria, la obligación de realizar ajustes razonables debería ser lo suficientemente amplia como para servir para luchar contra cualquier tipo de discriminación, y no únicamente contra la discriminación por razón de discapacidad. Además, al defenderse la necesidad de que la enfermedad crónica sea considerada una causa de discriminación autónoma, la consecuencia lógica es el reconocimiento automático del derecho a los ajustes razonables.

Otro de los argumentos que pueden utilizarse para sostener la teoría aquí defendida está relacionado con el propio origen de la obligación de realizar ajustes razonables. La misma no nació para proteger a los discapacitados de sufrir un trato menos favorable a consecuencia de su condición, sino que fue introducida en EE.UU por la *Employment Opportunity Act* de 1972 para permitir a los trabajadores el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa. Solo posteriormente, en el año 1990, la *American with Disabilities Act* de 1990 reconoció la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables a los trabajadores con discapacidad. Atendiendo al propio origen de los ajustes razonables, es posible defender la idea de que la obligación de realizar ajustes

razonables tiene que servir para luchar contra cualquier tipo de discriminación, con independencia de cual sea la causa que la genera, y no únicamente contra la discriminación por razón de discapacidad. Además, de la misma manera que dicha obligación se extendió de la libertad religiosa a la discapacidad, nada impediría que siguiese evolucionando y alcanzase otros motivos de discriminación, en este caso la enfermedad crónica, puesto que en ningún momento se ha establecido que deba limitarse a la discapacidad. El propio TJUE, en la sentencia *HK Danmark*, sostiene que la necesidad de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo no condiciona la determinación de la existencia de discapacidad. Por lo tanto, al no constituir los ajustes razonables un elemento definitorio del concepto de discapacidad, los mismos no tendrían por qué limitarse a este caso.

La idea de que los trabajadores con enfermedades crónicas tendrían que quedar incluidos entre los sujetos beneficiarios de la obligación de realizar ajustes razonables se relaciona con la idea presentada en la *Literature Review* y sostenida por una parte de la doctrina, según la cual, la obligación de realizar ajustes razonables debería reconocerse a todos los trabajadores que la necesitasen para evitar sufrir discriminaciones por cualquier motivo, con independencia de la pertenencia a una determinada categoría.

Una vez clarificado el ámbito subjetivo de la obligación de realizar ajustes razonables, se pasa ahora a analizar la tipología de medidas que pueden quedar incluidas en la misma.

A nivel europeo, la Directiva 2000/78/CE no contiene una lista de cuáles son las medidas que pueden ser consideradas ajustes razonables, sin embargo, el considerando 20 aporta mayor información al respecto, señalando, a título ejemplificativo, cuáles podrían ser: adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación.

Así, en primer lugar, es necesario aclarar que las medidas de adaptación que entran en el ámbito de los ajustes razonables no siempre serán igual para todos los trabajadores y es importante concienciar a los empresarios de esto. Una medida de adaptación que es razonable para un trabajador con discapacidad, en el sentido de que permite su participación en igualdad de condiciones que los demás, puede no serlo para otro. Esta circunstancia se acentúa todavía más en caso de que la obligación de realizar ajustes razonables se reconozca también a los enfermos crónicos, puesto que las mismas se

caracterizan precisamente por su diversidad e impredecibilidad. Así, en todos los casos, pero sobre todo en relación a las enfermedades crónicas, habrá que atender al caso concreto para determinar cuáles son las medidas de ajuste más adecuadas. Para hacerlo, será imprescindible el diálogo y la colaboración con los profesionales de la medicina del trabajo que conocen, al mismo tiempo, tanto el estado de salud del trabajador como las condiciones de trabajo.

Otra circunstancia a tener en cuenta es la posible colisión entre la puesta en práctica de medidas de ajuste razonable y las otras normas que regulan los aspectos de la relación laboral. Un ejemplo de ello podría ser la ordenación del tiempo de trabajo. Así, en la sentencia *HK Danmark*, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial en la que se le preguntaba si una reducción del tiempo de trabajo puede constituir una medida de ajuste razonable en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. La respuesta a esta cuestión es importante, puesto que dicha medida no se haya incluida en el considerando 20 de la Directiva, que tampoco especifica si las medidas de trabajo a tiempo parcial pueden constituir ajustes razonables. Además, el trabajo a tiempo parcial se regula en la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. En este caso, el TJUE opta por incluir la reducción del tiempo de trabajo en el concepto de “pautas de trabajo” al que sí hace referencia el considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE. El argumento que utiliza el Tribunal es que, al no incluir el legislador comunitario una lista de cuáles son las medidas concretas que entran en el concepto de ajuste razonable, lo que pretendía era fomentar el empleo de las personas con discapacidad sin establecer limitaciones, en línea con la Convención de la ONU. Lo mismo ocurriría con la normativa en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que no resultaría aplicable en los casos en los que se acuerde la puesta en práctica ajustes razonables.

Así, siguiendo la interpretación amplia del concepto de ajuste razonable llevada a cabo por el TJUE, también cabría considerar que el teletrabajo, u otras medidas más modernas de organización de la prestación laboral como lo es el *lavoro agile* en Italia o el *flexible working* en Reino Unido, podrían constituir medidas de ajuste razonable. La inclusión de estas formas de trabajo ligadas a la utilización de las nuevas tecnologías en el concepto de ajuste razonable está estrechamente vinculada a la propia evolución tecnológica. Si bien, por ejemplo, hace algunos años podría no considerarse razonable

que el discapacitado desarrollase su prestación laboral en modalidad de teletrabajo, en razón de los elevados costes de los aparatos tecnológicos necesarios para ello, hoy en día, con la evolución tecnológica, este coste ya no sería tal y, por lo tanto, nada impediría que el teletrabajo fuese considerado una medida de ajuste razonable.

En Italia, el *lavoro agile*²² es considerado por las asociaciones de pacientes como un instrumento muy adecuado para evitar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas²³. La consideración del *lavoro agile* como una medida de ajuste razonable implicaría un cambio en su régimen de funcionamiento, pues pasaría a ser obligatorio para el empresario en caso de que así lo solicitasen los trabajadores con discapacidad, mientras que, en la actualidad, tiene carácter voluntario. Lo mismo ocurriría en el caso del *flexible working*²⁴ en Reino Unido. A pesar de que aceptar la solicitud de llevar a cabo la prestación laboral utilizando la modalidad del *flexible working* tiene carácter voluntario para el empresario, pasaría a ser obligatoria si el trabajador con discapacidad lo solicita, alegando que se trata de un ajuste razonable.

Otra de las posibles medidas que pueden ser consideradas ajustes razonables es el cambio de puesto de trabajo. Esta será una de las medidas de ajuste razonable más difíciles de poner en práctica y más gravosas, no solo para el empresario, sino también para los compañeros de trabajo que pueden ver modificadas sus condiciones de trabajo a causa de la necesidad de reorganizar la estructura de la empresa para que el discapacitado pueda acceder a los ajustes razonables.

Sin embargo, no entra dentro del concepto de ajuste razonable la creación de un nuevo puesto de trabajo para poder reubicar al discapacitado que ha perdido de manera total la capacidad laboral de llevar a cabo la prestación laboral en las mismas condiciones en las que lo venía haciendo. Dicha medida iría más allá del concepto de razonabilidad porque supondría un coste excesivo para el empresario, tanto desde el punto de vista económico, como en lo que a la organización de la actividad empresarial

²² El *lavoro agile* ha sido regulado en Italia con la *Legge 22 maggio 2017 n. 81 recante "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato"*. De manera muy resumida, se trata de una nueva modalidad de llevar a cabo la prestación laboral fuera de los locales de la empresa o en otro lugar preestablecido, siempre y cuando se respete el horario de trabajo.

²³ Véase la entrevista realizada al Director General de AISM, Asociación italiana de esclerosis múltiple, *Sclerosi multipla e disabilità: il lavoro agile come misura di "accomodamento ragionevole"?*, publicada en el Bollettino ADAPT de 2 de mayo de 2016.

²⁴ Es un derecho laboral al que tienen acceso todos los trabajadores con una antigüedad de más de 26 semanas y no solo aquellos que tengan cargas familiares puesto que se centra en la figura del trabajo y no en las personas que tenga a su cargo.

se refiere. A pesar de que algunos autores estadounidenses sostienen que para lograr adaptar las condiciones de trabajo de los discapacitados los tribunales deberían considerar que la organización empresarial puede ser modificada, esto plantea particulares problemas. Siguiendo esta línea, el derecho del trabajador a los ajustes razonables entraría en colisión con el derecho a la libertad de empresa, es decir, el derecho del empresario a decidir libremente como quiere organizar su actividad empresarial. Por este motivo, si bien en esta tesis de Doctorado se defiende la necesidad de explorar todas las vías posibles para poner en práctica los ajustes razonables, ello no puede implicar ir en contra de los intereses del empresario, siempre y cuando sean legítimos. Exigirle que cree un puesto *ad hoc* en la empresa para garantizar el derecho del trabajador discapacitado a la conservación del empleo, iría más allá de sus obligaciones y de la naturaleza del contrato de trabajo que, no puede olvidarse, consiste en el desempeño de una prestación laboral útil para el empresario a cambio de un salario. Si la prestación laboral del discapacitado carece totalmente de interés para el mismo, no podría obligársele a continuar con la relación laboral y, tal y como se verá en el siguiente apartado, el despido podría ser calificado como legítimo.

Para determinar cuando la puesta en práctica de una medida de ajuste razonable es factible, a pesar de las diferencias existentes en los distintos países, tienen que concurrir dos circunstancias. En primer lugar, que la medida sea efectiva para permitir a los discapacitados llevar a cabo la prestación laboral y, en segundo lugar, que no suponga un coste excesivo para el empresario. Por lo tanto, puede darse el caso de que la medida sea adecuada, en el sentido de que permitiría al discapacitado llevar a cabo la prestación laboral, pero que, en razón de su coste excesivo para el empresario, no entre dentro del ámbito de aplicación de los ajustes razonables.

Tal y como establece la Directiva 2000/78/CE, a la hora de valorar si el coste de la medida es desproporcionado, hay que tener en cuenta si existen medidas estatales para paliar los costes derivados de la puesta en práctica de los ajustes razonables, las cuales serán analizadas en el apartado correspondiente a la Seguridad Social. Por lo tanto, si puede acceder a este tipo de medidas, el empresario no podrá negarse a la puesta en práctica del ajuste razonable alegando su falta de razonabilidad. Ahora bien, ello no puede servir para justificar la razonabilidad de la creación de un nuevo puesto de trabajo en la empresa, sino únicamente para la puesta en práctica del resto de medidas mencionadas.

A pesar de que, como ya se ha dicho, los ajustes razonables y la normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo son dos figuras jurídicas distintas, sobre todo en Reino Unido, existe una amplia doctrina acerca del papel fundamental que juega la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo a la hora de decidir si un ajuste es razonable o no. Por lo tanto, es necesario analizar si el ajuste razonable puede incrementar los riesgos para la seguridad y salud de dicho trabajador con discapacidad o de cualquier otro. En estos casos se plantea un conflicto normativo, por lo que habrá que decidir qué norma prevalece: si los ajustes razonables que persiguen la promoción de la inclusión laboral de los discapacitados o la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo que tiene el objetivo de protegerlos frente a los riesgos derivados del trabajo. En estos casos, no cabe otra opción que defender la prevalencia de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo, puesto que la inclusión laboral de los discapacitados no puede implicar el menoscabo del derecho a la protección de la salud y seguridad en el trabajo. Este aspecto tiene que ser tratado con cautela, puesto que se corre el riesgo de que la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo sea utilizada como posible vía para justificar la discriminación en el trabajo, bajo el falso pretexto de que el trabajador discapacitado no puede cumplir con las medidas de seguridad requeridas por la ley. Por este motivo, la evaluación de riesgos adquiere un papel muy importante a la hora de decidir acerca de la razonabilidad del ajuste. Sin embargo, en caso de que la evaluación de riesgos demuestre que la puesta en práctica del ajuste razonable no es viable porque se vulneraría la normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo, el trabajador podría ser despedido de manera justificada.

Por lo tanto, tal y como se ha visto, la principal dificultad que se plantea en relación a la obligación de realizar ajustes razonables es decidir cuándo un ajuste es razonable y cuando no. Así, en el caso de Reino Unido, la *Equality Act* ha eliminado la lista de factores que había que tener en consideración a la hora de decidir sobre la razonabilidad del ajuste. A pesar de ello, el *Employment Statutory Code of Practice* señala una serie de criterios a tener en cuenta: si tomar alguna medida en particular sería eficaz en la prevención de la desventaja sustancial; la viabilidad de la medida; los costos económicos o de otro tipo, o las interrupciones que el ajuste implica; la cantidad de recursos económicos o de otro tipo de los que dispone el empresario; la existencia de ayudas económicas o de otro tipo para asistir al empresario en la puesta en práctica de

los ajustes razonables, como por ejemplo el asesoramiento a través del programa del Gobierno *Access to Work*; el tipo y el tamaño de la empresa.

3. Los límites de la tutela ofrecida por la normativa de Seguridad y Salud a los trabajadores con enfermedades crónicas

La normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo analizada en la *Literature Review* no hace referencia de manera expresa, ni a nivel europeo, ni en los Estados analizados, a los trabajadores con enfermedades crónicas. A pesar de ello, una posible vía para ofrecerles tutela podría ya encontrarse en la normativa vigente, en concreto, en la categoría de los trabajadores especialmente sensibles, regulada en el art. 15 de la Directiva 89/391/CEE.

A efectos de esta tesis de Doctorado resulta oportuno analizar el concepto de trabajadores especialmente sensibles para decidir si la enfermedad crónica puede dar lugar al nacimiento de una especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo. De ser así, se plantea si todos los trabajadores con enfermedades de este tipo pueden quedar incluidos, como colectivo o de manera individual, en el concepto de trabajadores especialmente sensibles por el mero hecho de padecer una enfermedad con efectos prolongados en el tiempo. Su consideración como tales va a condicionar el tratamiento que el empresario les tenga que ofrecer, en particular, en lo que a la adaptación del puesto de trabajo se refiere.

La Directiva 89/391/CEE hace referencia en su art. 15 a los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles, quienes deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. Sin embargo, dicha Directiva no contiene una definición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo por lo que, antes de decidir si los enfermos crónicos encajan en esta categoría, será necesario definirla. Posteriormente, otras Directivas aprobadas en los años noventa han recogido disposiciones específicas para determinadas categorías de trabajadores, consideradas especialmente vulnerables a los riesgos laborales, en particular, las mujeres

embarazadas o en periodo de lactancia²⁵. También se ha especificado que los discapacitados forman parte de los grupos especialmente sensibles a los riesgos²⁶.

Por su parte, la Directiva 2000/54, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, se refiere de manera expresa a los trabajadores cuya sensibilidad pueda verse afectada por alguna causa, como una patología previa, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia. En esta ocasión, se considera que los trabajadores con una patología previa pueden presentar una especial sensibilidad a los agentes biológicos, a pesar de que no se ofrece mayor información sobre la manera en la que el empresario tendrá que identificar estos riesgos adicionales.

La inclusión de la figura del trabajador especialmente sensible en la Directiva 89/391/CEE es una concreción del principio preventivo de adaptación del trabajo a la persona. Si bien este principio general se aplica a todos los trabajadores, el mismo se intensifica cuando las particulares características personales implican una mayor sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo. Esto supone una serie de obligaciones a mayores para el empresario, que van más allá del principio general de adaptación.

Ante la falta de inclusión de los trabajadores con enfermedades crónicas en la definición de trabajadores especialmente sensibles en las Directivas mencionadas y en los otros documentos sobre la materia elaborados a nivel europeo, y en razón de la inexistencia de una definición de trabajador especialmente sensible en la Directiva 89/391/CEE, cabe plantearse si los mismos podrían encajar en esta categoría.

La primera diferencia que encontramos en el análisis de la figura del trabajador especialmente sensible entre los distintos países analizados está en que, mientras que en España e Italia existe una definición de trabajadores especialmente sensibles, no ocurre lo mismo en el Reino Unido, lo que implica que esta materia venga analizada de manera diferente y que tenga una relevancia distinta.

En España, el art. 25.1 LPRL “el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de

²⁵ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

²⁶ European Commission, *Guidance on risk assessment at work (Directive 89/391/EEC)*, Directorate-General V Employment, industrial relations and social affairs, Luxembourg, 1996; European Parliament, *op. cit.*, p. 19.

discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. Además, La LPRL recoge en sus arts. 26 y 27 medidas específicas para las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente y para los menores. Además, en el art. 25.1, la LPRL se refiere de manera expresa a las personas que tengan reconocida una discapacidad física, psíquica o sensorial.

Por su parte, en Italia, la definición de trabajador especialmente sensible se recoge en la Circular del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social de 7 de agosto de 1995, n. 102, según la cual “en la noción de grupos particulares se incluyen aquellas categorías de trabajadores para los cuales, respecto a la media de los trabajadores, los riesgos relativos a un mismo peligro son comparativamente mayores por causas subjetivas que dependen de los propios trabajadores y que se ponen de manifiesto a raíz de la evaluación de riesgos”. Además, el art. 28 del Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 81 relativo a la evaluación de riesgos, también se refiere a los trabajadores especialmente sensibles y sostiene que, entre los grupos de trabajadores expuestos a riesgos particulares, se encuentran los vinculados con el estrés, los relativos a las trabajadoras embarazadas, a las diferencias de género, a la edad, a la procedencia de otros países y, por último, los relacionados con la específica tipología contractual a través de la que se lleva a cabo la prestación laboral.

Tal y como puede apreciarse, si bien la Directiva 89/391/CEE hace referencia a los “grupos”, en España la LPRL no se limita a otorgar protección a los colectivos a los que se refiere de manera expresa en su articulado, sino que, teniendo en cuenta la definición recogida en el art. 25.1 LPRL, también protege a todas las personas que por sus características personales o individuales, presenten una sensibilidad especial a los riesgos derivados del trabajo, con independencia de su pertenencia a un grupo prefijado. De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que en España la condición de especial

sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo tiene carácter individual y no colectivo. Sin embargo, no parece ocurrir lo mismo en Italia donde, en todo momento, las normas que se refieren a los trabajadores especialmente sensibles utilizan la expresión “grupo”, por lo que el reconocimiento de la especial sensibilidad a un trabajador que no comparta una serie de características con otros que permitan identificar la existencia de un grupo, resultaría complicado. La situación existente en Italia sigue la línea de la Directiva 89/391/CEE.

En relación a los grupos concretos de trabajadores considerados especialmente sensibles, y a los efectos que aquí interesan por su posible similitud con los trabajadores con enfermedades crónicas, se analizará, en particular, el grupo de los trabajadores discapacitados. Tal y como ya ha tenido ocasión de verse en el primer capítulo de esta tesis de Doctorado, la mayor dificultad consiste en ofrecer una definición clara y unívoca de discapacidad común a todos los Estados. Además, normalmente también existen definiciones diferentes en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico. Así, en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo, la *European Agency for Safety & Health at Work* (EU-OSHA) ofrece una definición de discapacidad específica. Para la EU-OSHA, un trabajador es discapacitado cuando padece una limitación física o mental que puede obstaculizar la prestación laboral, haciendo hincapié en que la discapacidad es un proceso a largo plazo, por lo que quedan incluidas en dicho concepto las personas con enfermedades crónicas o progresivas. A pesar de que dicha definición hace referencia de manera expresa a las enfermedades crónicas, si se realiza una interpretación restrictiva del concepto de discapacidad, solo los trabajadores con una limitación permanente podrían solicitar una adaptación del puesto de trabajo que contribuya a reducir los riesgos a los que están expuestos.

En cuanto a la situación existente en los distintos países analizados, a pesar de que en España el art. 25.1 LPRL señala de manera expresa que los trabajadores que tengan reconocida una discapacidad quedan incluidos en el concepto de trabajadores especialmente sensibles, no ocurre lo mismo en Italia y Reino Unido.

En Italia, los discapacitados no aparecen recogidos en el elenco de los trabajadores expuestos a riesgos particulares. Si bien esto ha sido objeto de críticas, en principio, considerando que la mayoría de la doctrina está de acuerdo con que la lista contenida en el art. 28 del Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 81 tiene carácter ejemplificativo, ello no supondría un problema, puesto que los discapacitados podrían ser igualmente

considerados trabajadores especialmente sensibles en caso de que sus particulares condiciones, así como el tipo de trabajo a desempeñar, impliquen una mayor exposición a los riesgos laborales.

Por su parte, en Reino Unido, el Reglamento *Management of Health and Safety at Work Regulations 1999* no se refiere de manera expresa a los trabajadores con discapacidad. Sin embargo, la *Health and Safety at Work Act 1974* recoge la obligación del empresario de proteger a todos los trabajadores frente a los riesgos laborales, en la medida que sea razonable, por lo que quedarían incluidos también los trabajadores con discapacidad²⁷. Por su parte, el *The Management of Health and Safety at Work Approved Code of Practice (ACOP-L21)* establecía que, a la hora de llevar a cabo la evaluación de riesgos, el empresario tendría que identificar a aquellos trabajadores particularmente expuestos al riesgo, como, por ejemplo, los trabajadores jóvenes o los discapacitados. Sin embargo, este Código fue eliminado el 31 de julio de 2013 a pesar del descontento de una gran parte de los prácticos en la materia²⁸. Pues bien, a pesar de haberse eliminado el Código en el que se hacía referencia de manera expresa a los discapacitados, considerándolos trabajadores especialmente sensibles a los riesgos, tal y como ya se ha dicho, ello no quiere decir que el empresario no tenga que tener en cuenta a estos trabajadores con características particulares cuando lleva a cabo la evaluación de riesgos. En este sentido, la Guía actualizada del *Health and Safety Executive (HSE)*²⁹, que recibe el nombre de *Managing for Health and Safety (HSG65)*³⁰, señala que el empresario no puede olvidarse de estudiar cómo el riesgo puede afectar a los diferentes grupos de trabajadores presentes en el lugar de trabajo, como los jóvenes o trabajadores sin experiencia, las mujeres embarazadas, los trabajadores con discapacidad, los inmigrantes o los trabajadores de mayor edad. La idea de que los trabajadores discapacitados tienen que recibir un trato particular respecto al resto de trabajadores se refuerza ante la existencia de Guías elaboradas por

²⁷ HSE, *Health and safety for disabled workers and people and their employers*, disponible en <<http://www.hse.gov.uk/disability/largeprint.pdf>>

²⁸ Véase <<https://www.healthandsafetyatwork.com/regulation/end-L21>>

²⁹ El HSE es la autoridad pública en la que se encarga de la promoción y la regulación de la seguridad y salud en el trabajo y de la investigación sobre los riesgos laborales. Página web <<http://www.hse.gov.uk>>

³⁰ Disponible en el siguiente link <<http://www.hse.gov.uk/pubns/priced/hsg65.pdf>>

el HSE sobre los aspectos en materia de seguridad y salud en el trabajo para los trabajadores con discapacidad³¹.

Tal y como puede apreciarse, la falta de inclusión expresa de los discapacitados como trabajadores especialmente sensibles no implica que los mismos puedan ser considerados como trabajadores especialmente sensibles. Así, lo mismo podría sostenerse en relación a los enfermos crónicos. Esta idea tendría especial cabida en Italia, donde al preverse que los discapacitados pueden ser trabajadores especialmente sensibles a pesar de que ello no se reconoce de manera expresa, y se tiene en cuenta que la norma hace referencia de manera expresa a la edad, parecería sencillo argumentar que los enfermos crónicos, en razón de su particular naturaleza, también pueden ser trabajadores expuestos a riesgos particulares.

Una vez analizado el concepto de trabajadores especialmente sensibles, resulta necesario decidir si los trabajadores con enfermedades crónicas que implican una limitación a largo plazo en su capacidad laboral, pueden ser incluidos en dicha categoría o no. Pues bien, ello podría realizarse por tres vías: 1) consideración de los trabajadores en cuestión como un colectivo diferenciado, 2) inclusión de los trabajadores con enfermedades crónicas en la definición de trabajadores con discapacidad, identificados como trabajadores especialmente sensibles tanto a nivel europeo como nacional, y 3) consideración como trabajadores especialmente sensibles de manera individual.

En relación a la primera de las opciones, si se realiza una interpretación restrictiva de la Directiva 89/391/CEE, solo los trabajadores que forman parte de un grupo particularmente expuesto a los riesgos laborales podrían ser considerados trabajadores especialmente sensibles. De ahí la importancia de decidir si los enfermos crónicos constituyen un grupo o no, circunstancia que resulta particularmente compleja. En el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, a pesar de que según la posición tradicional los enfermos crónicos no constituyen un grupo tradicionalmente discriminado, tal y como ya se expuso, existen argumentos que permiten defender lo contrario. Sin embargo, estas consideraciones pertenecen a aquel ámbito en concreto y, por lo tanto, no deberían extenderse de manera automática a la Seguridad y Salud en el trabajo, pues se trata de dos esferas diferenciadas que, por lo tanto, utilizan un lenguaje y una terminología distintos. Por este motivo, el sostener que los trabajadores con enfermedades crónicas

³¹ HSE, *Health and safety for disabled workers and people who work with them: An easy read guide*, disponible en <<http://www.hse.gov.uk/disability/easyread.pdf>>

pueden ser considerados un colectivo identificado como tal, y que ello justifica su consideración como trabajadores especialmente sensibles, plantearía problemas en la práctica y, por lo tanto, no se considera la opción más viable para ofrecerles una tutela adecuada. Además, siguiendo la línea de la Directiva, el mero hecho de pertenecer a un grupo ya implicaría el acceso a las tutelas reservadas a los trabajadores especialmente sensibles, opción que no parece resultar la más adecuada en el caso de los enfermos crónicos. Sería necesario atender al caso concreto, es decir, a las características tanto de la persona como del puesto de trabajo que desempeña, pues la pertenencia a un grupo no siempre determinará una mayor exposición a los riesgos laborales.

Si se sostiene que la especial sensibilidad ha de tener carácter colectivo, la inclusión en el concepto de discapacidad se plantea como la segunda opción para considerar a los trabajadores con enfermedades crónicas como trabajadores especialmente sensibles. Dicha inclusión resultaría particularmente compleja si se utiliza un concepto restringido de discapacidad, que es lo que ocurre en España, puesto que el art. 25 LPRL se refiere expresamente a la “discapacidad reconocida”. Sin embargo, resultaría más sencilla si se sigue la definición de la EU-OSHA, que incluso hace referencia de manera expresa a las enfermedades crónicas. En España, atendiendo a la literalidad del art. 25 LPRL, solo los trabajadores con enfermedades crónicas que hayan obtenido el correspondiente reconocimiento de discapacidad podrían considerarse especialmente sensibles. Sin embargo, tal y como se expone en la *Literature Review*, algunos autores han sostenido que, siguiendo las últimas sentencias del TJUE, debería realizarse una interpretación amplia del concepto de discapacidad, puesto que hay trabajadores que presentan una particular sensibilidad a los riesgos laborales a pesar de no tener una discapacidad reconocida. En estos casos, a pesar de la dicción literal de la LPRL, el empresario debería poner en práctica medidas de adaptación, incluso a favor de personas que no tengan reconocida la discapacidad. Sin embargo, resulta necesario señalar que la utilización de la definición de discapacidad ofrecida por el TJUE en la esfera de la tutela antidiscriminatoria en el resto de ámbitos del ordenamiento jurídico no resultaría posible. Más aun en este caso, en el que la LPRL se refiere de manera expresa a la necesidad de que exista una “discapacidad reconocida”. Si se quisiese abogar por una definición de discapacidad más amplia en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo, se debería reformar el art. 25.1 LPRL y eliminar la referencia expresa a la discapacidad reconocida.

Ante las dificultades que plantean las dos vías anteriormente presentadas, una tercera opción sería considerar que la especial sensibilidad tiene carácter individual. Siguiendo esta tercera opción, por ejemplo en España, la no obtención del certificado de discapacidad no implicaría necesariamente quedar privado de protección desde el punto de vista de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo, puesto que cabría la opción de que fuesen considerados trabajadores especialmente sensibles de manera individual. La potencialidad expansiva del carácter individual de la especial sensibilidad permitiría abarcar la enfermedad del trabajador así como la reducción de la capacidad física o intelectual, ya sean permanentes o transitorias, pues ambos supuestos entrarían dentro de las características personales que implican la necesidad de una protección específica, en razón de la mayor exposición al riesgo que conllevan. Tal y como ya se dijo, al no recogerse en las normativas de los distintos países analizados una lista cerrada de los colectivos especialmente sensibles a los riesgos laborales, se deja la puerta abierta a la posibilidad de incluir a otros sujetos que, a pesar de ser particularmente vulnerables a los riesgos, no aparecen mencionados de manera expresa o no forman parte de un colectivo. De hecho, a modo de ejemplo, en España donde, al contrario de lo que ocurre en Italia y Reino Unido, esta materia ha sido objeto de gran desarrollo a nivel jurisprudencial, la especial sensibilidad se ha reconocido por los motivos más variados, y no solamente por el hecho de pertenecer a un colectivo³². Además, esta es la opción más adecuada para evitar los efectos indeseables que provoca la consideración de manera automática como trabajador especialmente sensible, por el mero hecho de pertenecer a uno de los grupos recogidos de manera expresa. Por lo tanto, resultaría más oportuno atender a las características individuales del trabajador, opción que permitiría considerar a los enfermos crónicos como trabajadores especialmente sensibles en aquellos casos en los que se den las circunstancias necesarias para ello.

Tal y como puede apreciarse, en los tres países analizados la figura de los trabajadores especialmente sensibles se regula en sede de evaluación de riesgos laborales. Esto implica que el empresario tendrá que tener en cuenta las especiales características de estos trabajadores a la hora de llevarla a cabo. La normativa de

³² La especial sensibilidad ha sido reconocida en caso de alergia a la tinta negra y las resinas plásticas por parte de un operador de productos químicos (STSJ Cataluña 2846/2005 de 4 de abril (JUR 2005\124355)); por mareos y molestias en la espalda (la STSJ Cataluña 765/2014 de 3 de febrero (JUR 2014\90699)); por artrosis (STSJ Castilla La Mancha 813/2013 de 18 de junio (JUR 2013\250996)) y diabetes (STSJ Cataluña 629/2008 de 23 de enero (JUR 2008\138737)).

Seguridad y Salud en el trabajo vigente, *in primis* y a nivel europeo, la Directiva 89/391/CEE, se basa en el principio de “prevención absoluta”, siendo su objetivo principal proteger a los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo para evitar la materialización de accidentes de trabajo y la aparición de enfermedades profesionales. Esto pone de manifiesto que dicha figura se limita al ámbito de la prevención de riesgos laborales, es decir, solo se obtendrá la calificación como trabajador especialmente sensible si de la evaluación de riesgos se extrae la conclusión de que el trabajador con una enfermedad crónica resulta particularmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. Ahora bien, la enfermedad del trabajador no siempre tiene por qué implicar dicha particular sensibilidad, sino que, en muchas ocasiones, dará lugar únicamente a una reducción del rendimiento. En estos supuestos no se le podrá considerar trabajador especialmente sensible y, por lo tanto, no podría acceder a las medidas de adaptación reservadas a esta categoría. Esto se explica porque el objetivo de las mismas es evitar la exposición a los riesgos laborales y no que el rendimiento de un trabajador que tiene una enfermedad crónica se reduzca.

En conclusión, aun en el caso de que se considere que los trabajadores con enfermedades crónicas pueden ser incluidos en el concepto de trabajadores especialmente sensibles, esta vía no parece ser la más adecuada para ofrecerles una tutela adecuada en todos los casos. Por este motivo, la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo no resulta suficiente para promover la inclusión laboral de los trabajadores con enfermedades crónicas porque solo se aplica si la enfermedad implica una particular sensibilidad a los riesgos laborales. La normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo no basta para hacer frente al fenómeno de la mayor incidencia de las enfermedades crónicas, puesto que pues se trata de un fenómeno que va más allá y también impacta en otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

Si bien aun en el caso de que no se obtenga el reconocimiento de trabajador especialmente sensible resultaría igualmente aplicable el principio general de adaptación del trabajo a la persona, en este caso el empresario no tendría por qué adoptar medidas específicas, por lo que se aprecian importantes diferencias de tutela en función de si el trabajador es considerado especialmente sensible o no.

Otro aspecto a tener en cuenta en relación a las enfermedades crónicas desde la perspectiva de la Seguridad y Salud en el trabajo es la prevención de la aparición de las mismas. Lo analizado hasta ahora, es decir, la figura de los trabajadores especialmente

sensibles, opera una vez que la enfermedad ya se ha manifestado y la misma origina una sobreexposición a los riesgos derivados del trabajo. Sin embargo, también hay que tener en cuenta otra perspectiva, es decir, en el caso de las enfermedades profesionales, es necesario actuar de manera preventiva. Tradicionalmente, la normativa de prevención de riesgos laborales se ha centrado en los riesgos físicos, sin embargo, con los cambios producidos en las formas de trabajar derivados del paso de un modelo industrializado y *fordista* a otro *post-fordista* que se basa en mayor medida en la economía del conocimiento y en las formas de trabajo flexible esto debería cambiar. A pesar de no haberse eliminado totalmente, los riesgos físicos se han ciertamente reducido, mientras que han cobrado mayor importancia los denominados riesgos psicosociales que impactan negativamente en la salud mental de los trabajadores. Este hecho ha puesto de manifiesto la relevancia de la salud del trabajador, así como la necesidad de abordar las cuestiones relacionadas con las enfermedades de larga duración.

Si bien en determinadas ocasiones, como ya se ha dicho, las formas de trabajo flexible derivadas del uso de las nuevas tecnologías pueden tratarse de medidas de ajuste razonable adecuadas para que los trabajadores con algún tipo de limitación puedan seguir trabajando, en otras ocasiones, pueden convertirse en un arma de doble filo. Existe un importante riesgo de que las propias formas de trabajo flexible den lugar a enfermedades profesionales como, por ejemplo, el estrés laboral. Por este motivo, es necesario analizar muy bien el caso concreto antes de poner en práctica este tipo de medidas.

Un elemento clave para prevenir la aparición de enfermedades que pueden provocar una especial sensibilidad a los riesgos laborales es la promoción de la salud de los trabajadores. A pesar de ello, hasta ahora la promoción de la salud del trabajador había sido relegada a un segundo plano en la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo. Sin embargo, recientemente se han venido desarrollando medidas para promover la salud y el bienestar en el trabajo³³ que van más allá de la mera prevención de las consecuencias negativas que el mismo puede tener para la salud del trabajador. A pesar de ello, faltan en la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo medidas concretas y

³³ Por ejemplo, la European Network for Workplace Health Promotion. Se trata de una red de institutos de Seguridad y Salud en el Trabajo y de instituciones de Salud Pública que tienen como objetivo promover buenas prácticas en relación con la salud en el lugar de trabajo, con la finalidad de contribuir al crecimiento económico y social sostenible (véase su página web <<http://www.enwhp.org/the-enwhp.html>>).

eficaces destinadas a permitir que las personas con diferentes tipos de enfermedades que impactan de manera negativa en su capacidad laboral puedan continuar trabajando. Por este motivo, se hace necesario un cambio en la manera en la que entendemos hoy en día la normativa relativa a la seguridad y salud en el trabajo ya que, por los motivos explicados anteriormente, la misma no puede continuar centrándose solamente en el principio de “prevención absoluta”. Al contrario, debería ir más allá y ocuparse también de los aspectos relacionados con la promoción de la salud y el bienestar del trabajador. La coordinación de estos dos aspectos, seguridad y salud en el trabajo y promoción de la salud y el bienestar resulta indispensable para una mejor gestión de la salud de los trabajadores. Siendo la salud y el bienestar en el trabajo un factor clave a la hora de reducir los costes empresariales y aumentar los niveles de productividad, la atención no debería centrarse, únicamente, en la prevención de los accidentes y enfermedades profesionales, sino que tendría que extenderse también a estos otros aspectos. Además, la inversión en la salud de los trabajadores se convierte en un imperativo en términos económicos para poder garantizar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. En este sentido, la normativa relativa a la seguridad y salud en el trabajo debería dejar de centrarse únicamente en la prevención, para ocuparse también de los procesos de regreso al trabajo después del padecimiento de una enfermedad para permitir a estos trabajadores continuar trabajando a pesar de su capacidad laboral limitada.

4. Medidas de adaptación para favorecer el regreso al trabajo de los enfermos crónicos. Experiencias virtuosas y buenas prácticas

Como ya se vio en el apartado relativo al concepto legal de enfermedad crónica, si bien no es la regla general, a nivel europeo existe algún caso aislado en el que se han introducido en la normativa medidas particulares para promover la conservación y el regreso al trabajo de los enfermos crónicos.

Una de las experiencias más relevantes en este sentido la encontramos en Italia. El art. 46 del Decreto Legislativo n. 276/2003 de actuación de la Ley de 14 de febrero de 2003, conocida como “Ley Biagi” introdujo el derecho para los trabajadores con enfermedades oncológicas a solicitar la transformación del contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial de carácter vertical u horizontal. Este derecho podía ser

ejercitado por los trabajadores que padeciesen patologías oncológicas que implicasen una reducción de su capacidad laboral, que puede derivar de los efectos de las terapias médicas, y que haya sido acreditada por una Comisión médica constituida en la unidad sanitaria local territorialmente competente. El contrato de trabajo a tiempo parcial tendría que ser transformado nuevamente en contrato a jornada completa cuando así lo requiriese el trabajador. A pesar de que esta medida fue considerada positiva para tutelar la profesionalidad de los trabajadores con enfermedades oncológicas que podían continuar desarrollando la prestación laboral a tiempo parcial, lo que serviría para facilitar la conciliación con las necesidades derivadas del tratamiento, dicha previsión planteó principalmente dos problemas. Este derecho se reconocía solamente a los trabajadores con enfermedades oncológicas por lo que se creaban diferencias entre en función de la tipología de enfermedad que se padeciese. El legislador italiano se hizo eco de esta problemática e intentó resolverla con el *Jobs Act*. Así, el art. 8.3 del Decreto Legislativo de 15 de junio de 2015, n. 81 ha extendido el derecho a solicitar el trabajo a tiempo parcial a los trabajadores con “gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti” (enfermedades crónico-degenerativas que se agravan). Sin embargo, como ya se anticipó, la expresión elegida por el legislador sigue planteando múltiples dudas en razón de su carácter indeterminado, por lo que no queda claro quiénes serán los trabajadores que puedan acceder a este derecho. Además, el hecho de que la norma haga referencia a las patologías con efectos que se agravan a lo largo del tiempo parecería dejar fuera de su ámbito de aplicación a aquellas que afectan de igual manera a la capacidad laboral pero que permanecen estables a lo largo del tiempo.

Otro de los principales problemas que plantea esta medida, y que puede ser uno de los motivos que expliquen el escaso uso que se ha hecho de la misma³⁴, está en que a que la reducción del horario laboral a consecuencia de la transformación del contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial, lleva aparejada la correspondiente reducción del salario. En Italia, al contrario de lo que ocurre en otros países, no se ha previsto que esta reducción en el salario que percibe el trabajador que hace uso de este derecho previsto por la norma, sea suplida a través de la concesión del derecho a recibir una prestación de Seguridad Social. Tal y como será explicado con más detalle en el capítulo relativo a la Seguridad Social, la intervención estatal asumiría un papel central

³⁴ CENSIS, FAVO, *Quarto Rapporto sulla condizione assistenziale dei malati oncologici*, 2012. Según este estudio, solo el 8,6% de los trabajadores había hecho uso de este derecho.

en este caso. Otra de las opciones podría consistir en la previsión de medidas de complemento al salario que se deja de percibir por parte de la negociación colectiva.

Resulta interesante destacar que en estos casos el legislador italiano otorga protección específica a los trabajadores que padecen enfermedades crónicas sin utilizar la vía de la equiparación a la discapacidad. Esta opción resulta la más adecuada ya que, tal y como ya se ha explicado previamente en esta tesis de Doctorado, las enfermedades crónicas son un fenómeno independiente y diferente de la discapacidad.

Además, del caso de Reino Unido en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria ya analizado por extenso, también existe otra norma en España que hace referencia de manera expresa al cáncer. Es el caso del art. 52 ET que señala que las ausencias al trabajo derivadas del padecimiento de cáncer o de cualquier otra enfermedad grave no se tendrán en cuenta a la hora de computar las ausencias que justifican el despido objetivo. Tal y como puede verse, no se trata de una medida encaminada a promover la empleabilidad de los trabajadores con cáncer sino únicamente a otorgarles una tutela específica frente al despido. Por lo tanto, esta norma no puede ser paragonada a la existente en Italia.

A parte de las escasas previsiones a nivel legislativo, en la mayoría de las ocasiones, la implantación de medidas específicas dirigidas a los enfermos crónicos depende de la voluntad del empresario que, en función de su grado de concienciación acerca de la relevancia del tema, decidirá si ponerlas en práctica o no. En este sentido, este tipo de medidas quedan relegadas al ámbito de las buenas prácticas que se utilizan únicamente en algunas empresas, normalmente en aquellas de mayor tamaño que tienen una sensibilidad mayor respecto a la temática y que cuentan con programas para favorecer el bienestar en el trabajo y la salud de los trabajadores. Por lo tanto, el trabajador de una pequeña o mediana empresa, que son las que predominan en el tejido empresarial, al menos en Italia y España, se encontraría privado de tutela.

La relevancia de la permanencia en el mercado laboral de los trabajadores con enfermedades crónicas para la sostenibilidad futura de los sistemas de Seguridad Social implica que este tema no pueda dejarse a la mera voluntad de los empresarios. En este sentido, la intervención del legislador resulta fundamental para evitar que la adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas deje de ser una excepción solamente al alcance de unos pocos, y pase a ser la regla general a la que

puedan acogerse todos los trabajadores con enfermedades de este tipo, con independencia del tamaño de la empresa para la que trabajen.

Así, a pesar de que en determinadas ocasiones, tal y como se ha analizado en los apartados precedentes, los enfermos crónicos podrán acogerse a las tutelas previstas en la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo o en la normativa antidiscriminatoria, ello no es siempre así. Aun en el caso de que así fuera, estos dos ámbitos del ordenamiento jurídico no bastan por sí solos para proteger a los trabajadores con enfermedades crónicas y favorecer su permanencia en el mercado laboral, por lo que debería optarse por una regulación integral y coordinada de las consecuencias que las enfermedades crónicas tienen en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, repensando y reinterpretando su ámbito de aplicación y sus objetivos.

Si bien la inclusión de la obligación de realizar ajustes razonables en la normativa antidiscriminatoria tiene efectos positivos en la propensión de los empresarios a adaptar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, entre otras cosas, para evitar las sanciones derivadas de la falta de adopción de estas medidas, por sí sola, no sirve para lograr una total inclusión de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo³⁵. Por este motivo, como ya se ha anticipado, sería necesario introducir una obligación de adaptación de las condiciones de trabajo que vaya más allá del ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Lo mismo ocurre con la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo. En este caso, una de las opciones para superar los límites de la misma podría consistir en reinterpretar sus funciones y objetivos y defender el acceso a las medidas de adaptación específicas previstas para los trabajadores especialmente sensibles aun en el caso de que las enfermedades crónicas no impliquen dicha especial sensibilidad, sino solamente una reducción del rendimiento. A esta conclusión se llega teniendo en cuenta las ventajas que la integración de la protección y la promoción de la salud puede producir, así como en razón de la imposibilidad de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo de continuar centrándose, únicamente, en la prevención de riesgos laborales.

³⁵ Cfr. R. V. Burkhauser, M. D. Schmeiser, R. R. Weathers, “The importance of anti-discrimination and worker’s compensation laws on the provision of workplace accommodations following the onset of a disability”, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 65, n. 1, 2012, quienes han realizado un estudio empírico sobre el impacto que tiene la inclusión de la obligación de realizar ajustes razonables en la normativa antidiscriminatoria en la puesta en práctica de los mismos en EE.UU.

Otra opción todavía más ambiciosa que permitiría superar los límites de la obligación de realizar ajustes razonables y de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo a la hora de tutelar a los trabajadores con enfermedades crónicas, podría consistir en la introducción de un derecho a la adaptación de las condiciones laborales general o genérico, es decir, para todos los trabajadores y, por lo tanto, también para aquellos con enfermedades crónicas. Esta medida debería formar parte de la regulación general del contrato de trabajo y no reservarse únicamente al ámbito de las tutelas específicas previstas para ciertos colectivos, como sucede en el caso de los ajustes razonables o de la normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo. Tal y como se indica en la *Literature Review*, esta posibilidad ya ha sido planteada por una reducida parte de la doctrina pero falta todavía un estudio profundizado acerca de su posible impacto y aplicabilidad.

El reconocimiento de un derecho a la adaptación de las condiciones laborales para todos los trabajadores evitaría todos los problemas interpretativos en torno al ámbito de aplicación de los ajustes razonables y de las medidas de adaptación previstas en la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo porque prescindiría de la inclusión en una categoría determinada. Se acabaría, por lo tanto, con los problemas que plantea la categorización de los trabajadores, en especial, en relación a los trabajadores con enfermedades crónicas, puesto que sus síntomas y, por lo tanto, su impacto en la capacidad laboral es variable. La universalización del derecho a la adaptación de las condiciones laborales evitaría también uno de los efectos secundarios no deseados que en determinadas ocasiones puede implicar la inclusión de los trabajadores en los denominados grupos vulnerables, esto es, su discriminación precisamente por pertenecer a estos grupos.

Este derecho general agruparía diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico, por lo que también evitaría las situaciones de sobreprotección o las lagunas de tutela que, en muchas ocasiones, provoca la regulación por compartimentos estanco. La adaptación de las condiciones laborales cumpliría la función de evitar situaciones de discriminación basadas en las características psicofísicas de los trabajadores pero también y, sobre todo, la introducción de este derecho persigue favorecer la conservación y el regreso al trabajo de todos los trabajadores que, en función de sus particulares condiciones, que pueden estar relacionadas con su salud o con otras circunstancias, no cumplen con el rendimiento estándar. Al mismo tiempo, a la hora de implantar dichas medidas de

adaptación, deberá tenerse en cuenta que las mismas no pueden implicar una mayor sobreexposición a los riesgos laborales. De ahí la importancia de una regulación conjunta y de una coordinación entre los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico.

Así, lo que se buscaría con la introducción de el derecho general de adaptación sería el equilibrio entre las posiciones que ocupan trabajador y empresario en el contrato de trabajo. Mientras que el empresario puede modificar las condiciones de trabajo ejerciendo su poder de dirección y control, el trabajador tendría un derecho equiparable a la adaptación de las condiciones de trabajo en caso de que ello sea necesario. La Seguridad Social, tal y como se verá con más en detalle en el Capítulo V, también juega un papel fundamental en este ámbito, pues su intervención será imprescindible a la hora de garantizar este equilibrio y evitar que la introducción de un derecho general a la adaptación de las condiciones laborales implique un coste excesivo para el empresario que vulnere su derecho a la libertad de empresa.

Además, este derecho general a la adaptación parece encajar perfectamente, e incluso parece la consecuencia lógica de las nuevas formas de llevar a cabo la prestación laboral que están surgiendo gracias a las nuevas tecnologías y que se vinculan al trabajo por resultados. De hecho, siguiendo esta lógica, en muchas ocasiones el coste de la puesta en práctica de este tipo de medidas para el empresario no sería tal, puesto que no estaríamos ante un verdadero cambio en la utilidad de la prestación, sino solamente ante una modificación en la forma en la que la lleva a cabo, para adaptarla a sus particulares necesidades.

Si bien la inclusión del derecho general a la adaptación de las condiciones laborales se configura como la solución ideal que habría que perseguir, es necesario ser conscientes de las consecuencias que la introducción de un derecho de este tipo implica. Por ello, un paso intermedio podría consistir en reservar este derecho a los trabajadores con enfermedades crónicas a pesar de que se corre el riesgo de incurrir en una excesiva categorización. La atención debería focalizarse en aquellas medidas que ya se prevén para la generalidad de los trabajadores como el *flexible working* en Reino Unido o el *lavoro agile* en Italia. Más allá de su posible consideración como ajustes razonables para los discapacitados, otra opción podría consistir en reconocer la obligatoriedad de su puesta en práctica para los trabajadores con enfermedades crónicas cuando las mismas sean necesarias a consecuencia de sus condiciones psico-físicas.

5. El papel de la negociación colectiva en la promoción del regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas

La negociación colectiva juega un papel fundamental a la hora de promover el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. A pesar de que tradicionalmente las partes sociales consideraban que la medida que ofrecía una tutela mayor a los trabajadores que sufren una limitación de su capacidad laboral era la salida prematura del mercado de trabajo, parece que, en los últimos años, la tendencia está cambiando en los últimos años.

En la actualidad, las partes sociales han empezado a concienciarse de la importancia de esta temática y es posible encontrar algunos convenios colectivos que prevén medidas que tienden a promover la permanencia de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo, a través de la introducción de medidas de adaptación de las condiciones laborales que no se limitan a los discapacitados o a los trabajadores especialmente sensibles. Sin embargo, continúan siendo muchos los que se limitan a concretar y precisar las medidas a las que tienen derecho los colectivos ya protegidos por la normativa, es decir, los discapacitados, los que han obtenido una pensión de incapacidad permanente o los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Tal y como se verá, los convenios colectivos que se refieren de manera expresa a los trabajadores con enfermedades crónicas o con una limitación de la capacidad laboral siguen siendo una minoría, por lo que falta todavía una intervención de sistema en este punto. A pesar de ello, el análisis de las medidas previstas en los mismos resulta particularmente interesante a efectos de esta tesis de Doctorado.

La negociación colectiva podría venir a colmar el vacío legal que se crea en los que casos en los que el trabajador con una enfermedad crónica se ve privado de protección porque no cumple con los requisitos para formar parte de las categorías a las que se reservan las tutelas. Además, los convenios colectivos constituyen un instrumento muy adecuado para responder a las necesidades del caso concreto, analizando cuáles son las medidas de adaptación más adecuadas y practicables, que pueden variar en función de la enfermedad que se padezca y de la realidad empresarial o sector en el que tienen que aplicarse. En caso contrario, el establecimiento de una serie de medidas de adaptación

demasiado concretas por parte de la legislación corre el riesgo de no resultar traducible en la práctica. Algunas medidas de adaptación que pueden ponerse en práctica en un sector, por ejemplo la flexibilidad horaria y la posibilidad de trabajar desde casa, pueden no resultar aplicables en otro. En estos casos, el hecho de que sean obligatorias no implicaría necesariamente un mayor nivel de tutela para estos trabajadores pues, en las empresas en las que su articulación no resultase posible, la única vía posible sería el despido. De esta manera, una medida que, en principio, parecería ofrecer un alto nivel de protección para los trabajadores con enfermedades crónicas, acabaría condenándolos a una salida prematura del mercado de trabajo. Es por ello que se defiende que la regulación a través de la contratación colectiva, dejando un cierto margen de maniobra a los empresarios para que exploren vías alternativas de adaptación al caso concreto, resultaría la más adecuada. De esta manera, la inclusión de las medidas de adaptación en los convenios colectivos contribuiría a crear una mayor seguridad jurídica y evitar que las mismas quedasen limitadas al contrato de trabajo individual y al ámbito de las buenas prácticas.

Sin embargo, a pesar de que la intervención de la negociación colectiva en este ámbito resulta muy importante, esto no quiere decir que baste por sí sola para garantizar la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Para evitar que suceda lo mismo que en el caso de las buenas prácticas, lo recomendable sería la introducción de unas tutelas mínimas a nivel legislativo que, posteriormente deberían de ser concretadas y completadas en sede de negociación colectiva para adaptarlas las diferencias existentes entre sector y a las necesidades del caso concreto.

En este sentido, la intervención de la negociación colectiva puede centrarse en dos ámbitos fundamentales: ampliación del ámbito subjetivo de los ajustes razonables y de las medidas de Seguridad y Salud en el trabajo y establecimiento de las medidas concretas de adaptación que el empresario tiene que poner en práctica para los trabajadores con enfermedades crónicas.

En España, algunos convenios colectivos amplían el número de trabajadores que pueden acceder a las medidas de adaptación más allá de las categorías previstas legalmente y se refieren, en general, a los trabajadores con capacidad laboral disminuida. Ejemplo de ello lo es el Convenio Colectivo de Siemens (BOE de 15 de agosto de 2014) que reconoce a estos trabajadores la opción de realizar una actividad distinta. Por su parte, el Convenio colectivo de Philips (BOE de 3 de julio de 2015) y el

Convenio Colectivo de Maxam y otras empresas del grupo (BOE de 9 de enero de 2012) reconocen derechos de reubicación a los trabajadores con capacidad disminuida. Tal y como ya se ha dicho cuando se han analizado los ajustes razonables, el derecho a la reubicación resulta particularmente complejo. Por este motivo, la mayoría de los convenios colectivos que lo recogen lo consideran un derecho relativo, es decir, lo condicionan a la posibilidad de ponerlo en práctica en la empresa o a la existencia de una vacante adecuada (Convenio Colectivo de Fleet Care Services, SI, BOE 19 de octubre de 2012). Sin embargo, otros convenios colectivos son más exigentes y señalan que el empresario tendrá que hacer los esfuerzos necesarios para recolocar al trabajador que por cualquier causa pudiera sufrir en el futuro una discapacidad física o psíquica sobrevenida, en un nuevo puesto de trabajo acorde con su situación (Convenio colectivo de Expertus Multiservicios, SA (BOE 3 de julio de 2012). Son pocos, sin embargo, los convenios que consideran el derecho a la reubicación como un derecho absoluto. Uno de ellos es el Convenio Colectivo de Siemens (BOE de 15 de agosto de 2014) que señala en su art. 32 que: “Los trabajadores afectados por capacidad disminuida sobrevenida tendrán opción a realizar otra actividad distinta a la de su categoría profesional y adecuada a su aptitud”. Por lo tanto, de la dicción literal del artículo no cabe deducir que se esté introduciendo ningún tipo de condición.

Otras de las disposiciones más habituales previstas en los convenios colectivos son aquellas relacionadas con el horario de trabajo. Así, el Convenio Colectivo de Repsol (BOE de 11 de junio de 2015) prevé medidas específicas para aquellos trabajadores sometidos a tratamiento oncológico y para los que padezcan una enfermedad crónica que no determine la declaración de incapacidad. En el caso de los trabajadores que acrediten estar en tratamiento oncológico, podrán solicitar una reducción de jornada de trabajo diaria durante los periodos en los que el mismo permita su reincorporación al trabajo, con la disminución proporcional del salario, entre al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Asimismo, para facilitar su progresiva reincorporación al trabajo a tiempo completo una vez finalizado el tratamiento, podrán solicitar una nueva reducción de iguales características durante un periodo adicional máximo de 6 meses. Esta misma medida se reconoce para aquellos trabajadores que tengan algún tipo de enfermedad crónica que no sea susceptible de dar lugar a la declaración de incapacidad temporal, siempre y cuando las necesidades del servicio lo permitan y se cuente con el informe favorable del servicio médico de empresa. Las

medidas previstas en el Convenio colectivo de Repsol resultan particularmente relevantes y en línea con la posición mantenida en esta tesis de Doctorado, puesto que persiguen un doble objetivo: consentir al trabajador continuar trabajando durante el tratamiento, en la medida en que ello sea posible, y, por otra parte, favorecer la reincorporación progresiva al trabajo.

El Acuerdo Marco entre la Federación Valencia de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales CC.OO, UGT y CSIF para el personal al servicio de las administraciones locales de la Comunidad Valenciana (Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2014) prevé la posibilidad de reducir la jornada hasta la mitad en caso de que por enfermedad larga o crónica no resulte posible realizar la jornada laboral completa. Particularmente significativo es el Convenio Colectivo de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2014) que, al contrario de lo que ocurre en la mayoría de los casos, establece que la reducción de la jornada laboral de hasta el 50% no llevará acarreada una reducción de salario. Sin embargo, para poder realizar dicha solicitud el trabajador tiene que padecer una enfermedad crónica degenerativa que limite su capacidad de trabajo en un grado tal que lo haga susceptible de solicitar una incapacidad permanente en el transcurso de los 12 meses siguientes a la concesión de la reducción de su jornada laboral.

También en Italia, además de incluir medidas dirigidas a prever la aparición de enfermedades crónicas, el Convenio Colectivo de IKEA de 21 de enero de 2016 hace referencia de manera expresa a aquellos trabajadores que ya las padecen, sosteniendo que afrontará el tema desde una perspectiva garantista. Así, se les ofrecerán instrumentos para garantizar la conciliación de la vida laboral con el tratamiento se establecerán colaboraciones con las asociaciones de pacientes para ofrecerles apoyo legal y psicológico, tanto a ellos como a sus familias. Este convenio colectivo hace referencia al moderno concepto de la *work-health-life-balance* presentado en la *Literature Review*. El mismo consiste en una ampliación del tradicional concepto de conciliación de la vida personal y laboral. En este caso, la puesta en práctica de medidas de conciliación no depende solamente de la existencia de cargas familiares a las que el trabajador tiene que hacer frente, normalmente el cuidado de los hijos o de personas mayores. El concepto de *work-health-life-balance* atiende a las propias características personales del trabajador y, por lo tanto, se permite que pueda seguir trabajando a pesar del padecimiento de una enfermedad con efectos a largo plazo que implica la necesidad

de ausentarse del trabajo para acudir a consultas médicas, seguir un tratamiento o en razón de los efectos negativos que el tratamiento le provoca. Este concepto está ligado a la idea de implantar medidas de adaptación con independencia de la pertenencia a un grupo determinado.

Existen otra serie de convenios colectivos que introducen un régimen especial en caso de incapacidad temporal causada por enfermedades crónicas. Así, una de las medidas más comunes es la exclusión del cómputo de las bajas laborales derivadas del padecimiento de una enfermedad crónica. Esta medida está prevista en el Convenio Colectivo de Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU (BOE de 24 de febrero de 2014).

Otra posibilidad que ha contado con un gran desarrollo tanto en España como en Italia es la introducción de permisos especiales para acudir a las consultas médicas en caso de enfermedades crónicas. Así, el Convenio Colectivo de Asepeyo (BOE de 19 de agosto de 2013) establece que la disponibilidad de la bolsa horaria para que los trabajadores acudan a visitas médicas se ampliará en función de las características y las necesidades de la persona que haya sido diagnosticada con una enfermedad crónica. La misma previsión se recoge en el Convenio Colectivo de “Depuración de Aguas Residuales y Cauces Fluviales” (BO Comunidad de Madrid de 31 de agosto de 2011) que establece que los trabajadores con algún tipo de enfermedad crónica dispondrán del tiempo necesario para acudir a consultas médicas. Esta medida la encontramos en convenios colectivos de Italia tales como Comifar, Aon, Banca Popolare di Vicenza, Gtech, Mondelez, Basf, Findomestic.

En Italia, los convenios colectivos han realizado una importante labor para proteger a los trabajadores con enfermedades crónicas ante la posibilidad de que fuesen despedidos una vez superado el *periodo de comporto* (el período máximo en situación de incapacidad temporal). De hecho, en Italia, el art. 2110 del *Codice Civile* les otorga la competencia para fijar el límite máximo durante el cual un trabajador puede estar en situación de incapacidad temporal con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Una vez superado este plazo, el empresario está legitimado a despedirlo por razones objetivas sin tener que alegar ningún otro motivo. Pues bien, a la hora de establecer el periodo de comporto, los convenios colectivos han establecido excepciones a la regla general de las que pueden beneficiarse los trabajadores con enfermedades crónicas. Estas medidas son principalmente de tres tipos: 1) exclusión del cómputo en el *periodo*

de comporto de las ausencias debidas a determinadas enfermedades concretas como enfermedades oncológicas, la esclerosis múltiple y la distrofia muscular, entre otras (CCNL *Elettrici* – Convenio Colectivo Nacional para los trabajadores del sector eléctrico de 18 de febrero de 2013); 2) suspensión del *periodo de comporto* en caso de enfermedades oncológicas o crónico-degenerativas de difícil tratamiento o curación durante los días de ausencias continuadas al trabajo causadas por las mismas para seguir el tratamiento. Estas ausencias no tienen por qué ser continuativas, la suspensión alcanza un máximo de 120 días desde que empiezan las ausencias y en un arco temporal de 36 meses (CCNL *per i dipendenti dell'industria del vetro*); 3) extensión del *periodo de comporto* en un 50% en caso de enfermedades de carácter oncológico y de VIH (CCNL *Bancari* – Convenio colectivo Nacional para los trabajadores del sector bancario de 31 de marzo de 2015)³⁶.

Otra medida relacionada con el periodo de comporto que cabe destacar es la contenida en el CCNL *Ceramica* -Convenio Colectivo Nacional de la Cerámica de 28 de marzo de 2007 que prevé la posibilidad de participar en cursos de recualificación una vez que se ha superado el *periodo de comporto*. En este sentido, la formación también podría ser considerada una medida de adaptación y así se prevé en el Convenio Colectivo de Fujitsu Technology Solutions (BOE de 20 de agosto de 2015) que contempla la formación del trabajador incapacitado como medida de adaptación con el fin de que pueda ocupar otro puesto en el centro de trabajo.

En Italia los convenios colectivos también han prestado mucha atención a la transformación del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial. Esto se explica porque han complementado y extendido dicha medida prevista a nivel legislativo, reconociendo una preferencia a las solicitudes procedentes de trabajadores con problemas de salud. Esta medida se recoge, por ejemplo, en el CCNL *Vigilanza* – Convenio Colectivo Nacional de la Vigilancia Privada de 15 de octubre de 2015 , CCNL *Poste* - Convenio Colectivo Nacional de los trabajadores del Servicio Postal de 15 de diciembre de 2015, CCNL *Metalmeccanici* - Convenio Colectivo Nacional de la Industria Metal-mecánica de 15 de octubre de 2009.

³⁶ Los convenios colectivos italianos han sido extraídos del *Rapporto ADAPT 2015. La contrattazione collettiva in Italia*.

CAPÍTULO IV

Extinción del contrato de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas

Los despidos de personas que padecen algún tipo de enfermedad crónica han aumentado en gran medida en los últimos años a la vez que han despertado un importante interés a nivel mediático. Así, en Italia, en el caso del cáncer, las estimaciones apuntan que 274.000 trabajadores habrían sido despedidos en los últimos años a causa de esta enfermedad³⁷. Más allá de las consideraciones de justicia social que suscita este tema en razón de las distintas sensibilidades que puede despertar, lo que interesa en esta tesis de Doctorado es analizar, desde el punto de vista jurídico, la legitimidad de los despidos producidos por las consecuencias derivadas del padecimiento de una enfermedad crónica. En este sentido, la enfermedad del trabajador interesa desde diferentes puntos de vista a efectos de despido, pues está relacionada con diferentes causas legítimas de despido. Del análisis realizado en la *Literature Review*, se desprende que el despido objetivo por esta razón puede llegar a ser considerado legítimo en los tres países analizados ya que, en la mayoría de las ocasiones, las consecuencias que derivan del padecimiento de una enfermedad (afectación de la capacidad laboral, ausencias reiteradas al trabajo y reducción del rendimiento) son reconducibles a las causas que justifican un despido objetivo.

De lo anteriormente expuesto puede deducirse que el despido es, junto con el acceso anticipado a pensiones de jubilación o de incapacidad permanente, una de las principales vías a través de las que los enfermos crónicos abandonan el mercado de trabajo de manera prematura. Ante esta situación, la cuestión que se plantea es como podría evitarse la exclusión del mercado de trabajo de los enfermos crónicos, considerando que las actuales causas de despido existentes en los diferentes países analizados permiten el despido por las consecuencias derivadas del padecimiento de dichas enfermedades. Este asunto es particularmente relevante porque, tal y como se expone en la *Literature Review*, los estudios en la materia muestran que el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas es más complicado una vez que han perdido su trabajo anterior, de ahí que sea conveniente promover formas para evitar que su despido se produzca.

³⁷ CENSIS, FAVO, *Quarto Rapporto sulla condizione assistenziale dei malati oncologici*, 2012.

A este respecto, cabe hacer una reflexión a la luz de los casos de Holanda y Dinamarca presentados en la *Literature Review*, ya que existen importantes diferencias entre ellos. En Holanda, el despido de los trabajadores enfermos resulta mucho más complicado en razón de los requisitos que se exigen para considerarlo válido, lo que incentiva a los empresarios a poner en práctica medidas que permitan su regreso al trabajo. Sin embargo, en Dinamarca la regulación del despido es más flexible, pero esta situación se ve compensada por medidas de Seguridad Social muy importantes que facilitan que los trabajadores con enfermedades crónicas encuentren un nuevo empleo después de haber sido despedidos. Tal y como puede apreciarse, en Holanda se promueve la conservación del empleo anterior a través de la implantación de medidas de adaptación, mientras que lo que se hace en Dinamarca es intentar que el enfermo crónico encuentre un nuevo trabajo. En ambos casos, lo que se pretende es que el trabajador no abandone prematuramente el mercado de trabajo, por lo que ambas medidas deben ser valoradas de manera positiva. Sin embargo, lo ideal sería una combinación de las dos porque no parece razonable que tenga que ser solo el empresario, o solo el Estado, quien asuma los costes derivados de una mayor incidencia de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa. Así, en razón de los estudios anteriormente mencionados, sería más eficaz que las medidas de Seguridad Social se orientasen a una promoción de la conservación del puesto de trabajo por parte de los enfermos crónicos y, solo en un segundo momento, en caso de que ello no sea posible, se promoviese la búsqueda de una nueva ocupación.

Toda reforma puesta en práctica en cualquiera de los ámbitos analizados hasta el momento, esto es, normativa antidiscriminatoria, normativa de Seguridad y Salud en el trabajo o en materia de derechos laborales, ya sean generales o específicos, no podrá lograr por sí sola el objetivo de fomentar los niveles de ocupación de los trabajadores con enfermedades crónicas, si no se reforma la disciplina del despido. Mientras siga siendo posible justificar el despido de un trabajador por ineptitud sobrevenida, por ausencias al trabajo o por reducción del rendimiento a consecuencia del padecimiento de una enfermedad, no podrá lograrse totalmente la retención y el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Por este motivo, una de las principales acciones que habría que poner en práctica para evitar la salida prematura del mercado del trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas, sería promover una forma

alternativa de entender la disciplina del despido para que la misma no perjudique de manera particular a los trabajadores con enfermedades crónicas.

De nada serviría una protección amplia en materia antidiscriminatoria como la existente en Reino Unido, a la que pueden tener acceso ciertos enfermos crónicos, si después existen causas legítimas de despido que se corresponden precisamente con los efectos derivados de las enfermedades protegidas por la misma.

El principal problema que se plantea en esta materia es la búsqueda del equilibrio entre el interés del empresario en obtener el máximo rendimiento posible y el del trabajador en conservar su puesto de trabajo. Será necesario decidir hasta qué punto llega la responsabilidad del empresario a la hora de poner en práctica las medidas necesarias para que el trabajador pueda continuar desempeñando la prestación a pesar de las limitaciones que le causa la enfermedad y cuando, en cambio, el despido por estos motivos tiene que ser considerado legítimo porque no sería razonable exigirle al empresario un sacrificio de tal envergadura. Para encontrar dicho equilibrio hay que atender al caso concreto y tener en cuenta tanto las características de la empresa como las del trabajador, para poder determinar cuando un despido derivado de las consecuencias derivadas del padecimiento de una enfermedad crónica es legítimo y cuando no.

1. Despido y reducción de la capacidad laboral

Una de las principales consecuencias de las enfermedades crónicas es la reducción de la capacidad laboral, circunstancia que puede dar lugar a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por reducción del rendimiento. Del análisis comparado realizado, se puede concluir que la figura del despido por ineptitud sobrevenida como tal existe solamente en España e Italia mientras que en Reino Unido se habla de despido relacionado con la capacidad del trabajo, de ahí el título más amplio que se ha dado a este apartado. Una de las principales diferencias que existen entre España e Italia es que mientras que en España la ineptitud sobrevenida es una causa de despido recogida en el ET, en Italia su configuración como causa de despido objetivo se realizó por vía jurisprudencial.

El debate en torno al despido de los trabajadores con enfermedades crónicas tiene que ir más allá de las consecuencias en caso de que sean despedidos de manera

ilegítima. No bastaría con introducir en la legislación consecuencias más gravosas, en particular la reintegración en el anterior puesto de trabajo, en caso de que se despidiera al trabajador sin causa. Así, una vez que se ha afirmado que las consecuencias derivadas de una enfermedad crónica pueden constituir causas legítimas de despido, lo que habría que hacer sería actuar de manera preventiva e intervenir sobre las mismas, es decir, reinterpretarlas o reformarlas para evitar esto. El debate debería pasar de las medidas a adoptar en caso de que un trabajador sea despedido por padecer una enfermedad crónica, a una óptica preventiva, es decir, a cómo evitar que las consecuencias de la misma lleguen a materializarse en causas de despido.

La ineptitud sobrevenida es una causa tradicional de despido objetivo que tiene su origen en la persona del trabajador y que no se limita únicamente al supuesto de pérdida de la capacidad laboral a consecuencia de los efectos derivados de una enfermedad de larga duración. En razón de la propia definición que se utiliza de ineptitud sobrevenida, el despido por este motivo representa una vía privilegiada para despedir de manera legítima al trabajador con una enfermedad crónica. Por este motivo, sería necesario reinterpretarla para evitar que penalice, en particular modo, a los trabajadores con enfermedades crónicas.

Si bien generalmente la ineptitud sobrevenida se ha definido como la inhabilidad del trabajador para desarrollar la prestación objeto del contrato de trabajo, dicha afirmación debería ser actualizada para adecuarse a los nuevos fenómenos que se están desarrollando en la actualidad, tales como la mayor incidencia de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa. Por ello, tal y como se expone en la *Literature Review*, resulta necesario reinterpretar los conceptos de prestación laboral, exacto cumplimiento con el objeto del contrato de trabajo y presencia en el trabajo.

En relación a la prestación laboral y al cumplimiento con el objeto del contrato de trabajo, generalmente la enfermedad implica la pérdida en el trabajador de las condiciones necesarias para continuar desarrollando la prestación laboral exactamente en las mismas condiciones en las que lo venía haciendo, es decir, conforme a los estándares generales fijados en la empresa. Sin embargo, esto no quiere decir que al trabajador le resulte imposible cumplir con el objeto del contrato y que, por lo tanto, la única opción sea despedirlo de manera legítima por ineptitud sobrevenida. En esta óptica, el trabajo a resultado podría constituir una solución para evitar el despido de los trabajadores con enfermedades crónicas por ineptitud sobrevenida. Así, tal vez el

trabajador podría seguir llevando a cabo la prestación laboral, y alcanzar así el resultado objeto del contrato de trabajo, a través de vías alternativas que no están ligadas a modalidades de prestación laboral estándar, en particular, el cumplimiento de un horario de laboral fijo y preestablecido. En estos casos, sería necesario analizar si el interés del empresario se satisface igualmente puesto que lo importante es que el objeto del contrato de trabajo se cumpla igualmente para evitar que se rompa el contenido sinalagmático del mismo. El empresario no puede limitarse a considerar que la prestación laboral solo se cumple siguiendo los procedimientos estándar, sino que tiene que estar abierto a la posibilidad de valorar si la misma puede llegar a satisfacerse igualmente siguiendo otras modalidades. Asimismo, en estos casos recae sobre el empresario una particular obligación de colaboración para que el trabajador pueda continuar desempeñando la prestación laboral que va más allá de la que existe para el resto de los trabajadores de la empresa, siempre y cuando ello no se le suponga un particular perjuicio.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el trabajo a resultado no será posible en todos los tipos de trabajo, piénsese, por ejemplo, en aquellos que están sujetos necesariamente a un horario laboral preestablecido, en particular, los de atención al público. En estos casos será mucho más difícil implantar modalidades de organización del trabajo a resultado porque este tipo de trabajos están necesariamente vinculados a la presencia física en el lugar de trabajo en una serie de horarios en los que tal vez a los enfermos crónicos les resulte imposible asistir. De todas maneras, este límite no nos puede impedir ver la organización del trabajo a resultado como una modalidad del trabajo del futuro que, al menos, en algunas ocasiones, sí puede favorecer la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo.

La valoración de la capacidad del trabajador es un terreno particularmente complejo que requiere de competencias específicas y técnicas, por lo que en muchas ocasiones, el empresario puede tener importantes dificultades a la hora de determinar si la capacidad residual del trabajador con una enfermedad crónica es compatible con alguno de los puestos de trabajo disponibles en la empresa. En estos casos, es necesario puntualizar que la reducción de la capacidad del trabajador no siempre tiene que traducirse en ineptitud sobrevenida para cumplir con el objeto del contrato de trabajo si se adoptan las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo adecuadas o se le reubica en un puesto de trabajo diferente. A estos efectos, el análisis del caso concreto resulta esencial

y, en razón de la complejidad de la cuestión, ni la jurisprudencia ni las normas en materia de despido por ineptitud sobrevenida contienen una lista de criterios que haya que tener en cuenta a la hora de valorar la capacidad laboral, pues la misma variará en función del tipo de empresa. En este sentido, el médico del trabajo juega un papel fundamental, puesto que es quien cuenta con las competencias específicas para aportar información al empresario sobre el estado de salud del trabajador y sobre su capacidad laboral. La intervención del médico del trabajo es clave para favorecer un mejor diálogo y coordinación entre los diferentes profesionales que participan en el proceso de regreso al trabajo de un trabajador con una enfermedad crónica. En este sentido, la elaboración de un modelo de intervención temprana en caso de trabajadores con enfermedades crónicas sería muy útil para evitar su despido y para esclarecer cuáles son las competencias y el papel que juega cada uno de estos profesionales. A pesar de que servicio de asesoramiento ofrecido por el médico del trabajo es clave, en última instancia, la decisión de despedir o no al trabajador va corresponde siempre al empresario.

En España, la figura de la ineptitud sobrevenida se caracteriza por carecer de definición legal expresa en la normativa, por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de definirla. Si bien, como ya se ha dicho, a pesar de que será muy importante atender al caso concreto para determinar cuando existe y cuando no, también resulta oportuno establecer unas indicaciones generales que sirvan como guía a la hora de elaborar una definición de ineptitud sobrevenida. Así, en general, tal y como se expone en la *Literature Review*, se exigen los siguientes requisitos: tiene que ser permanente y no meramente circunstancial; verdadera y no disimulada; general, es decir, afectar a la totalidad de las tareas atribuidas al trabajador o, por lo menos, a las principales y prevalentes, es decir, aquellas que constituyen la parte esencial de la actividad laboral; de suficiente entidad, implicando una aptitud inferior a la de la media normal de cada momento, lugar y profesión; independiente de la voluntad del trabajador, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto, lo que permite su diferenciación del despido disciplinario; referida al trabajador y no a los medios materiales o al medio de trabajo.

Si se analizan en profundidad los elementos constitutivos de la ineptitud sobrevenida identificados por la doctrina se aprecia cómo las enfermedades crónicas no siempre darán lugar a los mismos. Así, en relación a la necesidad de que la ineptitud sea

permanente, tal y como ya se ha anticipado, los efectos de las enfermedades crónicas no tienen por qué materializarse de manera constante, sino que en muchas ocasiones son discontinuos en el tiempo y se alternan fases de mejoría con otros de empeoramiento. Por este motivo, la ineptitud podría existir solamente en aquellos momentos en los que la enfermedad está en su fase aguda, mientras que en aquellas de mejoría o de ausencia de síntomas no se estaría ante una ineptitud constitutiva de despido objetivo. En cuanto a la necesidad de que la ineptitud afecte a la totalidad de las tareas atribuidas al trabajador o, al menos a las principales y prevalentes, como ya se dijo, la enfermedad crónica no tiene por qué afectar a todas o ni siquiera a las principales o prevalentes, además de que el trabajador podría cumplir con las mismas a través de modalidades alternativas de llevar a cabo la prestación laboral.

También en Italia ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de establecer cuales son las características generales que tiene que presentar la ineptitud sobrevenida. Respecto a los requisitos exigidos por la jurisprudencia española, parece interesante destacar que se establece cual tiene que ser el momento en el que hay que valorar la imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo la prestación, el cual no puede coincidir con la fase aguda de la enfermedad. Este es un elemento importante a tener en cuenta en caso de enfermedades crónicas, puesto que para que las mismas sean constitutivas de ineptitud sobrevenida tendrían que provocar una limitación importante de la capacidad laboral, incluso durante los momentos en los que sus efectos remiten. Este requisito supone un límite importante a la hora de valorar la legitimidad del despido por ineptitud sobrevenida en estos casos porque las enfermedades crónicas se caracterizan precisamente por sus efectos variables que, por lo tanto, en determinados momentos no afectan a la capacidad laboral del trabajador.

En España, además del cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados, el empresario que pretenda despedir a un trabajador por ineptitud sobrevenida también tendrá que probar la disminución del rendimiento. De hecho, tal y como se señala en la *Literature Review*, el despido por ineptitud sobrevenida está vinculado con la disminución del rendimiento, circunstancia que determinaría la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del contenido sinalagmático del mismo. Sin embargo, en Italia, existe otra causa de despido *ad hoc* vinculada a la reducción del rendimiento que se ha diferenciado del despido por ineptitud sobrevenida.

La disminución del rendimiento está relacionada con uno de los requisitos de la ineptitud sobrevenida, esto es, la aptitud inferior a la media normal. Sin embargo, será el propio concepto de “media normal” o estándar a la hora de medir la prestación laboral el que tendrá que ser reinterpretado. No puede continuar valorándose la prestación laboral de todos los trabajadores conforme a un modelo estándar sino que debería caminarse hacia un modelo que atienda al caso concreto y que mida todo el valor que el trabajador con una enfermedad crónica puede aportar a la empresa, a pesar de que no sea posible reconducirlo a modelos estandarizados. Además, en lo que a la reducción del rendimiento se refiere, será necesario que el empresario acredite una pérdida económica real, circunstancia que no resultará sencilla.

A la hora de llevar a cabo un despido por ineptitud sobrevenida hay que tener en cuenta que también resultan aplicables otras normas vigentes en los distintos ordenamientos jurídicos como la normativa antidiscriminatoria, la de Seguridad y Salud en el trabajo o, en el caso específico de Italia, el *obbligo di repechage*. Esto implica que no sea posible decretar de manera automática la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida tan pronto como se tenga conocimiento de la enfermedad que padece el trabajador, sino que la misma está condicionada al cumplimiento de otra serie de requisitos.

En relación a la normativa antidiscriminatoria, en el caso de trabajadores con discapacidad reconocida, antes de proceder al despido el empresario está obligado a poner en práctica los ajustes razonables que permitan al trabajador continuar desempeñando su prestación. La obligación de realizar ajustes razonables es un requisito exigido de manera expresa por la ley en los tres países analizados para que el despido por ineptitud sobrevenida de un trabajador con discapacidad pueda ser declarado legítimo. Por lo tanto, si el empresario no intenta poner en práctica los correspondientes ajustes razonables y se basa solamente en la discapacidad del trabajador para decretar el despido, sin entrar a valorar si la misma afecta efectivamente a su capacidad laboral o no, el despido será calificado como nulo por discriminatorio. La justificación del despido de un trabajador con discapacidad será admisible únicamente en caso de que el empresario no disponga de los medios razonables para compensar la limitación del discapacitado que le puedan permitir continuar trabajando. A pesar de que la obligación de realizar ajustes razonables constituye una particular vía de tutela para los trabajadores con discapacidad, la misma no constituye una protección

total frente al despido, puesto que, en última instancia, el despido puede ser igualmente legítimo en caso de que los mismos sean demasiado gravosos para el empresario o en caso de que no quepa la posibilidad de actuarlos. Por lo tanto, los ajustes razonables no son los suficientemente disuasorios ni eficaces como para impedir el despido de los trabajadores con discapacidad por motivos relacionados con la reducción de su capacidad laboral. La posibilidad de despedir a los trabajadores con discapacidad por esta vía resulta particularmente compleja, puesto que reduce la eficacia de las medidas de inclusión de los mismos en el mercado de trabajo. De esta manera, la protección contra el despido de los trabajadores con discapacidad no lograría su objetivo pues continúan existiendo casos en los que es posible. Más que una tutela basada en la promoción de la conservación del puesto de trabajo, lo que se hace en ciertas ocasiones es promover la extinción indemnizada de la relación laboral, circunstancia que si bien implica una protección en cierta medida, no es funcional al objetivo general de su inclusión en el mercado laboral.

De manera específica, en Italia existe una obligación de intentar recolocar al trabajador discapacitado con ineptitud sobrevenida antes de proceder al despido. Esta previsión la encontramos en el art. 4 de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68³⁸ que exige que el trabajador cumpla con una serie de requisitos que tienen que ser certificados de manera expresa, esto es, la reducción de la capacidad laboral inferior al 60%, por lo que no todos los enfermos crónicos van a poder acceder a esta forma de tutela.

Si se sigue la interpretación realizada por el TJUE en sus últimos pronunciamientos, una vez que el empresario ha constatado que el trabajador con una enfermedad crónica cumple con los requisitos para ser considerado discapacitado no podría despedirlo sin más, sino que estaría obligado a realizar los ajustes razonables que faciliten su permanencia o su regreso al trabajo después de un periodo de ausencia a causa de la enfermedad.

³⁸ Art. 4 de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68 que contiene un límite al poder del empresario de despedir al trabajador por motivos objetivos. Este artículo se aplica a los trabajadores que se convierten en inhábiles para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo a causa de una enfermedad o de un accidente de trabajo, que han sufrido una reducción de la capacidad laboral inferior al 60% o cuya inhabilidad deriva del incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del empresario. Estos trabajadores no pueden ser objetivo de un despido por motivo objetivo si existen en la empresa otras tareas equivalentes o, incluso inferiores, compatibles con su capacidad laboral residual.

En particular, en relación a la discapacidad, es necesario distinguir el concepto de ineptitud sobrevenida de la discapacidad, puesto que como ya ha tenido ocasión de verse, se trata de dos fenómenos diferentes y el uno no tiene que implicar necesariamente el otro. Un trabajador discapacitado no tiene que por qué ser despedido por ineptitud sobrevenida sino que puede lograr cumplir sin ninguna dificultad con el objeto del contrato de trabajo. A pesar de que la distinción entre ambos conceptos pueda parecer nítida, recientemente en Italia se han planteado algunos problemas interpretativos, puesto que el Decreto legislativo n. 23 de 4 de marzo de 2015 (*Jobs Act*), que ha reformado las consecuencias en caso de despido ilegítimo, ha eliminado la referencia a la “ineptitud física o psíquica del trabajador” recogida en el art. 18 *Statuto Lavoratori*, después de haber sido modificado por la “Ley Fornero”, y la ha sustituido por la expresión “discapacidad física o psíquica del trabajador”. Este cambio terminológico resulta criticable porque viene a crear una problemática mayor en una temática que ya es de por sí particularmente compleja. Así, no se comparte la opinión de la parte de la doctrina que ha sostenido que en realidad este cambio terminológico no tiene ninguna consecuencia práctica porque el legislador quería continuar refiriéndose al mismo fenómeno que tradicionalmente se ha denominado ineptitud. Al contrario, parece que con este cambio conceptual lo que se pretende es reducir el número de supuestos en los que se prevé la reintegración en el anterior puesto de trabajo en caso de despido ilegítimo. Una interpretación en sentido contrario restaría importancia a la terminología y aportaría una gran confusión a la hora de referirse a dos conceptos bien diferenciados como lo son la ineptitud y la discapacidad.

Por su parte, en lo que a la normativa en materia de Seguridad y Salud en el trabajo se refiere, la obligación de adaptar las condiciones de trabajo antes de proceder al despido por ineptitud sobrevenida deriva del principio general de adaptación del trabajo a la persona.

En Italia, el art. 42 del Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 8 establece que en caso de que el médico competente, en sede de vigilancia sanitaria, declare la ineptitud sobrevenida del trabajador, el empresario tiene que destinarlo, en el caso de que sea posible, a tareas equivalentes o, si estas no existen, a otras incluso inferiores, garantizándole la remuneración originaria. Este artículo no condiciona la recolocación del trabajador a la existencia de un determinado grado de discapacidad certificada, por

lo que podría constituir una vía a la que acudir para evitar el despido de los trabajadores con enfermedades crónicas.

Una obligación similar existe en España donde recientemente, la jurisprudencia³⁹ ha recordado que, en caso de despido por ineptitud sobrevenida no basta con que estén presentes los elementos configuradores de la misma, sino que también habrán de tenerse en cuenta los mandatos derivados de la LPRL, en particular el deber de adaptar el trabajo a la persona y la protección específica de los trabajadores especialmente sensibles. De esta manera, no será legítimo el despido por ineptitud sobrevenida que se produce de manera automática una vez se ha constatado la existencia de la misma, sino que el empresario tiene que probar que no le resulta posible adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador. Esto se explica porque las previsiones de la LPRL no son meros mandatos teóricos, sino normas legales imperativas y que, como tales, resultan de ineludible aplicación por parte del empresario. Sin embargo, el despido por ineptitud sobrevenida será totalmente legítimo una vez que el empresario ha demostrado que no le resulta posible poner en práctica las medidas de adaptación requeridas.

La principal limitación que plantea esta obligación de adaptación de las condiciones laborales deriva del hecho de que se recoge en la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo. De esta manera, solo resultará aplicable en caso de que exista una particular exposición al riesgo, circunstancia que no dará siempre, por lo que dichas medidas de adaptación no serán exigibles en todos los casos en los que el trabajador padezca una enfermedad crónica que limita su capacidad laboral.

Además de en los dos casos presentados, en Italia existe una figura jurídica específica, esto es el *obbligo di repêchage*⁴⁰. De hecho, las previsiones normativas de tutela de los trabajadores con discapacidad y en materia de Seguridad y Salud en el trabajo derivan precisamente de esta obligación, creada por la jurisprudencia con la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sezione Unite*, 7 agosto 1998, n. 7755, la cual ha

³⁹ STSJ Madrid de 18 abril 2016 (JUR\2016\131447), STSJ Comunidad Valenciana de 20 octubre 2015 (JUR\2016\127683).

⁴⁰ La jurisprudencia italiana también ha configurado, desde la sentencia de la Corte di Cassazione, Sezione Unite, 7 agosto 1998, n. 7755 el denominado *obbligo di repêchage*. En esta sentencia, el Tribunal, partiendo del presupuesto de que la disciplina del despido por motivos objetivos constituye una especificación respecto a los principios generales válidos para todos los contratos sinalagmáticos, precisa que la valoración meramente subjetiva por parte del empresario acerca de la utilidad de la prestación y de la conservación del interés en la misma, no podía considerarse compatible con el sistema de tutela introducido por la Ley de 15 de julio 1966, n. 604. Por este motivo, es necesario que el empresario realice una evaluación objetiva sobre la posibilidad de asignar al trabajador otras actividades equivalentes y compatibles con su capacidad laboral residual, siempre y cuando ello no implique una modificación de la organización empresarial.

sido objeto de interpretación restrictiva por parte de sentencias sucesivas del Alto Tribunal que han introducido una serie de precisiones. En primer lugar, para evitar el despido de un trabajador con ineptitud sobrevenida, el empresario no está obligado a adoptar tecnologías más avanzadas no presentes en la empresa, aunque las mismas pudiesen evitar la realización de esfuerzos físicos en la ejecución de determinados trabajos que determinan la existencia de la ineptitud sobrevenida del trabajador⁴¹. Las nuevas tareas que deberían ser atribuidas al trabajador con ineptitud sobrevenida tienen que estar ya presentes en la empresa. No puede pretenderse que para recolocar al trabajador, el empresario elimine de un determinado puesto de trabajo las tareas para las que el trabajador ya no es idóneo. El empresario tampoco está obligado a introducir en la empresa una nueva figura que no existía anteriormente con el único objetivo de recolocar al trabajador con ineptitud sobrevenida⁴². El despido del trabajador con ineptitud sobrevenida será legítimo cuando no sea posible recolocarlo sin llevar a cabo un cambio en la organización empresarial que implique la redistribución de las tareas asignadas al resto de trabajadores o su cambio de puesto de trabajo⁴³.

Sin embargo, existen sentencias de los tribunales inferiores⁴⁴ que llevan a cabo una interpretación más flexible del *obbligo di repêchage* y que no consideran irrazonable o excesivo exigir al empresario que modifique la organización empresarial para encontrar un nuevo puesto de trabajo para el trabajador con ineptitud sobrevenida, incluso aunque ello implique un costo para el mismo. En caso contrario, existiría una diferenciación injustificada e irrazonable entre los trabajadores que ya son discapacitados antes de estipularse el contrato de trabajo y aquellos que pasan a serlo durante la vigencia del mismo⁴⁵.

A pesar de ser la posición minoritaria y de que la *Corte di Cassazione* opta por realizar una interpretación restrictiva del *obbligo di repêchage*, es esta la posición que cabe defender para garantizar la conservación del puesto de trabajo de los enfermos crónicos que se convierten en inidóneos para el desarrollo de su prestación laboral. De lo contrario, no representaría una tutela importante para los enfermos crónicos, puesto

⁴¹ Corte di Cassazione, 5 agosto 2000, n. 10339 y Corte di Cassazione, 19 agosto 2009, n. 18387. En esta última, el Tribunal precisó que el empresario no está obligado a cooperar a la aceptación de la prestación laboral de los trabajadores con ineptitud sobrevenida más allá de deber de garantizar su seguridad previsto por la ley.

⁴² Corte di Cassazione, 7 marzo 2005, n. 4827 y Corte di Cassazione, 25 enero 2005, n. 1373.

⁴³ Corte di Cassazione, 13 octubre 2009, n. 21710.

⁴⁴ Tribunal de Milán, 26 octubre 1999.

⁴⁵ Tribunal de Ravenna, 30 noviembre 2011.

que se traduciría únicamente en la obligación de verificar que no existen otras tareas disponibles. En cambio, es precisamente en los casos de ineptitud sobrevenida que resulta difícil imaginar supuestos en los que resulte posible recolocar al trabajador sin incidir en la organización empresarial. Deberían darse al mismo tiempo dos circunstancias: que exista un puesto de trabajo compatible con la capacidad laboral residual del trabajador y que el mismo esté disponible justo en el momento en el que el trabajador se convierte en inidóneo. En la mayor parte de los casos, sería necesario adaptar las condiciones del puesto de trabajo o bien, trasladar a otros trabajadores, para poder ofrecer su puesto al trabajador con ineptitud sobrevenida. Esta última hipótesis resulta particularmente compleja, puesto que para tutelar a un trabajador habría que incidir en las condiciones laborales de los demás que, tal vez, podrían verse afectados de manera negativa.

Además, podría darse el caso de que exista un puesto de trabajo acorde con la capacidad laboral residual del trabajador pero que requiera de una formación con la cual el trabajador no cuenta. Por este motivo, la formación es clave para evitar la salida prematura de los trabajadores con enfermedades crónicas del mercado de trabajo, por lo que sería necesaria una intervención en este ámbito.

En última instancia, si el empresario puede demostrar que no le resulta posible, por los distintos motivos expuestos, recolocar al trabajador, puede despedirlo de manera legítima, puesto que no se le podría exigir continuar la relación laboral si el trabajador no puede desempeñar ninguna de las prestaciones presentes en la empresa, pues ello iría en contra de la libertad de empresa. Esto implica que el *obbligo di repêchage* no representa una tutela plena frente al despido y, realizando una interpretación restrictiva, tampoco puede decirse que imponga grandes restricciones al mismo.

Tal y como puede apreciarse, la introducción de la obligación de adaptación de las condiciones laborales como requisito para decidir acerca de la legitimidad del despido por ineptitud sobrevenida constituye una vía muy adecuada para tutelar a los trabajadores con enfermedades crónicas. Siguiendo el mismo hilo argumental sostenido a lo largo de esta tesis de Doctorado, dicha obligación debería preverse en todos los casos de despido por ineptitud sobrevenida y no solo para los trabajadores con discapacidad o de particular exposición a los riesgos laborales. Si bien la figura que ha sido objeto de un mayor grado de estudio en estos casos ha sido la recolocación del trabajador, resultaría deseable que dicha obligación se interpretase en sentido amplio, es

decir, que pudiera consistir en cualquier forma de adaptación de las condiciones laborales que vaya desde los medios de trabajo hasta el horario de trabajo.

La puesta en práctica de este tipo de medidas va a resultar más sencilla en una empresa de grandes dimensiones, que dispone de mayores recursos económicos, y donde también pueden existir un mayor número de puestos de trabajo disponibles compatibles con la capacidad reducida del trabajador. Sin embargo, será mucho más complicada en las pequeñas y medianas empresas, no solo por una cuestión de falta de voluntad del empresario que tenderá a preferir a los trabajadores con buenas condiciones de salud, sino porque realmente la puesta en práctica de estas medidas no resulta viable. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una pequeña empresa del sector de la construcción donde alguno de sus trabajadores tiene una enfermedad crónica de carácter muscular esquelético. En este supuesto, la recolocación del trabajador resultara prácticamente imposible, al no existir otros puestos de trabajo compatibles con la capacidad del trabajador. Al empresario no le quedará otra opción más que despedir a dicho trabajador. En estos casos, la recualificación y la formación del trabajador, en una óptica de sostenibilidad del trabajo, adquieren un papel fundamental. Esta será la única manera de garantizar que el trabajador pueda encontrar otro puesto de trabajo compatible con su capacidad, por lo que la intervención de la Seguridad Social resulta fundamental.

Otra circunstancia que contribuiría a una mejor gestión de los problemas de salud de los trabajadores en la empresa y que, tal y como se ha presenta en la *Literature Review* ya existe en Reino Unido, es la consulta con el trabajador enfermo antes de proceder al despido. Sin embargo, la misma no es obligatoria ni siquiera en Reino Unido, sino que se trata solamente de uno de los elementos a tener en cuenta por la jurisprudencia a la hora de calificar un despido como legítimo. Esta consulta resulta indispensable y debería ser lo primero que se hiciese cuando se detecta que un trabajador padece una enfermedad crónica. De esta manera, se podría llegar a una solución compartida por ambas partes del contrato de trabajo por lo que se considera que debería ser otro de los requisitos obligatorios que el empresario tiene que poner en práctica antes de proceder al despido. Será esta la mejor sede en la que discutir cuáles son las medidas de adaptación de las condiciones laborales más adecuadas en el caso concreto. Esta consulta está en línea con el principio de intervención temprana según el cual, para un

eficaz regreso al trabajo, es necesario actuar tan pronto como sea posible y enfocar el proceso de recuperación de la salud al mismo.

Por último, uno de los casos de despido por ineptitud sobrevenida que plantea mayores problemas es aquel en el que el trabajador que padece una enfermedad, que le ocasiona una cierta reducción de la capacidad laboral, ha solicitado una pensión de incapacidad permanente pero la misma no viene reconocida por los órganos competentes de la Seguridad Social. A pesar de ello, en muchas ocasiones, el Servicio de prevención lo declara no apto para desempeñar su puesto de trabajo, por lo que se plantea si podría producirse un despido por ineptitud sobrevenida basado en la pérdida de capacidad laboral que no ha dado lugar al reconocimiento de una prestación de Seguridad Social. Así, en estos supuestos se pone de manifiesto que existe una clara descoordinación entre los distintos sujetos involucrados en caso de que un trabajador padezca una enfermedad crónica. En España, este tipo de casos se plantean muy a menudo a los tribunales y, por poner un ejemplo entre los muchos existentes, este es la cuestión que resuelve la sentencia del TSJ Castilla y León, de 20 de junio de 2016⁴⁶. Esta sentencia apunta que “no cabe confundir las condiciones requeridas para el reconocimiento de una incapacidad permanente con reunir la idoneidad mínimamente exigible para el desempeño adecuado de las principales tareas de su puesto de trabajo”, por lo que entiende que el despido por ineptitud sobrevenida en estos casos puede ser perfectamente legítimo si se acredita la pérdida de la capacidad. Estas situaciones resultan particularmente criticables, puesto que el trabajador se encuentra en lo que podríamos denominar un limbo jurídico derivado de la falta de coordinación entre las normativa de Seguridad Social y la disciplina del despido. No puede acceder a la tutela prevista por la Seguridad Social pero sí podría ser despedido de manera legítima quedando en una situación de absoluta indefensión.

Así, si bien se comparte la idea apuntada por la sentencia citada, según la cual ineptitud sobrevenida e incapacidad permanente son dos conceptos diferentes que pertenecen también a ámbitos distintos del ordenamiento jurídico y que atienden a finalidades diferentes, por lo que, en principio, el despido por ineptitud sobrevenida en este caso podría ser legítimo, esta no parece ser la opción más adecuada y no debiera de ser la regla general. Sería necesario promover la reinterpretación del concepto de ineptitud sobrevenida planteada anteriormente, por lo que, en los casos en los que se

⁴⁶ N. recurso 946/16.

concluye que existe un cierto grado de limitación de la capacidad laboral a pesar de que se deniega el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, este reconocimiento podría ser utilizado como un criterio, si bien no el único, para denegar la legitimidad del despido por ineptitud sobrevenida. Al reconocerse que la afectación de la capacidad laboral no es tal como para determinar el acceso a una prestación de incapacidad permanente, podría concluirse, por analogía, que tampoco podría serlo para determinar la existencia de la ineptitud sobrevenida. Por este motivo, la solución podría ser la puesta en práctica de medidas de adaptación para evitar el despido.

Tal y como ha podido apreciarse, la regulación actual del despido puede facilitar la salida prematura de los trabajadores con enfermedades crónicas del mercado de trabajo, puesto que el empresario está legitimado a despedir por ineptitud sobrevenida al trabajador enfermo que no pueda cumplir con las expectativas que tenía cuando lo contrató. A pesar de que dicha posibilidad existe, también hay que reconocer que existen realidades empresariales, que podríamos calificar como un ejemplo de buenas prácticas en este ámbito, que realmente solo despiden a los trabajadores enfermos en casos muy extremos. En el resto de los casos, estas empresas intentan adaptar siempre sus condiciones de trabajo para que la relación laboral pueda continuar, pues consideran que cada trabajador representa una inversión para la empresa en términos de selección, formación y demás, por lo que resultaría contraproducente despedirlos y perder la inversión que se hizo en ellos cuando están pasando por un momento delicado. Otro de los motivos que conduce a estas empresas, sobre todas a aquellas de mayores dimensiones, a evitar el despido de trabajadores con enfermedades crónicas es por una causa de reputación e imagen. Si bien este sería el sistema ideal a seguir, ello no siempre es posible pues la adopción de medidas de adaptación puede resultar muy complicado sobre todo en las pequeñas y medianas empresas. En estos casos tampoco resultaría coherente exigir al empresario que soportase dicha situación, por lo que se plantea una vez más la cuestión de la contraposición de intereses entre las dos partes del contrato de trabajo.

Para evitar que las actuales causas de despido se conviertan en un arma de doble filo y perjudiquen particularmente a los trabajadores con enfermedades crónicas, además de la posibilidad de reinterpretarlas que ya se ha planteado, una opción más ambiciosa podría consistir en llevar a cabo una reforma en este ámbito. De esta manera, se evitaría la posibilidad de que fuesen despedidos en razón de las consecuencias derivadas de su

enfermedad. En estos casos, una opción podría ser la introducción de una excepción a la causa de despido por ineptitud sobrevenida existente en Italia y España y al despido basado en motivos relacionados con la capacidad del trabajador existente en Reino, en aquellos casos en los que la reducción de la capacidad laboral derive del padecimiento de una enfermedad crónica. A pesar de que una reforma de este tipo resultaría muy beneficiosa para los trabajadores con enfermedades crónicas, la misma podría ser demasiado gravosa y su puesta práctica podría resultar inviable en determinados contextos empresariales. En estos casos, una vez más, encontrar un equilibrio resulta muy complicado hasta el punto de que, en general, no será posible sin una intervención articulada de la Seguridad Social, tal y como se planteará en el siguiente capítulo.

En conclusión, y valorando todos los escenarios posibles, cabe deducir que el despido por ineptitud sobrevenida solo debería operar como *ultima ratio* y para ello es necesario llevar a cabo una valoración muy pormenorizada de la proporcionalidad del mismo respecto a la pérdida de capacidad del trabajador. Por este motivo, debería acudir al despido únicamente en caso de que no existiese ninguna otra opción, es decir, cuando no sea posible llevar a cabo la adaptación de las condiciones laborales, ni siquiera a través de la intervención de la Seguridad Social.

2. Despido y ausencias al trabajo

El absentismo laboral es uno de los mayores problemas que existen actualmente en el mercado de trabajo en los tres países analizados en esta tesis de Doctorado⁴⁷. Las ausencias del trabajador tienen un gran impacto, no solo en su productividad individual sino también en la de la empresa, puesto que ocasiona importantes problemas a nivel organizativo, entre otros la necesidad de encontrar un sustituto en tiempos breves. Esto se traduce en un aumento de los gastos para el empresario, es decir, los derivados del trabajo dejado de producir y los de su sustitución. Esto explica por qué el tema del

⁴⁷ El informe del CIPD relativo al año 2016 (Cfr. CIPD, *Absence Management Survey* disponible en http://www.cipd.co.uk/binaries/absence-management_2016.pdf) aporta datos sobre la situación en el Reino Unido. El V Informe Adecco sobre Absentismo en España, de 15 de junio de 2016 disponible en la URL: <http://www.adecco.es/data/NotasPrensa/pdf/777.pdf> recoge los datos relativos a España mientras que los datos sobre Italia se encuentran en el *Rapporto sulla Coesione Sociale*, 2012, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Sistema Statistico Nazionale.

despido del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, si bien ha sido una problemática tradicional de las relaciones laborales, ha adquirido mayor relevancia en los últimos años y el número de despidos por este motivo ha aumentado. El empresario no es el único perjudicado en estos casos, sino que el sistema de Seguridad Social también tiene que soportar las consecuencias negativas derivadas del aumento de las prestaciones de incapacidad temporal. Ahora bien, en última instancia, el sujeto que sufre las mayores consecuencias es el propio trabajador, puesto que además de ver afectada su salud, ve reducidos los ingresos en un momento de particular necesidad.

Ante las particularidades que presenta el fenómeno del despido durante la incapacidad temporal, ya a nivel internacional, la Convención 158/1982 de la OIT señala que la ausencia temporal al trabajo a causa de una enfermedad o de un accidente de trabajo no puede constituir causa válida de despido.

Así, en Italia y en España el trabajador tiene derecho a la conservación de su puesto de trabajo durante el periodo de ausencia justificada derivada del padecimiento de una enfermedad y, en consecuencia, el empresario no puede rescindir automáticamente el contrato de trabajo en estos casos. En España este derecho se ha configurado como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo regulado en el art. 45.1.c) ET, mientras que en Italia el mismo deriva de la prohibición que el art. 2110 del CCI impone al empresario de despedir al trabajador durante el periodo máximo en situación de incapacidad temporal, en italiano denominado “periodo di comporta”. Sin embargo, una vez superado dicho periodo, el empresario está legitimado para despedirlo, sin necesidad de alegar ninguna otra causa, pues el mero hecho de alcanzar dicho periodo constituye causa legítima de despido objetivo.

Tal y como se expone en la *Literature Review*, con la aparición de este derecho, la regulación del contrato de trabajo empezó a diferenciarse del Derecho de Obligaciones con la finalidad de garantizar el equilibrio entre las dos partes del mismo. Durante el periodo de tiempo en el que el empresario no puede despedir al trabajador, el ordenamiento jurídico otorga prevalencia a su derecho a la recuperación de la salud frente al derecho del empresario a obtener el máximo rendimiento posible de su actividad laboral. Si este derecho no existiese, y el empresario pudiese despedir automáticamente al trabajador que se ausenta del trabajo a causa de su enfermedad con

independencia de la duración de la misma, la incapacidad temporal perdería su razón de ser como vía para tutelar al trabajador enfermo.

Si bien no cabe duda de que la existencia de este derecho representa una vía de tutela muy importante para los trabajadores, el mismo también plantea importantes dudas puesto que no implica una prohibición total de despedir al trabajador enfermo.

La primera de ellas se refiere a su duración, es decir, durante cuanto tiempo el trabajador tiene derecho a la conservación de su puesto de trabajo. Este periodo tiene que tener necesariamente un límite máximo, sin embargo, fijarlo no será una tarea fácil ya que habrá que encontrar un equilibrio entre los dos derechos en juego. Se corre el riesgo de ir más allá del límite de lo razonable, exigiendo al empresario que prescinda de la prestación del trabajador durante un periodo de tiempo demasiado largo y tenga que sacrificar su legítimo derecho a organizar la actividad empresarial como considere más oportuno. Por otra parte, reducir demasiado el periodo de conservación del puesto de trabajo podría traducirse en una limitación no aceptable de los derechos de los trabajadores. En este último caso se estaría anteponiendo la rentabilidad de la empresa al derecho del trabajador a recuperar su salud, circunstancia que iría en contra de la función tuitiva del Derecho del Trabajo.

Así, en España este derecho está vinculado a la normativa de Seguridad Social, por lo que su operatividad está condicionada a la iniciación de un proceso de incapacidad temporal y a la duración del mismo. El derecho a la conservación del puesto de trabajo durará tanto como dure el proceso de incapacidad temporal. Su límite máximo se regula a nivel legal en los arts. 169.1.a) y 174 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal. En principio la incapacidad temporal tiene una duración máxima de 365 días que pueden ser prorrogados 180 días más. Al contrario de lo que ocurre en España, en Italia, como ya se ha señalado en el apartado 3.3, son los convenios colectivos los encargados de fijar el límite máximo del denominado “periodo di comporto”.

La fijación de un límite máximo estándar no parece resultar lo más adecuado para garantizar la conservación del puesto de trabajo a los trabajadores que padecen enfermedades crónicas, pues normalmente sus efectos excederán los límites fijados tanto en la ley como en los convenios colectivos. Para intentar acabar con esta

problemática, recientemente en Italia se ha presentado una propuesta de ley⁴⁸, que posteriormente no ha sido aprobada, que tiene como objetivo la equiparación de la duración del “periodo di comporta” para el sector público y el privado, así como la ampliación de su duración en 3 meses retribuidos para los trabajadores con enfermedades oncológicas. A pesar que dicha propuesta de ley debe ser objeto de una valoración positiva, pues representa un primer paso hacia el reconocimiento de una tutela mayor a las personas con enfermedades crónicas, se aplica solamente a los trabajadores con enfermedades oncológicas y no a todos los trabajadores con enfermedades crónicas. Esto conduciría a que se produjesen los mismos efectos negativos que en el caso del derecho a solicitar la transformación del contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial introducido por la “Ley Biagi”. Además, para poder ofrecer una tutela real, el hecho de añadir un periodo de duración de 3 meses no bastaría, sino que habría que caminar hacia una tutela personalizada que atienda al caso concreto, por lo que la solución ideal sería que la duración del “periodo di comporta” variase en función de la enfermedad y de las necesidades del trabajador que la padece.

En este sentido, tal y como ya se ha visto en el apartado 3.3, la negociación colectiva ostenta un papel privilegiado a la hora de ofrecer tutelas adecuadas a las necesidades de los trabajadores con enfermedades crónicas. Así, si bien algunos convenios colectivos han introducido medidas específicas dirigidas a los trabajadores con enfermedades crónicas, esta no es la regla general y todavía existen casos en los que el padecimiento de una enfermedad crónica penaliza a los trabajadores. Así, la sentencia de la *Corte di Cassazione* n. 5310/2016 introduce una excepción al principio general según el cual el despido por superación del “periodo di comporta” será ilegítimo en caso de que la recuperación no se haya producido, que no operará en caso de enfermedad crónica. Tal y como puede apreciarse, y ante las contradicciones que los convenios colectivos pueden incluir, tratándose de una materia tan delicada y relacionada directamente con la extinción de la relación laboral, dejar la regulación de la duración del “periodo di comporta” únicamente a la negociación colectiva puede dar lugar al nacimiento de diferencias entre sectores productivos. Por este motivo, la intervención del Estado para

⁴⁸ Proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati il 25 settembre 2015 per la modifica della disciplina del periodo di comporta per i lavoratori affetti da malattie oncologiche disponibile en <http://www.camera.it/ dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0035320.pdf>

fijar una tutela mínima parece ser la solución más adecuada en este caso, tal y como presupone la propuesta de ley presentada recientemente en Italia.

En segundo lugar, la protección frente al despido mientras se está en situación de incapacidad temporal no es total, puesto que el despido será legítimo si se basa en otra serie de motivos, por ejemplo este el caso del despido colectivo por motivos económicos. A los efectos que aquí interesan, la principal cuestión que se plantea es si las ausencias al trabajo pueden ser tenidas en cuenta para justificar un despido por ineptitud sobrevenida. Así, en España, si bien el la ineptitud es un motivo legítimo de despido, no podría considerarse que la misma se materialice cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal pues la misma se caracteriza precisamente por su carácter transitorio. Por lo tanto, no se cumpliría el requisito de la permanencia, exigido por la doctrina y la jurisprudencia para considerar como legítimo el despido por ineptitud sobrevenida. Además, la opción contraria implicaría aceptar que el empresario está legitimado a despedir al trabajador por un motivo que constituye de manera expresa causa de suspensión de la relación laboral recogido en el ET. En este caso, estaríamos ante un verdadero conflicto entre dos preceptos: el que permite al empresario despedir al trabajador de manera justificada en caso de ineptitud sobrevenida y el que consiente al trabajador ausentarse de su puesto de trabajo de manera temporal para recuperar su salud. Para resolver este conflicto, a tenor de lo previsto en el artículo 3.3 ET, debe prevalecer la norma más favorable para el trabajador.

Tal y como ha tenido ocasión de verse, el derecho a la conservación del puesto de trabajo solo opera cuando se ha producido la declaración de incapacidad temporal, es decir, no existe una protección frente al despido del trabajador enfermo en general. Lo que se tutela es la situación de incapacidad declarada y no la enfermedad del trabajador. Ahora bien, el despido de un trabajador a causa de su enfermedad no siempre se produce mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal, sino que puede producirse en cualquier otro momento. Por este motivo, la protección del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal no resulta suficiente para proteger a los trabajadores con enfermedades crónicas.

En Reino Unido, el trabajador tiene derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el denominado *Statutory Sick Pay* (SSP) que dura como máximo 28 semanas. Este periodo de tiempo podrá ser mucho mayor en aquellos casos en los que la empresa

cuenta con un seguro privado, que es lo que sucede en la mayoría de las empresas de Reino Unido, sobre todo en aquellas de grandes dimensiones. La existencia o no de este seguro privado implica importantes diferencias en el régimen del despido mientras el trabajador se encuentra en situación de incapacidad laboral. Así, al ser la conservación del vínculo laboral el requisito para que el trabajador pueda obtener los beneficios derivados del seguro privado, el despido del mismo en estos casos resultará muy complicado. A pesar de que las ausencias al trabajo podrían afectar al interés del empresario en continuar con la relación laboral, pudiendo optar por un despido relacionado con la capacidad, el empresario está obligado a conservar el puesto de trabajo en caso de que exista un seguro privado durante un periodo de tiempo que puede alcanzar hasta cinco años. Durante el periodo en situación de incapacidad temporal, es la compañía de seguros privada la que paga una determinada cantidad de dinero al trabajador, el empresario, en cambio, tiene que seguir pagando la misma cuota. En estos casos, el Estado no tiene que hacer frente a ningún coste sino que todo recae sobre la respectiva compañía de seguros. Ahora bien, en aquellos casos en los que los informes médicos prevén que el trabajador no podrá volver a trabajar nunca más, las compañías de seguros tienden a ofrecer la posibilidad de realizar un único pago al trabajador, en lugar de pagar mes a mes durante todo el tiempo que dure la situación de incapacidad temporal. En estos casos, las compañías aseguradoras estarían desincentivando el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas, pues podría darse el caso de que las previsiones acerca de la imposibilidad de volver al trabajo cambien, ya que como ya ha dicho, las enfermedades crónicas tienen un carácter cambiante. El fenómeno del aumento de las enfermedades crónicas se está convirtiendo en un grave problema para estas compañías aseguradoras porque cada vez son más el número de personas que están en situación de incapacidad durante un periodo prolongado de tiempo.

En aquellos casos en los que no existe un seguro privado, a pesar de la vigencia del derecho a la conservación del puesto de trabajo, es posible despedir igualmente al trabajador mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal por motivos relacionados con la capacidad, con la conducta o con cualquier otra razón substancial. Sostener que el trabajador en situación de incapacidad temporal no puede ser despedido en ningún caso colocaría a los trabajadores que efectivamente están prestando sus servicios en una situación desventajosa, pues ellos sí serían elegibles para ser

despedidos, por ejemplo, en caso de despido por razones económicas. Ahora bien, si el empresario despide al trabajador por una causa diferente de las expresamente previstas, el despido podría ser nulo por ruptura del contrato, en concreto de la buena fe contractual y de la confianza, independientemente de que exista o no un motivo que justifique el despido. Por lo tanto, el despido es lícito siempre que se funde en una causa válida y no en el mero hecho de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal. Así se recoge en la sentencia *Hill v. General Accident Fire & Life Assurance Corporation plc*. Court of session (1998), IRLR 641.

En Reino Unido, el despido derivado de las ausencias al trabajo resulta particularmente complejo ya que, al existir la prohibición de discriminación específica *arising from disability*, utilizar las ausencias al trabajo derivadas de una enfermedad crónica considerada como discapacidad a efectos de la *Equality Act* podría constituir un acto discriminatorio y, por lo tanto, el despido fundado en este motivo sería nulo. Tal y como puede apreciarse, el hecho de ser discapacitado va a condicionar la calificación del despido motivado por las ausencias al trabajo, de ahí la importancia de la definición de discapacidad que se utilice. En estos casos, habrá que ponderar en qué casos las ausencias al trabajo tienen consecuencias negativas en la capacidad laboral del trabajador y, por lo tanto, podrían ser utilizadas para justificar un despido lícito por este motivo. Esto no quiere decir que el despido de un trabajador discapacitado por motivos relacionados con la capacidad no pueda ser posible en ningún caso. El mismo será lícito, siempre y cuando el empresario demuestre que ha intentado poner en práctica los ajustes razonables pero que ello no ha sido posible, por lo que dicho trabajador no ha sido tratado en manera menos favorable de lo que lo hubiera sido otro trabajador sin discapacidad. En esos casos, las ausencias al trabajo sí pueden tomarse en cuenta para justificar el despido lícito del trabajador. Una vez más se comprueba que la protección otorgada por la *Equality Act* no es suficiente a efectos de despido y no logra evitar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Ante esta situación, cabe señalar que existe una campaña denominada *Dying to work*⁴⁹, cuyo objetivo es que las enfermedades terminales sean consideradas como una característica protegida por la *Equality Act*, para que los trabajadores que las padecen puedan disfrutar de un periodo de tiempo durante el cual no ser despedidos.

⁴⁹ <http://www.dyingtowork.co.uk/our-campaign/>

Las ausencias breves e intermitentes, pero que se prolongan a lo largo del tiempo, o la sucesión de diferentes enfermedades constituyen un supuesto particularmente complejo a la hora de valorar la legitimidad del despido, en particular por su relación con la reducción del rendimiento. Estos supuestos podrían enmarcarse en el concepto de morbilidad excesiva existente en Italia, si bien no existe una definición precisa del mismo, sino que se explica en contraposición a la morbilidad considerada normal. Podrían entrar en esta categoría las enfermedades crónicas que se caracterizan, primordialmente, por provocar ausencias de carácter no continuado que se intercalan con periodos de mejoría en los que es posible retomar la actividad laboral. A pesar de la complejidad de estas situaciones, la *Corte di Cassazione* realiza una interpretación amplia del concepto de enfermedad, por lo que resultarían reconducibles a los supuestos protegidos por el art. 2110 CCI, es decir, también en estos casos, el trabajador tiene derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el “periodo di comporto” que se computaría realizando una suma de las diferentes ausencias intermitentes. Ahora bien, el problema, una vez más, se pone cuando la suma de todas ellas excede el límite máximo del mismo previsto en los convenios colectivos.

Al contrario de lo que ocurre en Italia, en España existe una causa específica de despido que prevé precisamente la posibilidad de despedir al trabajador en razón de las ausencias al trabajo de carácter intermitente justificadas. Así, el art. 52. d) ET prevé la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda 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 período de doce meses”. El ET añade que “no se computarán como faltas de asistencia (las) que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”. Este precepto tiene que ser criticado en manera particular, pues en lugar de promover la conservación del puesto de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas, sirve precisamente para despedirlos de manera objetiva por ausencias justificadas. Si bien cabe reconocer que seguramente el objetivo de este artículo era preservar el derecho del empresario a alcanzar un nivel aceptable de productividad y combatir las altas tasas de absentismo que se manifiestan, sobre todo, en ausencias breves y reiteradas, no se han tenido en cuenta las consecuencias negativas

que podría provocar a los trabajadores que padecen enfermedades graves y de duración prolongada.

Esta causa de despido puede resultar particularmente perjudicial para los trabajadores con discapacidad si se tiene en cuenta que pueden ser más propensos, aunque esto no tiene por qué darse en todos los casos, a ausentarse del trabajo. Así, el TJUE en el caso Daouidi ha afirmado que “la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”. Esta cuestión ha sido también objeto de interpretación por parte de los tribunales nacionales y el TSJ de Galicia, en su sentencia de 22 de diciembre de 2015, ha sostenido que “en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 ; de ahí que se haga preciso examinar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador”.

A pesar de que el art. 52.d) ET señala de manera expresa que las ausencias derivadas de cáncer u otra enfermedad grave no se tienen en cuenta a la hora de computar aquellas que dan lugar al despido objetivo ex art. 52.d) ET, esta excepción no es suficiente para evitar el efecto perjudicial anteriormente mencionado, puesto que no todos los trabajadores con enfermedades crónicas podrían acogerse a la misma. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que estos trabajadores podrían ser igualmente despedidos

por ineptitud sobrevenida. Ahora bien, si se sigue la doctrina establecida por el TJUE en sus últimas sentencias, en las que opta por equiparar la enfermedad crónica a la discapacidad, el art. 52.d) ET podría ser inaplicable, pues podría llegar a considerarse que se trata de un despido discriminatorio.

En Italia, la expresión ausencias “a macchia di leopardo” se utiliza para referirse a las ausencias breves y reiteradas en el tiempo. La sentencia *Sezioni Unite* de 4 de septiembre de 2014, n. 18678 resuelve un supuesto de este tipo y considera que las ausencias de duración breve, pero continuadas en el tiempo y comunicadas al empresario con escaso preaviso, pueden dar lugar a un despido objetivo ex art. 3 de la Ley n. 604 de 15 de julio de 1966. Para justificar el despido, esta sentencia tiene en cuenta únicamente los perjuicios que los cambios en la prestación laboral a consecuencia de la enfermedad ocasionan en la organización empresarial, y no la enfermedad en sí misma. El despido sería legítimo, con independencia de que se haya superado o no el periodo máximo en situación de incapacidad temporal porque lo que tiene en cuenta el Tribunal es únicamente el perjuicio que la reducción del rendimiento causa a la empresa. En este caso, el Alto Tribunal está tratando la reducción del rendimiento como una causa de despido objetivo, mientras que tradicionalmente había estado vinculada a los motivos subjetivos de despido. Esta postura resulta criticable pues cabría diferenciar la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato de trabajo necesaria para declarar la legitimidad del despido objetivo, de la reducción del rendimiento. Si bien existe una relación de causa-efecto entre ambas, no se trata de figuras jurídicas equiparables que podrían dar lugar, de manera independiente, a un despido objetivo. Así, la reducción del rendimiento sería la consecuencia de la imposibilidad de cumplir con la prestación laboral. En estos casos, el despido por ineptitud sobrevenida no será legítimo sino implica una reducción del rendimiento, mientras que el despido basado únicamente en la reducción del rendimiento no será válido sino da lugar a unas consecuencias negativas para el empresario de una relevancia tal que justifiquen un despido objetivo.

A pesar de que en esta sentencia la *Corte di Cassazione* hace referencia a su doctrina consolidada relativa a la imposibilidad de despedir al trabajador durante el “periodo di comparto”, considera que la misma no resulta aplicable en este caso en razón de las condiciones en las que se producen dichas ausencias, normalmente cuando tiene que realizar el turno nocturno o los fines de semana. Si bien en este caso concreto, la

solución que adopta el Tribunal parece ser la adecuada teniendo en cuenta el *modus operandi* del trabajador, la misma crea una doctrina que provocar efecto no deseados en caso de que las ausencias breves se produzcan a consecuencia del padecimiento de una enfermedad crónica. En estos casos, no debiera resultar legítimo considerar que el despido es válido, en razón del perjuicio que la reducción del rendimiento del trabajador enfermo causa en la organización empresarial. Por este motivo, no se comparte el cambio de posición de la *Corte di Cassazione* respecto a la posición que había venido manteniendo tradicionalmente, ya que condicionar la legitimidad del despido por reducción del rendimiento al carácter intermitente de las ausencias, podría dar lugar al nacimiento de una diferencia de tratamiento injustificada entre las enfermedades de larga y las de breve duración. Además, siguiendo esta línea se estaría vaciando de contenido el art. 2110 CCI que, en cambio, debería prevalecer en razón de su carácter de norma especial.

El carácter excepcional de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 de septiembre de 2014, n. 18678, que se justifica por el tipo de ausencias que se producen en el caso concreto, parece confirmarse puesto que, en una sentencia posterior, la de 2 de septiembre de 2015, n. 17436, en la que el Tribunal está llamado a resolver un caso de despido durante el “periodo di comporto”, retoma la doctrina tradicional. Así, la *Corte di Cassazione* considera que el despido motivado por el elevado número de ausencias que no llegan a superar el periodo máximo en situación de incapacidad temporal, es ilegítimo. La sentencia del Tribunal de Milán de 19 de septiembre de 2015, n. 26212 confirma esta posición y añade una nueva circunstancia que ha de tenerse en cuenta a la hora de decidir si la prestación laboral del trabajador que se ausenta del trabajo sigue siendo útil para el empresario o no. El Tribunal señala que la prestación tiene que valorarse atendiendo a los días en los que el trabajador está presente en la empresa y no en relación a aquellos en los que está ausente. Para considerar que el despido es legítimo por este motivo, el empresario deberá demostrar que la prestación del trabajador no responde a sus expectativas en los días en los que está presente en la empresa. Esta podría constituir una nueva forma de valorar la prestación laboral que favorecería la conservación del puesto de trabajo de los enfermos crónicos, puesto que si los mismos logran cumplir con el objeto de la prestación laboral durante el tiempo que estén presentes en la empresa, no incurrirían en un supuesto de reducción del rendimiento. Esto podría constituir una alternativa a las formas de valoración estándar

de la prestación laboral ligadas a la presencia física en el lugar de trabajo sin tener en cuenta la producción efectiva del trabajador, es decir, los resultados que produce.

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Italia, a pesar de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 2014 prevalece la doctrina tradicional y consolidada según la cual no puede considerarse legítimo el despido del trabajador cuando este se encuentra en situación de incapacidad temporal, con independencia de la duración de las ausencias y del arco temporal en el que se producen. En estos casos, la rentabilidad empresarial no puede prevalecer sobre el derecho del trabajador a recuperar su salud.

Tal y como ha podido apreciarse a lo largo del presente capítulo, existen importantes diferencias entre las vías en las que es posible articular un despido que tiene como causa la enfermedad del trabajador en los distintos países analizados. La regulación existente en España es más similar a la de Italia, mientras que se aprecian diferencias notables entre las normativas de estos dos países y la del Reino Unido. Dichas diferencias pueden explicarse, en primer lugar, debido a que en el Reino Unido se utiliza el sistema jurídico del *case-law*, mientras que España e Italia siguen el modelo continental. Además, la importancia que ha adquirido el despido relacionado con la enfermedad del trabajador en el debate doctrinal y jurisprudencial también ha sido diferente en los diversos países, circunstancia que se explica por las importantes diferencias existentes en lo que a las consecuencias en caso de despido ilícito se refiere. Así, mientras que en España las consecuencias en caso de despido nulo por discriminatorio se han diferenciado tradicionalmente de las del despido injustificado o sin justa causa (los denominados despidos improcedentes en terminología jurídica española), en Italia no existían diferencias importantes, pues la reintegración en el puesto de trabajo era obligatoria en ambos casos. Ahora bien, en Italia el régimen en materia de despido ha cambiado recientemente con la aprobación del *Jobs Act* y, en la actualidad, sí se prevén diferencias entre ambos supuestos, reservándose la reintegración en el puesto de trabajo únicamente a aquellos casos de despido discriminatorio. Por su parte, en Reino Unido se sigue el régimen que existía en Italia antes del *Jobs Act* pero se defiende justamente lo contrario: la reintegración en el puesto de trabajo anterior no resulta obligatoria aunque el despido sea calificado como nulo por discriminatorio. La consecuencia en caso de despido ilícito, sea cual sea el motivo, es siempre el pago de una indemnización.

CAPÍTULO V

Trabajadores con enfermedades crónicas y Seguridad Social

En líneas generales, la perspectiva que ha adoptado la Seguridad Social de cara a los trabajadores que padecen enfermedades crónicas que implican limitaciones en su capacidad laboral ha sido eminentemente pasiva. Lo más común es que a estas personas se les reconociese una incapacidad para trabajar que da lugar al acceso a una prestación económica, ya sea contributiva o no, y que implica, como regla general, la exclusión total del mercado de trabajo. Sin embargo, es necesario señalar que esto no siempre es así, pues en caso de que se reconozca una incapacidad permanente parcial la persona puede continuar trabajando y, además, también existen supuestos de compatibilidad entre la percepción de la pensión de incapacidad permanente y el trabajo.

Sin embargo, tal y como se expone en la *Literature Review*, el número de personas que perciben prestaciones derivadas del padecimiento de enfermedades crónicas o discapacidad es menor que el número de las que efectivamente las padecen, lo que pone de manifiesto que existe un amplio porcentaje que se ve privado de protección.

Como se indica en la *Literature Review*, uno de los principales problemas de los sistemas de Seguridad Social es que utilizan sistemas estándar para valorar la capacidad laboral de los trabajadores, circunstancia que perjudica de manera particular a los trabajadores con enfermedades crónicas desde dos puntos de vista. Por una parte, en muchas ocasiones, la consecuencia de la utilización de estos sistemas que siguen la perspectiva del *one-size-fits-all* será que a los trabajadores con una capacidad laboral limitada no les vendrá reconocida una incapacidad permanente por no cumplir con los requisitos estándar establecidos. Sin embargo, otro de los problemas que también ocasionan, y que no puede ignorarse en razón de su magnitud, deriva del hecho de que un gran número de personas que conservan una capacidad laboral parcial vienen calificados por estos modelos como incapaces para trabajar de manera definitiva cuando, en realidad, con el correcto apoyo y garantías, podrían desarrollar algún tipo de trabajo, si bien no el mismo que desarrollaba antes del padecimiento de la enfermedad crónica, sí otros acordes con su nueva capacidad laboral residual.

Los trabajadores con enfermedades crónicas se encuentran en una zona gris que abarca un grupo con características muy diferentes entre sí y que, por lo tanto, no encaja

en los actuales modelos estándar de valoración de la capacidad. Esta limitación de los procesos de evaluación de la capacidad laboral estandarizados es reconocida por el *Green Paper* elaborado por el Gobierno de Reino Unido, que señala que la perspectiva de los sistemas *one-size-fits-all* resulta inapropiada a la hora de valorar las necesidades de las personas con condiciones muy diferentes entre sí, en particular, aquellas con efectos variables a lo largo del tiempo, que pueden manifestarse de manera aguda durante un periodo de tiempo y ser asintomáticas en otros momentos. Estas condiciones pueden ir desde problemas mentales hasta enfermedades musco-esqueléticas o del sistema nervioso.

Los trabajadores con enfermedades crónicas no deberían incluirse en categorías prefijadas por los sistemas de Seguridad Social pues, por su propia naturaleza variable, no encajan en las mismas. El *Green Paper* apunta que es necesario poner en marcha sistemas personalizados que vayan más allá de la inclusión de las personas en categorías, puesto que existe una gran cantidad de personas calificadas como discapacitadas que quieren volver al trabajo y que con su talento podrían contribuir activamente a la economía. La inclusión en categorías resulta limitante porque se centra solamente en las características de la persona, lo que a efectos de discapacidad sería el modelo médico, mientras que no atiende al ambiente en el que se encuentra el trabajador y a las particularidades del caso concreto, circunstancia que, en cambio, resultaría fundamental para la realización de una valoración personalizada.

Sin embargo, encontrar sistemas alternativos y específicos de valoración de la capacidad no es una tarea sencilla, pues el propio sistema jurídico se basa en la necesidad de fijar requisitos cuyo cumplimiento condiciona el acceso a la respectiva tutela. La opción contraria sería establecer menos requisitos, como en los sistemas de *Common law*, pero esto tampoco conduciría a una solución del problema porque podría aumentar el número de litigios.

Al tratarse de un tema controvertido, la Seguridad Social juega un papel fundamental en la conservación y el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas y, por ello tiene que actuar como un facilitador. Resulta necesario repensar la función de la Seguridad Social que debería centrarse en evitar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas a través del acceso a pensiones de incapacidad permanente en sus diferentes grados. Para ello, es necesario pasar de políticas pasivas a políticas activas a través de sistemas

que puedan valorar de manera personalizada la capacidad laboral que conservan los trabajadores con enfermedades crónicas para que puedan encontrar un trabajo acorde a sus capacidades, sin perder tuteladas.

Esta es la perspectiva que han adoptado en los últimos años los países nórdicos, Holanda y Reino Unido, desarrollando políticas que tienen como objetivo lograr que las personas con capacidad laboral reducida logren encontrar un trabajo compatible con sus limitaciones. Sin embargo, en general, los países del sur de Europa han optado por el reconocimiento del acceso a pensiones de incapacidad permanente. El sistema de Reino Unido se encuadra en el ámbito del *Welfare-to-work* y, por lo tanto, parte de una premisa diferente respecto a los sistemas de Seguridad Social de los países del sur de Europa. Dicho sistema se centra en mayor medida en la puesta en práctica de medidas de carácter activo para ayudar a los trabajadores con enfermedades crónicas a encontrar un empleo, en el caso de que no lo tengan. Estos modelos, en general, condicionan la percepción de los subsidios a la participación en actividades relacionadas con el trabajo, siempre que ello sea posible, mientras que, en general, en los países mediterráneos, una vez que se ha obtenido la pensión incapacidad permanente no es necesario participar en actividades orientadas al empleo para conservarla.

El objetivo que se persigue en este capítulo es analizar la posibilidad de introducir alternativas al reconocimiento de la incapacidad permanente para los trabajadores con enfermedades crónicas en el ámbito de la Seguridad Social. Para ello, se identifican cuáles podrían ser las medidas que dichos sistemas deberían poner en práctica para promover la empleabilidad de dichas personas y evitar su salida prematura del mercado de trabajo, a través del análisis de los casos de los países que han optado por esta vía en los últimos años. A pesar de que la inversión económica que supone la puesta en práctica de estas medidas de carácter activo, se entiende que, teniendo en cuenta los cambios demográficos, el gasto que las mismas van a suponer resultará menor al derivado del reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente incondicionales a un número siempre mayor de personas con capacidad laboral limitada y con mayor esperanza de vida. Así, un reciente informe publicado en el Reino Unido⁵⁰ pone de manifiesto cómo una inversión en servicios para promover el bienestar y la salud mental de los trabajadores se traduce en un ahorro en el gasto público.

⁵⁰ Public Health England, *Commissioning Cost-Effective Services for Promotion of Mental Health and Wellbeing and Prevention of Mental Ill-Health*, 2017.

1. Alternativas al reconocimiento de la incapacidad permanente para los trabajadores con enfermedades crónicas

A pesar de que en esta tesis de Doctorado se considera que la tutela de los trabajadores con enfermedades crónicas no puede articularse únicamente a través del reconocimiento de la incapacidad permanente, existe una amplia corriente, desarrollada sobre todo en España, que sostiene que esta sería la mejor forma para tutelar a estos trabajadores en razón de las limitaciones en su capacidad laboral que la enfermedad les provoca. Así, en diciembre de 2013 se presentó en España una proposición de ley titulada “Proposición de Ley sobre mejora de protección laboral y de Seguridad Social de las personas enfermas de cáncer”⁵¹ que no fue posteriormente acogida por el Parlamento. La proposición de ley abogaba por la consideración “en situación de incapacidad permanente, en su caso una vez que haya agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, a toda persona que haya sido diagnosticada de un carcinoma. Procederá esta calificación siempre hasta que se haya producido una curación presumiblemente definitiva, entendiéndose por tal la situación en la que las revisiones médicas derivadas de dicha enfermedad se prolonguen cuando menos en espacios de seis meses”. Además añadía que “La calificación de incapacidad permanente [...] implicará, en todo caso, el derecho del beneficiario a la reserva de puesto de trabajo, que habrá de producirse sin perjuicio del lapso de tiempo transcurrido una vez que se produzca la curación en los términos previstos en dicho precepto”.

A pesar de que se reconoce que la posición sostenida en la proposición de ley mencionada hubiese podido servir para tutelar a los enfermos crónicos y que encajaría perfectamente en el régimen de la incapacidad permanente vigente en España, la misma no está en línea con la posición que se mantiene en esta tesis de Doctorado que busca precisamente evitar que el número de pensiones de incapacidad permanente que se reconocen por este motivo aumente de manera desproporcionada. Además, esta opción no parece la más adecuada para la sostenibilidad de sistema de Seguridad Social pues, tal y como ya se ha dicho, puesto que en razón de los cambios demográficos que se

⁵¹ Accesible en el siguiente link <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-B-150-1.CODI.%29>

están produciendo y de la extensión de la vida laboral, cada vez serán más los trabajadores que padecerán estas enfermedades, no será posible reconocer una prestación de incapacidad permanente a todos ellos. Siguiendo la línea de pensamiento que sostiene que el trabajo tiene efectos positivos para la salud, el acceso a pensiones de incapacidad permanente tampoco sería lo más adecuado para el interés del trabajador.

Sin embargo, en los últimos años se han producido algunos pronunciamientos de los Juzgados de lo Social que parecen seguir la línea de la proposición de ley mencionada, puesto que reconocen la incapacidad permanente a trabajadores con enfermedades crónicas de distintos tipos, en particular, en casos problemáticos como lo son la diabetes, y, recientemente, y por primera vez, en caso de migrañas. Algunos TSJ también han seguido esta posición y han reconocido la incapacidad permanente para la profesión habitual en el caso de un ingeniero con alergia al wifi⁵². Otros TSJ también han reconocido la incapacidad permanente absoluta en casos de fibromialgia⁵³.

Para poder decidir si la conclusión a la que llegan estos Tribunales en estos casos es adecuada, es preciso analizar los elementos definitorios de la incapacidad permanente para ver si realmente nos hayamos ante supuestos que implican una incapacidad para trabajar. Tal y como se expone en la *Literature Review*, los elementos configuradores de la incapacidad permanente son los siguientes: 1) existencia de una alteración grave en la salud de la persona, 2) que esté objetivada, 3) que sea definitiva o al menos que la hipotética recuperación sea considerada médicamente incierta o a largo plazo y, 4) que incida en la capacidad laboral disminuyéndola o anulándola.

De un primer análisis de estos elementos puede apreciarse que los mismos no siempre estarán presentes de manera simultánea en caso de enfermedades crónicas como los anteriormente mencionados, lo que plantea importantes complejidades a la hora de reconocer la incapacidad permanente en estos casos. Si bien dichas enfermedades se caracterizan por producir efectos a largo plazo, no siempre implican una limitación de la capacidad laboral previsiblemente definitiva o, aun en el caso de producirla, la misma no siempre lo será en el grado requerido para obtener la pensión de incapacidad permanente.

En cuanto al primer elemento de la definición, si bien generalmente las alteraciones de la salud resultan obvias, esto no siempre sucede, en particular, en el caso de

⁵² STSJ Madrid de 6 julio 2016 (n. recurso 327/2016).

⁵³ STSJ Cataluña de 3 noviembre 2015 (n. recurso 3764/2015) y STSJ País Vasco de 1 diciembre 2015 (n. recurso 2056/2015).

enfermedades crónicas cuyos efectos pueden llegar a manifestarse únicamente durante determinados periodos de tiempo. En cuanto a la gravedad de la alteración de la salud, la misma puede tener incluso un carácter leve y afectar igualmente a la capacidad de la persona para llevar a cabo la actividad laboral. Piénsese, por ejemplo, al caso de la diabetes que, siguiendo el correcto tratamiento no tiene por qué producir efectos particularmente graves pero, a pesar de ello, las personas que la padecen necesitarán algún tipo de adaptación de las condiciones de trabajo para poder desarrollar la prestación laboral. Por estos motivos, la utilización de este criterio puede ocasionar dificultades a la hora de reconocer la incapacidad permanente en caso de enfermedades crónicas.

Lo mismo puede decirse en relación a la necesidad de que la incapacidad permanente sea objetivable. Las enfermedades crónicas se caracterizan, en muchas ocasiones, por producir efectos no determinables *a priori*. Además, una misma enfermedad puede afectar de manera muy diferente a las distintas personas que la padecen, por lo que el elemento subjetivo juega un papel muy importante. Sin embargo, al no poder tenerse en cuenta el mismo para el reconocimiento de la incapacidad permanente, ello crea serias dificultades en caso de enfermedades con “sintomatología subjetiva”, en particular, en relación a las enfermedades mentales.

Por su parte, según el criterio de la permanencia de la incapacidad basta con que la misma sea “previsiblemente definitiva”. La incapacidad permanente puede llegar a reconocerse incluso en aquellos casos en los que se aprecia que existen posibilidades de recuperación, sin perjuicio de la posible revisión por recuperación o mejoría. Este criterio resulta más flexible a la hora de reconocer la incapacidad permanente en caso de enfermedades crónicas que, en muchos casos, no tienen por qué ser permanentes a pesar de que produzcan efectos que se prolongan a lo largo del tiempo. Sin embargo, tal y como se verá más adelante, el mismo resulta particularmente criticable.

Por último, en cuanto a la repercusión en la capacidad laboral del trabajador, este es el criterio de mayor relevancia a la hora de reconocer la incapacidad permanente en el ámbito de la Seguridad Social, puesto que permite diferenciar esta figura jurídica de la discapacidad. Al contrario de la discapacidad, que también incluye otras dimensiones de la vida social como la educación o la participación en actividades sociales, la incapacidad permanente se refiere únicamente al ámbito del empleo. En el caso de las enfermedades crónicas, su principal consecuencia, a los efectos que aquí interesan, es

precisamente el impacto negativo en la capacidad laboral del trabajador, otro elemento que contribuye a diferenciarlas de la discapacidad, que como ya se ha visto en capítulos anteriores, no siempre tiene que afectar a la capacidad laboral del sujeto.

Una vez analizados los elementos configuradores de la incapacidad permanente puede concluirse que el fenómeno de las enfermedades crónicas no encaja perfectamente en la misma porque se encuentra a medio camino entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente: muchas veces el trabajador agota el período máximo de prestación por incapacidad temporal y, a pesar de no encontrarse en condiciones de trabajar, no cumple con los requisitos exigidos para que se le reconozca la pensión de incapacidad permanente. En estos casos, a pesar de padecer una enfermedad crónica que limita en cierto modo su capacidad laboral, la misma no alcanza los porcentajes exigidos para el reconocimiento de la incapacidad permanente. Así, el trabajador se encuentra en un limbo jurídico, pues se ve privado de tutela por parte de los sistemas de Seguridad Social y a merced de incurrir en las causas constitutivas de un despido objetivo, entre las que se encuentran la ineptitud sobrevenida y las ausencias reiteradas al trabajo. En estos casos, se plantean graves problemas, pues se obliga a los trabajadores con enfermedades crónicas a permanecer en el mercado de trabajo porque se entiende que su enfermedad no es incapacitante, pero, al mismo tiempo, se les está negando la estabilidad en el empleo, puesto que el empresario puede optar por despedirlos si advierte que su rentabilidad ha disminuido.

Aun en los casos en los que la incapacidad permanente sí se reconoce, dos aspectos concretos del régimen de las prestaciones de incapacidad permanente existente en España presentados en la *Literature Review* (posibilidad de suspensión del contrato de trabajo con derecho a la reserva del puesto de trabajo en aquellos supuestos en los que prevé una posible mejoría previsto en el art. 48.2 ET y reconocimiento de la compatibilidad entre el cobro de una pensión de incapacidad permanente incluso en sus grados de total y absoluta y el trabajo) llevan a realizar una crítica a la propia figura de la prestación por incapacidad permanente y a cuestionarse si la misma no perdería su razón de ser en estos dos casos.

En cuanto al supuesto de suspensión del contrato de trabajo con derecho a la reserva del puesto de trabajo en aquellos supuestos en los que prevé una posible mejoría, cabe plantearse qué sentido tiene el reconocimiento de una incapacidad permanente en caso de que, ya desde un primer momento, se aprecie que existen

posibilidades de que el trabajador se recupere. Se estaría vaciando de contenido la figura de la incapacidad permanente, puesto que tal y como se ha visto, la misma nace para proteger aquellas situaciones de alteración de la salud definitivas o cuya recuperación se considera hipotética o incierta. Sin embargo, en este caso, ya se sabe que existen importantes probabilidades de recuperación y, por ello mismo se decreta el derecho a la conservación del puesto de trabajo. Tal y como se expone en la *Literature Review*, la mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un supuesto de complejo porque implica una flexibilización de los criterios para el reconocimiento de la incapacidad permanente. Estos supuestos sirven, al igual que en el caso anterior, para apoyar la creación en España de una nueva figura jurídica en el ámbito de la Seguridad Social diferente de la incapacidad permanente y en la que los mismos tendrían cabida.

El tema de la compatibilidad entre la percepción de una pensión de incapacidad permanente, en sus diferentes grados y, en particular, en el caso de invalidez absoluta y gran invalidez, resulta particularmente complejo en razón de los distintos derechos en juego, en particular, el derecho al trabajo. Sin embargo, sería necesario encontrar un equilibrio en estos casos para evitar que se produzcan situaciones de sobreprotección. Para intentar solucionar este problema, se reconoce la validez de las dos posibles soluciones a la excesiva compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente sostenida por el TS presentadas en la *Literature Review*. Una de ellas consistiría en la suspensión de la percepción de la pensión de invalidez absoluta o gran invalidez en aquellos casos en los que el sujeto se reincorpore al mercado de trabajo mientras que la segunda propone un modelo de compatibilidad entre el trabajo y la prestación como regla general, pero de la que se derivaría una disminución progresiva de la renta prestacional a medida que se incrementan los ingresos de activo. Por su parte, el cese de la actividad lucrativa supondría la recuperación de la prestación originaria, por lo que se evitaría la “trampa del subsidio”. Esta última es la línea que se sigue en Italia en el caso de la *pensione di invalidità*, pues se prevé una reducción proporcional de la misma en función de las rentas derivadas del trabajo que se perciban.

Sin embargo, a pesar de que estas dos opciones podrían llegar a resultar viables para responder al fenómeno actual caracterizado por la difusión de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa, lo que se plantea en esta tesis de Doctorado es una opción mucho más ambiciosa. Más allá de estudiar la legitimidad de la compatibilidad entre las cantidades procedentes de la prestación de incapacidad

permanente y del trabajo, lo que se propone es explorar vías alternativas al reconocimiento de la incapacidad permanente.

Una vez que se reconoce que el trabajador conserva una capacidad laboral que le permite desarrollar otro trabajo, incluso en los casos de invalidez absoluta y gran invalidez, se cuestiona si el reconocimiento de una incapacidad permanente en estos supuestos tenga sentido. El criterio flexible utilizado por el TS en torno a la compatibilidad entre la percepción de prestaciones de incapacidad permanente y el desempeño de una actividad laboral no puede compartirse, sino que cabe seguir a la doctrina que, tal y como se expone en la *Literature Review*, se muestra crítica con la existencia de un número tan amplio de supuestos de compatibilidad.

En primer lugar, en los casos de invalidez absoluta y gran invalidez, la posición mantenida por el TS provoca confusión desde el punto de vista conceptual, pues estos dos grados de incapacidad permanente se definen precisamente por implicar una ausencia total de capacidad laboral, por lo que resulta difícil admitir que el sujeto pueda realizar algún tipo de actividad laboral. En segundo lugar, la compatibilidad entre trabajo y pensión de incapacidad permanente no encajaría con la propia finalidad de las prestaciones de Seguridad Social, que pretenden cubrir situaciones de necesidad derivadas de la pérdida de las rentas derivadas del trabajo. Además, a pesar de que el TS argumenta que el derecho al trabajo tiene rango constitucional y, por ello, no puede prohibirse ni siquiera a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente, el objetivo de dichas prestaciones no es la reintegración en el mercado de trabajo, por lo que esta no sería la vía más adecuada para promover el derecho al trabajo de los trabajadores con limitaciones en su capacidad laboral.

Defendiendo esta posición no se pretende en absoluto negar la necesidad de tutelar a los sujetos que se encuentran en situaciones de este tipo, en particular los enfermos crónicos, lo único que se hace es sostener que la pensión de incapacidad permanente no sería el instrumento más adecuado para lograrlo. Será necesario identificar vías que permitan ofrecerles una tutela real y sostenible y, tal y como está demostrando la crisis de los sistemas de Seguridad Social, el reconocimiento masivo de la incapacidad permanente, que forman parte de las tutelas pasivas, no lo es. En lugar de promover el acceso a pensiones de incapacidad permanente, resultaría más oportuno imaginar una intervención diferente por parte de la Seguridad Social, que no debería únicamente carácter económico para sustituir las rentas dejadas de percibir. Al contrario, debería

consentir el acceso a un conjunto de medidas para favorecer la empleabilidad de estos trabajadores con el objetivo de lograr que puedan reintegrarse adecuadamente en el mercado de trabajo.

Esta tendencia puede apreciarse a nivel internacional, en particular, en el Reino Unido donde en 2008 el *Incapacity benefit* fue sustituido por la *Employment Support Allowance* (ESA - “subsidio de apoyo al empleo”). Este sistema prevé un mecanismo denominado *Work Capability Assessment* que diferencia dos grupos de personas con capacidad laboral limitada: aquellas que realmente carecen de cualquier tipo de capacidad laboral (*support group*) y las que sí podrían desempeñar algún tipo de prestación (*work-related activity group*). Las personas incluidas en el segundo grupo siguen teniendo contacto con el mundo laboral, puesto que la percepción del subsidio se condiciona al desarrollo de ciertas actividades tales como la asistencia entrevistas o la participación en cursos de formación. En este punto, el sistema existente en Reino Unido se diferencia particularmente del sistema español donde la percepción de la pensión de incapacidad permanente no se condiciona de esta manera. Esto es lo que ocurre en Reino Unido con las personas que entran en el *support group*, a las no se les exige la realización de este tipo de actividades vinculadas al mundo laboral, puesto que en razón de la particular gravedad de su situación, se entiende que no podrían encontrar un trabajo ni siquiera con un asesoramiento y apoyo adecuados. Respecto al *support group*, y en línea con la idea defendida en esta tesis de Doctorado, al no exigirse ningún contacto con el mundo laboral y al no estar su percepción condicionada, hubiera sido igualmente adecuado que el *Incapacity Benefit* se hubiese conservado para estas personas y que la ESA contase con un único grupo, es decir, el *work-related activity group*. De esta manera, la distinción entre personas que carecen de todo tipo de capacidad laboral y aquellas que la conservan en cierta medida sería más neta.

Lo que se pretendía creando este sistema que diferencia a las personas en función del grado de severidad de su limitación, era que un número mayor de personas fuese colocado en el grupo *work-related activity group* y muchas menos en el *support group*. Sin embargo, esto no fue así y los datos disponibles muestran que hay un número mayor del esperado en dicho último grupo que, por lo tanto, no tiene contacto con el mundo laboral aunque tal vez sí podrían encontrar un empleo.

Esta reforma supone un cambio a nivel terminológico que tiene importantes consecuencias, puesto que la ESA no habla de incapacidad para trabajar, sino de

capacidad laboral limitada. La ESA se configura, al menos en relación al *work-related activity group*, como un subsidio que la persona con una capacidad laboral limitada recibe como apoyo para encontrar un trabajo. Se parte del hecho de que la limitación que sufre una persona, si bien la hace merecedora de una especial protección por parte del sistema de Seguridad Social, no implica necesariamente una incapacidad total para el trabajo. Por lo tanto, el sistema de Seguridad Social interviene para potenciar la capacidad laboral residual que conserva la persona y permitirle insertarse nuevamente en el mercado de trabajo, y no únicamente para suplir la carencia de rentas.

Uno de los aspectos de la ESA que ha planteado mayores dificultades deriva del hecho de que se trata de un sistema a dos niveles, es decir, en la *Work Capability Assessment* se decide tanto si la persona tiene que acceder al subsidio como el grado de su limitación, circunstancia esta última que va a determinar si tiene que continuar teniendo relación con el mundo laboral o no. Una de las propuestas del *Green Paper* consiste en estudiar si no resultaría más oportuno dividir estos dos momentos en dos procesos de evaluación diferentes.

Para las personas que están en el *work-related activity group*, el desempeño de una actividad laboral, siempre y cuando se trabaje un número limitado de horas y no se supere una determinada cantidad económica, es compatible con la percepción de la ESA durante un periodo limitado de tiempo que alcanza las 52 semanas. Una vez superado este límite temporal, se pierde el derecho a obtener la ESA. Sin embargo, este es un aspecto que el *Green Paper* pretende reformar para permitir que las personas sigan trabajando a tiempo parcial y recibiendo la ESA, con el objetivo de que progresivamente puedan acceder a un trabajo a jornada completa y dejen de recibirla para que el regreso al trabajo sea más escalonado. Este límite temporal no existe en España en relación a la incapacidad permanente donde, como ya se ha visto, es posible compatibilizar la percepción de la pensión con el desarrollo de una actividad laboral sin limitación temporal alguna. En Reino Unido, resulta particularmente criticable el hecho de que la compatibilidad entre la percepción de la ESA y la actividad laboral tenga carácter indefinido para las personas incluidas en el *support group*, toda vez que se considera que estas personas carecen de todo tipo de capacidad laboral y ello justifica que no estén obligados a llevar a cabo actividades destinadas a su reinserción en el mercado laboral. En este caso, se pondría de manifiesto que sí conservan algún tipo de capacidad laboral, por lo que resultaría más adecuado incluirlas en el *work-related*

activity group y eliminar la posibilidad de compatibilizar el desarrollo de una actividad laboral con la percepción de la ESA para los incluidos en el *support group*.

Por su parte, el modelo italiano está más en línea con la hipótesis planteada en esta tesis de Doctorado pues se utilizan dos conceptos diferentes (*inabilità e invalidità*) para referirse a los trabajadores con una capacidad laboral reducida y no dos grados dentro de la figura general de la incapacidad permanente. Además, la *pensione di inabilità*, es decir, la que perciben aquellos que carecen capacidad laboral de cualquier tipo es incompatible con el desempeño de una actividad laboral lucrativa, sin perjuicio de aquellos trabajos de entidad menor.

El objetivo de la ESA, al contrario de lo que ocurre con la pensión de incapacidad permanente en España, sí es la promoción de la integración en el mercado de trabajo por lo que podría constituir una vía adecuada para promover el derecho constitucional al trabajo. Este es sin duda, un ejemplo a considerar, en el que no se deja sin tutela a las personas que padecen limitaciones en su capacidad laboral, sino que se las “acompaña” para promover la búsqueda de una nueva ocupación adecuada a su capacidad residual, sin necesidad de incluirlas en la categoría de los “incapacitados para trabajar”. Por ello, se considera que el sistema adoptado en el Reino Unido es más acertado, a pesar de que no resuelve todos los problemas que se manifiestan en este ámbito, respecto al existente en España.

Cabe realizar una mención especial a la situación de los trabajadores con cáncer pues, si bien el cáncer se considera de manera automática como una discapacidad según la *Equality Act*, lo que implica el acceso directo a la protección antidiscriminatoria y a los ajustes razonables, no da acceso directo a la ESA. Los trabajadores con cáncer tendrán que someterse igualmente a la *Work Capability Assessment* y el acceso al subsidio se reconocerá en función del caso concreto. Esto pone de manifiesto, la diferencia entre la normativa antidiscriminatoria y de Seguridad Social, puesto que podría darse el caso de que a un trabajador con cáncer, a pesar de ser discapacitado, no se le reconozca la ESA.

Una modelo similar al de la ESA en Reino Unido lo encontramos en Dinamarca donde se ha optado por la eliminación de las pensiones de incapacidad permanente en caso de reducción parcial de la capacidad mientras que el reconocimiento de la misma se reserva únicamente a casos extremos.

El sistema *Flexjob scheme* existente en Dinamarca persigue reducir el número de prestaciones de incapacidad parcial concedidas, potenciando el acceso al mercado de trabajo de las personas que recibían dichas prestaciones. Sin embargo, el subsidio lo reciben tanto los empresarios que contratan a personas con incapacidad parcial que estaban desempleadas como aquellos que ya contaban con estos empleados en su plantilla. Esto resulta criticable puesto que si el empresario ya había contratado a estos trabajadores debería presumirse que cumplen con sus expectativas de productividad por lo que ya no sería necesario promover su contratación. Por este motivo, resultaría más coherente que el subsidio se reservase solamente a aquellos que se encuentran desempleados puesto que el amplio ámbito de aplicación objetivo podría ser una de las razones que explican que, tal y como se presenta en la *Literature Review*, dicho sistema no haya tenido efectos muy positivos en la reducción del gasto público. Sin embargo, esta opción podría tener un efecto colateral no deseado, es decir, que los empresarios optasen por despedir a aquellos trabajadores con capacidad laboral limitada para contratar a otros y poder acceder al subsidio. De esta manera, cabe entender que estos subsidios tienen un doble objetivo, promover la contratación de trabajadores con capacidad laboral limitada y, al mismo tiempo, evitar el despido de aquellos que ya se encuentran trabajando.

Otro de los aspectos criticables de este sistema es el hecho de que el empresario reciba un subsidio en proporción a la falta de capacidad del trabajador, puesto que en muchas ocasiones, este no se corresponderá con su nivel de productividad que va a depender también del tipo de trabajo que desarrolle esta persona. El mismo nivel de reducción de la capacidad laboral puede implicar niveles de productividad diferentes en los diversos sectores, por lo que el sistema podría crear distorsiones respecto al objetivo prefijado por la norma. Por este motivo, se considera que sería más efectivo y coherente un sistema que tuviese en cuenta la productividad del trabajador en el caso concreto, y no su reducción de la capacidad laboral prefijada. Además, podría preverse la integración del salario del trabajador por parte de los sistemas de Seguridad Social en la medida en que la reducción de la capacidad laboral implique una reducción de la productividad.

A pesar de que el ahorro de gasto público de este sistema parece no ser muy elevado, el gasto que implica sería de todas maneras menor que el derivado de la

concesión de pensiones de incapacidad permanente a todos las personas con una capacidad laboral limitada.

Hay que reconocer que la articulación de esta nueva prestación alternativa a la incapacidad permanente no resultaría sencilla o carente de polémicas, considerando que sería necesaria una amplia reforma del régimen actual de la incapacidad permanente en España. Sin embargo, a los nuevos retos que se le plantean a los sistemas de Seguridad Social derivados de la mayor incidencia de las enfermedades crónicas, sería más oportuno responder con nuevos mecanismos de tutela en lugar de forzar la interpretación de los mecanismos de tutela tradicional, en este caso, de la incapacidad permanente.

La introducción de esta nueva prestación no tendría por qué implicar necesariamente la eliminación de la prestación de incapacidad permanente tal y como ocurrió en Reino Unido, sino que bastaría con que la misma se limitase únicamente a aquellos casos extremos en los que el trabajador realmente ha perdido todo tipo de capacidad laboral. Es en estos supuestos, y no en aquellos en los que la limitación derivada de la enfermedad crónica no implica la pérdida total de la capacidad laboral, en los que la tutela pasiva otorgada por la Seguridad Social se convierte en el único modo de tutelar a estos trabajadores. Por lo tanto, una vez que se ha reconocido que el trabajador carece de cualquier tipo de capacidad laboral, la percepción de una pensión de incapacidad permanente no podría ser compatible con la realización de cualquier tipo de actividad laboral.

La nueva prestación de Seguridad Social tendría que seguir un modelo personalizado, flexible y capaz de adaptarse a las necesidades de cada persona a la hora de decidir cuáles son las medidas requeridas para promover su empleabilidad y permitirle desarrollar una actividad laboral compatible con su estado. Estas medidas, que pueden ser muy diferentes entre sí y pueden consistir en procesos de recuperación u orientación profesional, formación y readaptación o reeducación profesional. Para que este modelo funcionase, sería necesario instaurar un sistema de apoyo y de asesoramiento a estas personas que analice sus capacidades y su potencialidad para poder insertarse en el mercado laboral.

El mayor problema reside en decidir cómo debería articularse este sistema personalizado, puesto que precisamente al dar lugar las enfermedades crónicas a efectos muy diferentes entre sí, resultaría muy complejo crear unas líneas de acción comunes.

Sin embargo, la ausencia total de sistemas estandarizados también podría crear graves problemas de arbitrariedad a la hora de tomar una decisión en un caso concreto. Así, ninguno de los dos extremos parece resultar deseable. Lo ideal sería optar por una solución intermedia en la que existan unas indicaciones generales acerca de la valoración de la capacidad que puedan ser adaptables en función del tipo de enfermedad, del tipo de trabajo o de cualquier otra circunstancia que pueda afectar a la capacidad del trabajador para desempeñar sus tareas.

En este sentido, para evitar decisiones arbitrarias, la participación de los diversos expertos en la materia y un mayor diálogo entre ellos, en particular entre el médico de trabajo y los profesionales de recursos humanos, resulta fundamental a la hora de analizar la capacidad residual del trabajador y decidir cuáles son las medidas necesarias para promover su empleabilidad. Estos profesionales, mucho más que los encargados de reconocer las prestaciones de Seguridad Social, son los que realmente conocen cuáles son las capacidades para desempeñar un determinado trabajo.

Volviendo al concepto de incapacidad permanente, el mismo presenta diversos problemas desde el punto de vista de su diferenciación de otras figuras porque tiene que distinguirse tanto de la discapacidad como de la enfermedad, a los efectos que aquí interesan, de la enfermedad crónica. En los últimos años, tal y como ya tenido ocasión de verse, el concepto tradicional de discapacidad se ha ido diluyendo por lo que existe una gran confusión conceptual en este ámbito y muchas veces el concepto de discapacidad y de incapacidad permanente se utilizan de manera indistinta. A ello ha contribuido la modificación introducida en España por la LGPD que equipara “a todos los efectos” las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez en el Sistema de Seguridad Social a las personas con discapacidad. En estos casos, los trabajadores con una incapacidad permanente son considerados automáticamente discapacitados sin necesidad de atender a los baremos específicos existentes para el reconocimiento de la discapacidad. Esto les permitirá acceder a las medidas en materia de integración social y profesional de los discapacitados así como a la protección antidiscriminatoria. Sin embargo, cabe recordar que el objetivo de la prestación de incapacidad permanente no era la reintegración profesional por lo que no parecer resultar oportuno que el mero reconocimiento de la incapacidad permanente dé acceso automático a tutelas de este tipo sin necesidad de someterse al proceso de reconocimiento de la discapacidad puesto que se trata de dos

figuras diferenciadas. A pesar de que pudiera parecer que esta flexibilización conceptual contribuye a aumentar los niveles de tutela de estos trabajadores, esta no es la posición que se mantiene en esta tesis de Doctorado, pues el hecho de que se difuminen los límites que separan una figura jurídica de otra puede dar lugar también a una mayor inseguridad jurídica y no ayuda a clarificar el marco de las tutelas a las que pueden acceder los enfermos crónicos.

Además de crear una “prestación” de Seguridad Social alternativa a la incapacidad permanente, otra opción para ofrecer una tutela adecuada a las necesidades de los enfermos crónicos podría pasar por una reinterpretación o reforma del modo en el que la incapacidad temporal se ha entendido tradicionalmente. Una de las características de las enfermedades crónicas es que sus efectos agudos que impiden totalmente la realización de cualquier tipo de actividad laboral no se manifiestan constantemente sino de manera intercalada en el tiempo. Así, no resultaría oportuno que el trabajador accediese a una pensión de incapacidad permanente cuando ya se sabe que en ciertos momentos sí que podría llevar a cabo la prestación laboral sin incidencias de relevancia que, de todas maneras, podrían ser suprimidas con las oportunas adaptaciones de las condiciones de trabajo. Sin embargo, el trabajador sí necesita tutela durante las fases agudas de la enfermedad, por lo que se plantea si dicha protección no podría ser ofrecida a través de la incapacidad temporal. En estos casos, el trabajador accedería a la prestación de incapacidad temporal solo durante aquellos momentos en los que realmente le resulta imposible llevar a cabo la prestación laboral. Sin embargo, tal y como ya se ha visto, en particular, en España, este tipo de ausencias justificadas al trabajo pueden constituir causa de despido objetivo por lo que sería necesario introducir una excepción a esta regla general para evitar que penalice a los trabajadores con una enfermedad crónica. Además, estos periodos intermitentes en situación de incapacidad temporal no podrían ser computados a efectos de su límite máximo. Esto iría en línea con la propuesta realizada en España por la Plataforma de Pacientes que aboga por la introducción de la denominada “incapacidad laboral transitoria por enfermedad crónica”.

Para poder ser funcional a la protección de los enfermos crónicos, la incapacidad temporal tendría que abandonar la rigidez que la ha caracterizado y adaptarse a las necesidades del caso concreto. En este sentido, deberían eliminarse los requisitos temporales, en particular, la fijación de un límite máximo durante el que el trabajador puede estar en situación de incapacidad temporal. Lo que se plantea es ampliar el

periodo máximo en el que una persona con una enfermedad crónica puede estar en situación de incapacidad temporal para evitar que, una vez superado este límite, la única alternativa para poder obtener tutela sea el reconocimiento de una incapacidad permanente. Si consideramos que el trabajador puede continuar en situación de incapacidad temporal durante el periodo de tiempo necesario para recuperarse totalmente continuaría estando tutelado por la Seguridad Social con derecho a prestación económica y no habría necesidad de reconocerle una incapacidad permanente. La extensión del límite máximo de la incapacidad temporal lleva aparejada la extensión del periodo máximo de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva del puesto de trabajo, que está estrechamente relacionado, como ya se ha visto en el apartado 4.2, con el despido por ausencias al trabajo.

Otra opción en relación a la incapacidad temporal que, tal y como se ve indica en la *Literature Review*, ha sido implantada en los países escandinavos, es introducir la posibilidad de acceder a la misma a tiempo parcial. Así, sería necesario introducir una nueva figura, la incapacidad temporal parcial, que favorecería el regreso escalonado al trabajo en aquellos casos en los que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal durante las fases agudas de la enfermedad. En estos casos, el trabajador compatibilizaría la percepción de la prestación de incapacidad parcial con el salario, en proporción al tiempo que trabaje, por lo que no se perdería el rédito correspondiente a las horas que deja de trabajar, como ocurre, por ejemplo, en el caso del trabajo a tiempo parcial en Italia. En este caso, el regreso progresivo al trabajo está promovido por parte de la Seguridad Social por lo que se acabaría con el principal problema existente en Italia.

El problema es que en el resto de países el sistema de la incapacidad temporal es rígido, es decir, no existen figuras intermedias como lo sería la incapacidad temporal parcial. O bien se está en situación de incapacidad temporal o bien, una vez finalizada, se debe regresar al trabajo a jornada completa. Sin embargo, esto puede presentar particulares dificultades para los enfermos crónicos que tal vez, a pesar de que los efectos graves de la enfermedad crónica hayan remitido, siguen padeciendo otros de una gravedad menor y necesitarían de un periodo de adaptación para poder regresar a trabajar a tiempo completo. En estos casos, la incapacidad temporal parcial resultaría muy eficaz para promover su regreso al trabajo, a través de una reincorporación progresiva y en línea con las necesidades de estos trabajadores.

Para evitar la total separación entre incapacidad temporal y trabajo, otra medida podría consistir en mantener el contacto con el empresario durante el periodo en situación de incapacidad temporal para que conozca cuáles son sus necesidades de cara al regreso al trabajo y empezar a razonar, tan pronto como sea posible, en el regreso al trabajo. Eso sí, siempre y cuando no se vea afectado el derecho del trabajador a la recuperación de la salud.

El acceso a la incapacidad temporal tendría que limitarse a aquellos casos en los que la puesta en práctica de otro tipo de medidas de adaptación de las condiciones de trabajo no sea posible, puesto que lo que se pretende es evitar que el trabajador con una enfermedad crónica se aleje durante periodos prolongados de tiempo del lugar de trabajo. En este sentido, la incapacidad temporal parcial puede representar una solución pues permite que el trabajador retome poco a poco el contacto con el mercado de trabajo durante el periodo de tiempo en que los efectos agudos de la enfermedad crónica empiezan a remitir.

2. Medidas para promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo

Las medidas propuestas en el apartado anterior, y a lo largo de toda esta tesis de Doctorado, no podrían llegar a funcionar sin una intervención de los sistemas de Seguridad Social porque, si bien podrían llegar a producir efectos positivos en términos de productividad para las empresas y ahorro para las arcas públicas, en un primer momento, requieren de una inversión que los empresarios pueden no estar dispuestos a realizar. Es aquí donde debería intervenir la Seguridad Social con una serie de políticas activas para promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo como alternativa al reconocimiento de incapacidades laborales.

Este tipo de políticas activas podrían ser de tres tipos diferentes y dirigirse tanto al propio trabajador enfermo como al empresario. Así, podríamos clasificarlas en medidas de promoción de la empleabilidad, asesoramiento e incentivación. Este tipo de medidas tienen que coordinarse entre sí y, sobre todo, suplir las lagunas derivadas de la puesta en marcha de medidas de tutela de los trabajadores con enfermedades crónicas, por ejemplo, la reducción de salario derivada del trabajo a tiempo parcial en Italia.

La promoción de la empleabilidad de los trabajadores con enfermedades crónicas resulta fundamental a la hora de asegurar sus posibilidades de integración en el mercado laboral en caso de que hayan perdido la capacidad para desempeñar el puesto de trabajo que ocupaban antes del padecimiento de la enfermedad. En muchas ocasiones, su expulsión del mercado de trabajo no deriva únicamente de un afán del empresario de contar en su plantilla con trabajadores sin problemas de salud, sino que puede explicarse en función de su escasa formación, lo que va a condicionar su capacidad de adaptación. Así, la falta de formación puede ser un impedimento a la hora de encontrar un nuevo trabajo, poner en práctica ajustes razonables o recolocar al trabajador. No existiendo una obligación del empresario de ofrecer una formación específica para poder desempeñar un puesto de trabajo diferente a aquel trabajador que ha perdido su capacidad laboral inicial, el despido basado en su ineptitud sobrevenida sería legítimo. De ahí, el papel clave que juega la formación a la hora de garantizar la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. Al no existir una obligación por parte del empresario, esta formación debería ser proporcionada por la Seguridad Social que adoptaría, de esta manera, una perspectiva activa en la gestión de los trabajadores con enfermedades crónicas. Esta formación podría ofrecerse en dos momentos, bien de manera preventiva mientras el contrato de trabajo sigue vigente para evitar que el trabajador enfermo pierda su ocupación o bien cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal o de desempleo para lograr que se reincorpore lo antes posible al mercado laboral.

En cuanto a las medidas de asesoramiento, el sistema *Fit for Work*⁵⁴ existente en Reino Unido puede ser tomado como referencia. Este servicio ofrece un asesoramiento gratuito e imparcial para apoyar al empresario en el proceso de regreso al trabajo del trabajador que se ha ausentado durante más de 4 semanas. Asimismo, también se prevé la realización de una evaluación acerca del estado de salud del trabajo y de su impacto en la capacidad laboral. A pesar de todas sus potencialidades, pues ayudaría a eliminar los mitos que existen entre los empresarios en relación a los trabajadores en situación de incapacidad temporal, el mismo no se ha utilizado en gran medida.

⁵⁴ En el siguiente link pueden consultarse algunos *case studies* sobre el sistema *Fit for Work* https://fitforwork.org/blog/case-study-archive/?utm_source=website&utm_medium=blog&utm_campaign=hertsguest%20https://www.moorepa.y.co.uk/blog/introducing-fit-work-service/?mp_media_src=forever

Por último, en cuanto a la incentivación de los empresarios para que contraten o no despidan a los trabajadores con enfermedades crónicas, además de los sistemas tradicionales de cuota obligatorios aplicables a los discapacitados, estas medidas también podrían consistir en el pago del coste derivado de la adaptación de las condiciones de trabajo. Un ejemplo virtuoso en este sentido lo encontramos en Reino Unido donde existe un servicio ofrecido por el Gobierno denominado *Access to Work* (<https://www.gov.uk/access-to-work>). Dicho servicio tiene como objetivo permitir que las personas con discapacidad puedan continuar trabajando o puedan entrar por primera vez en el mercado de trabajo. Para ello, se conceden ayudas económicas a los empresarios para reembolsar hasta un 80% del coste que conlleva la puesta en práctica de los ajustes razonables requeridos por la *Equality Act*, es decir, de cualquier medida específica que el trabajador necesite a consecuencia de su discapacidad.

El sistema *Access to Work* cubre, entre otros, los gastos derivados de la adaptación de los equipos de trabajo (rampa para trabajadores en silla de ruedas o actualizaciones de equipos informáticos), el coste de un intérprete para proveer apoyo a la persona con discapacidad durante la entrevista, medidas específicas como por ejemplo un curso de recualificación profesional para un trabajador que corre el riesgo de perder su trabajo a consecuencia de su discapacidad, los costes extra derivados del desplazamiento al trabajo, por ejemplo, en caso de que el trabajador no pueda usar el transporte público).

La existencia de este sistema de financiación de los ajustes razonables implica que el coste desproporcionado de la adopción de los mismos no puede ser utilizado para justificar el despido o la denegación de medidas de adaptación para las personas con discapacidad por lo que se trata, en general, de un mecanismo muy positivo para ofrecer apoyo, tanto a los empresarios como a los trabajadores con discapacidad. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que el servicio *Access to Work* cubre como máximo el 80% del coste total de las medidas que el empresario tiene que poner en práctica por lo que, atendiendo al caso concreto, en particular en pequeñas y medianas empresas, ese 20% adicional puede ser decisivo y determinar que el coste del ajuste razonable sea desproporcionado y que, por lo tanto, el empresario no esté obligado a adoptarlo. Además, el coste de la puesta en práctica de ajustes razonables se abona *a posteriori*, en forma de reembolso, por lo que el empresario tendrá que disponer previamente de los fondos necesarios para llevar a cabo la adaptación. En caso de que la medida a adoptar sea particularmente gravosa y el empresario no disponga de dichos fondos, el sistema

Access to Work no supone una solución al problema de la inclusión de los trabajadores con discapacidad en el mercado de trabajo. Por los motivos expuestos, a pesar de que la valoración general que tiene que hacerse de dicho sistema es positiva, existen diversos aspectos que podrían ser mejorados para que pudiese convertirse realmente en un sistema que permita la total inclusión laboral de los trabajadores con discapacidad.

Además, a pesar del potencial efecto positivo del sistema, el mismo no ha sido utilizado en gran medida, sobre todo, debido a una falta de conocimiento tanto por parte de los empresarios como de los trabajadores. Esto ha llevado a Liz Sayce en la Review *Getting in, staying in and getting on Disability employment support fit for the future*, Department for Work and Pensions, Junio 2011⁵⁵ a calificarlo como el secreto mejor guardado del Gobierno. Para que pudiese alcanzar todo su potencial sería necesaria una campaña de difusión del mismo. Sin embargo parece que esto no ha interesado al Gobierno inglés y uno de los motivos de ello podría ser el gran coste que tendría que afrontar si tuviese que pagar por todos los ajustes razonables, si tenemos en cuenta que el número de personas que podrán acceder a dicho servicio tendera a ser siempre mayor.

Este sistema tiene que ser analizado en relación al país donde se aplica, es decir, al existir en Reino Unido una definición de discapacidad que permite incluir de manera automática a ciertas enfermedades crónicas y que, en general, es más proclive a la consideración como discapacidad también de otras, podrán acceder a este servicio también un número particularmente amplio de enfermos crónicos. Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que el servicio *Access to Work* se reserva solamente a los ajustes razonables destinados a los discapacitados y no a todos los trabajadores con enfermedades crónicas.

Así, en Italia también existe un fondo para pagar el coste de los ajustes razonables para las personas con discapacidad que, sin embargo, tendrán un ámbito de aplicación potencial más limitado en razón de la definición de discapacidad que se utiliza en este ámbito relativo a la inclusión laboral que tiende a ser más restrictiva que en el de la tutela antidiscriminatoria. Este es el caso del *Fondo regionale per l'occupazione dei disabili* regulado en el art. 14 la Ley 68/1999 que tiene que reembolsar de manera parcial el coste derivado de la puesta en práctica de ajustes razonables. Este art. ha sido modificado por el *Jobs Act* y, en la actualidad, para poder acceder al Fondo, además de

55

Disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/49779/sayce-report.pdf

contar con la certificación de la discapacidad, la persona tiene que contar con una capacidad laboral reducida del 50%. El Fondo cubre los gastos de la eliminación de cualquier tipo de barrera arquitectónica que impida en cualquier modo la inclusión laboral así como la puesta en práctica, por ejemplo del teletrabajo. El principal problema que se plantea en este ámbito está relacionado con la flexibilización del concepto de discapacidad llevado a cabo por el TJUE. Así, siguiendo esta definición podría darse el caso de que una persona, que no hubiese obtenido el certificado correspondiente, viniese considerada como una persona con discapacidad a efectos de la normativa antidiscriminatoria y que tuviese, por lo tanto, derecho a los respectivos ajustes razonables. Sin embargo, si no cumple con los requisitos específicos exigidos por la normativa que regula el *Fondo regionale per l'occupazione dei disabili*, el empresario no podría obtener el reembolso de los costes de la puesta en práctica de los mencionados ajustes. Esto crea una situación de particular inseguridad jurídica puesto que habría que atender a dos normativas distintas.

Partiendo de estos ejemplos, y una vez que se han identificado las problemáticas que plantean, cabe plantear la extensión de su ámbito de aplicación a los enfermos crónicos. Así, más que incluir a los enfermos crónicos en el Fondo reservado a los discapacitados, resultaría más oportuno crear un Fondo a nivel nacional, en modo tal de evitar las posibles diferencias que pueden surgir entre las distintas regiones, que se encargue de reembolsar al empresario los costes derivados de la adaptación de las condiciones de trabajo de los enfermos crónicos. El reembolso debería ser total y no parcial, como sucede en el caso de los Fondos reservados a los discapacitados, y habría que entender la adaptación de las condiciones de trabajo en modo amplio, por lo que podrían cubrirse una diversidad de medidas. A modo de ejemplo, uno de los gastos que podría cubrir este Fondo podría consistir, en el caso de Italia, en ofrecer a los trabajadores con enfermedades crónicas que se acogen al derecho de transformar el contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial, el porcentaje de salario que pierden por las horas que dejan de trabajar. Del resto, se reembolsarían también los gastos que implica la utilización de las nuevas tecnologías para facilitar la prestación laboral, por ejemplo, a distancia.

Conclusiones

La primera conclusión que cabe plantear, después del análisis interdisciplinar y comparado llevado a cabo en esta tesis de Doctorado, es que la intervención del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social resulta absolutamente necesaria para poder garantizar la conservación y el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Solo así se podría lograr poner en práctica las medidas identificadas por los estudios realizados en el ámbito médico como aquellas que facilitan el desempeño de la prestación laboral a estos trabajadores. Sin embargo, salvo casos aislados, se aprecia una falta de concienciación entre los estudiosos de la materia acerca del gran impacto que el fenómeno de la difusión de las enfermedades crónicas tiene para la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social y para la forma de entender la prestación laboral.

Así, el primer problema que se ha identificado en este ámbito es terminológico, pues en muchas ocasiones las enfermedades crónicas se confunden o equiparan con otros conceptos jurídicos, en particular con la discapacidad. Sin embargo, la posición que aquí se defiende es que enfermedades crónicas y discapacidad son dos conceptos diferenciados por diversas razones. En primer lugar, el concepto de discapacidad contempla diversos ámbitos de la vida de una persona y no solo el laboral. El reconocimiento de discapacitado se podrá obtener a pesar de que, en razón de la tipología de trabajo desempeñada, la limitación no suponga un impacto negativo en su capacidad laboral. Sin embargo, en el caso de los enfermos crónicos sucede precisamente lo contrario, es decir, la enfermedad que padecen implica una reducción de su capacidad laboral pero, muchas veces, sin llegar a impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, razón por la que no se les reconocerá una discapacidad. En segundo lugar, mientras que la discapacidad se caracteriza precisamente por su carácter permanente, las enfermedades crónicas suelen alternar fases de mejoría con otras de progresivo empeoramiento. Por esto motivos, se rechaza la idea sostenida por el TJUE según la cual, cuando se cumplen ciertos requisitos, la enfermedad crónica puede ser equiparada a la discapacidad. Además, cabe señalar que el TJUE en ningún momento lleva a cabo una equiparación total de la enfermedad crónica a la discapacidad, por lo que esta vía tampoco serviría para ofrecer tutela a todos los trabajadores con enfermedades crónicas que impactan en su capacidad laboral.

Al ser considerada la enfermedad crónica un fenómeno diferente de la discapacidad, se defiende que la mejor vía para ofrecer tutelas a los trabajadores que las padecen no es su equiparación a los trabajadores discapacitados sino la creación de una definición legal de enfermedad crónica que dé lugar al acceso a una serie de derechos específicos. Así, se defiende que resultaría más oportuno limitar el acceso a la tutela en materia de discapacidad a un número más limitado de casos y ofrecer tutelas *ad hoc* a los enfermos crónicos por otra vía diferente, que esté más orientada a responder a sus necesidades reales y a promover su permanencia en el mercado de trabajo.

Todo el debate en torno al concepto de discapacidad, y la posibilidad de incluir en el mismo las enfermedades crónicas, se ha desarrollado únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, cabe señalar que existen definiciones de discapacidad diversas en las diferentes normas de un mismo ordenamiento jurídico que tienden a ser más flexibles en materia de la tutela antidiscriminatoria y más rígidas en el ámbito de la Seguridad Social. Así, si se sigue la doctrina sentada por el TJUE podría darse el caso de que una persona fuese considerada discapacitada a efectos de tutela antidiscriminatoria pero no de Seguridad Social, lo que plantearía importantes problemas en términos de seguridad jurídica. Para evitar esto y no privar a los enfermos crónicos de tutela antidiscriminatoria, lo que se propone es que la enfermedad crónica sea considerada una causa de discriminación autónoma. Esto podría lograrse de dos maneras, bien por vía interpretativa si se sostiene que la lista de las causas de discriminación tiene carácter ejemplificativo, bien a través de su introducción de manera expresa entre las causas de discriminación.

En cuanto a las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo, si bien resultan claves para promover la conservación y el regreso al trabajo de los enfermos crónicos, se ha podido constatar que los dos principales vías para su articulación vigentes en la actualidad, en particular los ajustes razonables y la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo, no sirven para ofrecer una tutela integral a los trabajadores con enfermedades crónicas. En el caso de los ajustes razonables porque se reservan a los discapacitados y, como ya se ha dicho, en esta tesis se rechaza la idea de equiparar los enfermos crónicos a los discapacitados. Así, teniendo en cuenta el origen de la obligación de ajustes razonables, se plantea si la misma no podría extenderse también a los enfermos crónicos, sin necesidad de equipararlos a los discapacitados, circunstancia que derivaría de la consideración de la enfermedad crónica como causa de

discriminación autónoma. En cuanto a la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo, si bien prevé la necesidad de poner en práctica medidas específicas en caso de que los trabajadores sean considerados especialmente sensibles a los riesgos, esto no basta para garantizar que los enfermos crónicos puedan acceder a estas medidas de adaptación, puesto que solo resultan aplicables en caso de que la enfermedad crónica implique una mayor sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo. Esto no ocurrirá siempre porque, en muchas ocasiones, dichas enfermedades implican una reducción de la capacidad laboral que se materializan en una disminución del rendimiento pero no implican una mayor exposición a los riesgos laborales. Ante la imposibilidad de garantizar el acceso a la adaptación de las condiciones laborales por estas dos vías, se corre el riesgo de que la adaptación de las condiciones laborales de los trabajadores con enfermedades crónicas quede relegada al ámbito de las buenas prácticas en ciertas empresas. Para evitarlo, lo que se plantea es la posibilidad de crear un derecho general a la adaptación de las condiciones laborales para todos los trabajadores, o al menos para los enfermos crónicos. Una posibilidad podría consistir en que el empresario tenga que reconocer obligatoriamente el acceso a formas de trabajo flexible, que tienen carácter voluntario para el resto de trabajadores, a los enfermos crónicos. También hay que considerar el papel fundamental que juega la negociación colectiva en este ámbito a la hora de responder a las necesidades del caso concreto pero, aun así, se considera que sería necesario introducir una tutela mínima a nivel legislativo.

En cuanto al despido, la investigación realizada ha puesto de manifiesto que, teniendo en cuenta las causas de despido vigentes en los países analizados, resulta posible despedir a un trabajador de manera legítima en razón de las consecuencias derivadas del padecimiento de una enfermedad crónicas. Estas consecuencias muchas veces pueden traducirse en una causa de despido objetivo, en particular, en ineptitud sobrevenida, ausencias reiteradas al trabajo o reducción del rendimiento. Una de las posibles soluciones para evitar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas por esta vía podría ser la reinterpretación de estas causas, cambiando la manera en la que se entiende el cumplimiento con la prestación objeto del contrato de trabajo y condicionando la legitimidad del despido de un trabajador con una enfermedad crónica a la puesta en práctica de medidas de adaptación de las condiciones laborales. Solo en caso de que ello no resultase posible, el despido podría considerarse legítimo. Otra posibilidad podría consistir en la

introducción de excepciones a la posibilidad de despedir legítimamente por estas causas cuando sean la consecuencia del padecimiento de una enfermedad crónica.

A pesar de todo lo expuesto, la articulación de medidas de adaptación y la reforma o reinterpretación del régimen del despido no conducirá a un aumento de la inclusión laboral de los enfermos crónicos a no ser que venga acompañada de una intervención fuerte y estructurada del sistema de Seguridad Social. Dicho sistema debería ofrecer apoyo a los empresarios para reducir los costes que les supone la implantación de medidas de adaptación para los enfermos crónicos. Si bien ya existen mecanismos similares para los discapacitados, los mismos deberían ponerse en práctica también en todos los casos en los que la reducción de la capacidad laboral del trabajador requiera medidas de adaptación de las condiciones de trabajo específicas. Además, para fomentar la conservación y el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas también es necesario que se produzca un cambio de perspectiva en los sistemas de Seguridad Social así como en la interpretación de la función que realizan. Si bien hasta este momento la tendencia era reconocer el acceso a pensiones de incapacidad permanente a los trabajadores con este tipo de enfermedades, teniendo en cuenta los importantes cambios demográficos que se están produciendo, esto no será sostenible en el futuro. Así, se proponen medidas alternativas al reconocimiento de una incapacidad permanente que se centren en la capacidad residual de los trabajadores con enfermedades crónicas y no en su incapacidad. Los Sistemas de Seguridad Social tendrían que poner en práctica medidas que permitiesen el regreso escalonado al trabajo cuando se padece una enfermedad crónica cuyos efectos pueden prolongarse en el tiempo. Para ello podrían resultar efectivas algunas medidas que ya existen en otros países como la incapacidad temporal parcial. Además, las políticas activas, en particular la formación, resultan fundamentales para tutelar a los trabajadores con enfermedades crónicas en el proceso de transición de un trabajo a otro para dotarlos de las competencias requeridas por el mercado de trabajo.

LITERATURE REVIEW

LITERATURE REVIEW

CAPÍTULO I

Encuadramiento jurídico de los trabajadores que padecen enfermedades crónicas

1. Trabajadores con enfermedades crónicas: definición legal y diferenciación de otras figuras
 - 1.1 Trabajadores con discapacidad
 - 1.1.1 Modelos de discapacidad
 - 1.1.2 Regulación de la discapacidad a nivel internacional
 - 1.1.3 La regulación de la discapacidad a nivel europeo y la evolución de la posición del TJUE
 - 1.1.4 El concepto de discapacidad a nivel nacional

CAPÍTULO II

Derechos de los trabajadores con enfermedades crónicas en el ámbito laboral

1. Derecho a la no discriminación
 - 1.1.1 Enfermedad como causa de discriminación equiparable a la discapacidad
 - 1.1.2 Enfermedad como causa de discriminación autónoma
2. Derecho a la salud

CAPÍTULO III

Medidas para promover el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas: ajustes razonables y normativa de Seguridad y Salud en el trabajo

1. Importancia de las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo en el proceso de regreso al trabajo
2. La obligación de realizar ajustes razonables
 - 2.1 Medida de lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad
 - 2.2 Regulación de la obligación de realizar ajustes razonables a nivel nacional
3. La protección de los trabajadores con enfermedades crónicas por parte de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo

CAPÍTULO IV

Consecuencias del no funcionamiento de las medidas de adaptación: extinción del contrato de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas

1. El despido relacionado con la capacidad del trabajador
2. El despido derivado de las ausencias al trabajo

CAPÍTULO V

El tratamiento de las enfermedades crónicas desde la perspectiva de la Seguridad Social

1. Reconocimiento de la incapacidad permanente para trabajar
2. Medidas para promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo

CAPÍTULO I

Encuadramiento jurídico de los trabajadores que padecen enfermedades crónicas

1. Trabajadores con enfermedades crónicas: definición legal y diferenciación de otras figuras

Un estudio sobre las oportunidades de empleo de las personas con enfermedades crónicas realizado por el Eurofound pone de manifiesto que no existe un concepto legal *ad hoc* de enfermedad crónica en los distintos Estados de la Unión Europea (Cfr. Corral, A., Durán, J., Isusi, I., *Employment opportunities for people with chronic diseases*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, noviembre 2014, disponible en <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/employment-opportunities-for-people-with-chronic-diseases>). A la misma conclusión ha llegado el estudio publicado en el marco del proyecto Pathways financiado por la Comisión Europea (Cfr. *Comparison of available strategies for professional integration and reintegration of persons with chronic diseases and mental health* <http://www.path-ways.eu/publication-dissemination/professional-integration-and-reintegration-strategies-for-persons-with-chronic-diseases-and-mental-health-disorders/>).

Una reducida parte de la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 83) ya ha apuntado que el panorama actual de trabajadores con algún tipo de limitación laboral no se agota en las categorías jurídicas de discapacidad, incapacidad laboral y especial sensibilidad a los riesgos laborales.

Otros autores (Loy. G. “La disabilità nelle fonti internazionali”, en La Macchia, C. (directora), *Disabilità e lavoro*, Roma, 2009, p. 38 y ss.) apuntan que los modelos elaborados por la Ciencia médica en materia de salud, discapacidad y enfermedad resultan inadecuados en el ámbito social, y mucho más en el ámbito laboral. Salud y

enfermedad, así como entendidos por la Ciencia médica, no tienen sentido en el ámbito laboral ya que para obtener y conservar un trabajo no es absolutamente necesario estar sano o no tener ningún tipo de enfermedad, sino únicamente poseer las capacidades necesarias para desarrollar la prestación laboral pactada. En el mismo sentido se pronuncia Tatarelli, M., *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padua, 2002, p. 38, quien apunta que no existe coincidencia entre el concepto biológico o clínico de enfermedad utilizado por la Ciencia médica y el concepto jurídico ya que, en algunos casos, este último será más amplio y, en otros, más reducido que el primero. Por este motivo, en el ámbito del contrato de trabajo no debe utilizarse el concepto clínico, que se basa en la mera presencia de la enfermedad en sí misma considerada, sino el médico-legal, que implica la necesidad de valorar la enfermedad en relación a las características del trabajo desempeñado por el trabajador (Cfr. Tatarelli, M., *op. cit.*, p. 39).

Uno de los principales problemas que se plantean a la hora de definir el concepto de enfermedad crónica a nivel jurídico deriva de la ausencia de un concepto de enfermedad en sentido estricto en la normativa laboral (Cfr. Tatarelli, M., *op. cit.*, p. 37). De esta manera, no toda alteración del estado de salud constituye enfermedad en el ámbito laboral, sino solo aquellas que dan lugar a una incapacidad por ser incompatibles con la prestación. En el mismo sentido se pronuncia Loy, G., “La disabilità...”, *op. cit.*, p. 39, cuando sostiene que para el Derecho del Trabajo no existen personas *di per sé* discapacitadas, sino que en una relación laboral el trabajador viene evaluado en función de las tareas que tendrá que desarrollar. Por lo tanto, lo que cuenta no es la capacidad subjetiva sino la objetiva, es decir, la posibilidad de llevar a cabo las funciones específicas que le han sido atribuidas ya que para ello no solo cuentan las características subjetivas psico-físicas, sino también los elementos correctivos. La capacidad psico-física no es un concepto que se pueda medir *a priori* sino que depende del tipo de organización del trabajo existente en cada empresa. Por este motivo, ni las leyes, ni siquiera los convenios colectivos, que se limitan a recoger definiciones genéricas, prevén ningún tipo de parámetro que pueda servir como ayuda a la hora de definir la forma en la que la capacidad laboral debe ser valorada (Cfr. Loy, G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1993, p. 114).

Además, tal y como señala otra parte de la doctrina (Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 695) la diferencia entre discapacidad/incapacidad y capacidad para el trabajo es totalmente

variable ya que no todas las personas reaccionan del mismo modo (tanto física como emotivamente) a la misma patología, en particular, en el caso de las enfermedades crónicas que evolucionan de manera intermitente e imprevisible a lo largo del tiempo en función de diversos factores subjetivos y objetivos, entre ellos, la reacción al tratamiento, el contexto social y el apoyo familiar, entre otros.

Por su parte, los autores Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 34 utilizan un concepto diferente, pues se refieren a la discapacidad laboral, en el sentido más amplio de la expresión, que comprende cualquier restricción o impedimento en el desarrollo de la actividad laboral y es susceptible de abarcar otra serie de situaciones de limitación psico-física o pérdida de capacidad sobrevenida. Sin embargo, estas situaciones han quedado olvidadas en el ámbito jurídico, por lo que su tratamiento en el ámbito laboral y de la Seguridad Social son inciertos. Estos autores reflexionan sobre el concepto de discapacidad laboral y lo distinguen del concepto jurídico de discapacidad, del de incapacidad laboral y del de trabajadores especialmente sensibles, concluyendo que no existe un concepto jurídico de discapacidad que incluya todas las situaciones de menoscabo físico que tienen relevancia en el ámbito laboral. El concepto de discapacidad laboral planteado pretende abordar los supuestos en los que los trabajadores no reúnen las condiciones físicas o psicológicas para el desempeño de su trabajo de acuerdo con un rendimiento normal y en condiciones de seguridad, pero no les viene reconocida una discapacidad o una incapacidad.

1. 1. Trabajadores con discapacidad

1.1.1. Modelos de discapacidad

Tal y como señala la doctrina (Lawson, A., *Disability and Equality Law in Britain. The role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, p. 10, Oliver, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*. Basingstoke: Palgrave, 1996, p. 32), el modelo médico entiende la discapacidad, en primer lugar, como un problema que afecta al individuo y que deriva de una deficiencia física, sensorial, intelectual, psicosocial o de cualquier otro tipo de disfunción. Las medidas basadas en un modelo médico de discapacidad se concentran principalmente en el individuo con

discapacidad, a través de intervenciones centradas en curar o corregir la deficiencia para lograr su participación en el mundo que lo rodea. La doctrina (en este sentido Oliver, M., *op. cit.*, p. 32) apunta que el modelo individual se basa en la *personal tragedy theory of disability*, esto es, en el tratamiento individual y en la medicalización del problema a través del predominio de la intervención de profesionales médicos. Este es el modelo adoptado, en un primer momento, por la OMS en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías en 1983. La doctrina apunta que el principal problema de esta concepción de discapacidad es que da lugar a la exclusión de los discapacitados de la sociedad (véase Pastore, M., “Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell’Unione europea”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2016, p. 199). Algunos autores (Cabeza Pereiro, J., “La discriminación por discapacidad; el caso Chacón Navas”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*, n. 102, 2013, p. 307) apuntan que centrar el problema de la discapacidad en el aspecto médico individualiza la cuestión e impide a la persona afectada formar parte de un grupo que sufre un trato perjudicial. En palabras de este autor, el modelo médico “descolectiviza” la discriminación, estableciendo una barrera para la apreciación de la discriminación indirecta.

Por su parte, el modelo social, nace en el Reino Unido como respuesta de las organizaciones de discapacitados a las discriminaciones sufridas así como para negar los principios del modelo médico individual. Aunque no desconoce el problema del individuo, el modelo social presta una mayor atención a los factores externos que están en la sociedad y que provocan la exclusión y marginación de los discapacitados. Según Oliver, M., *op. cit.*, p. 32, no son las limitaciones del individuo las que crean el problema, sino la incapacidad de la sociedad de ofrecer servicios adecuados que tengan en cuenta las particulares necesidades de las personas con discapacidad y que permitan integrarlas en la organización social. El modelo social interpreta la discapacidad como el producto de una sociedad “discapacitante” y no tanto como el resultado de una patología del cuerpo de la persona, por lo tanto, la discapacidad es entendida como un problema situado en la sociedad y el modo de atenuarla exige transformar dicho entorno (en este sentido véase Pérez-Beneyto Abad, J. J., “Obesidad, discapacidad y el tribunal de justicia de la unión europea”, en Ramírez Bendala, M. D. (coordinadora), *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 142). Según este modelo, la deficiencia deriva de la limitación del individuo, sin

embargo, la discapacidad es la pérdida de oportunidades a la hora de participar en la vida social, en igualdad de condiciones que los demás, que el individuo sufre a consecuencia de las barreras existentes en la sociedad (Cfr. Favalli, S.; Ferri, D., “Tracing the Boundaries between Disability and Sickness in the European Union: Squaring the Circle?”, *European Journal of Health Law*, n. 23, 2016, p. 11).

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad ha sido considerada la máxima expresión de la aceptación del modelo social de discapacidad a nivel internacional ya que se ha negociado con la intención de conducir a una reforma a nivel nacional y supranacional (Cfr. Perju, V., “Impairment, Discrimination, and the Legal Construction of Disability in the European Union and the United States”, *Cornell International Law Journal*, n. 279, 2011, p. 281).

Según la doctrina (Fraser Butlin, S., *op. cit.*, p. 434), la utilización del modelo social de discapacidad tiene consecuencias, principalmente, en dos ámbitos. En primer lugar, desde el punto de vista de la prueba de la existencia de la discapacidad, no se deberían aportar únicamente pruebas médicas, sino que también habría que demostrar que existen barreras para la participación activa en la sociedad. En segundo lugar, el modelo social de discapacidad implica que el Estado y los responsables políticos tienen que adoptar una posición más activa para poder eliminar las barreras que existen en la sociedad y que impiden la participación activa de la persona con discapacidad.

A la hora de decantarse por el modelo médico o por el modelo social de discapacidad, resulta necesario establecer si existe una distinción útil y válida entre enfermedad y discapacidad. En este sentido se pronuncia Oliver, M., *op. cit.*, p. 34, quien pone de manifiesto las divergencias que han existido entre investigadores de diferentes áreas. En particular, desde la Sociología médica se ha defendido que no existe distinción entre enfermedad y discapacidad y que ambos conceptos están interrelacionados. Esta disciplina señala que las enfermedades crónicas están directamente relacionadas con las desventajas que padecen las personas con discapacidad. Sin embargo, si se utiliza el modelo social no se podría sostener esta teoría ya que no existiría un nexo causal entre enfermedad crónica y discapacidad, pues la discapacidad pertenece de manera total y exclusiva al ámbito social. La doctrina (Oliver, M., *op. cit.*, p. 35) señala que el modelo social no niega que algunas enfermedades crónicas puedan causar discapacidad y que muchas personas con discapacidad padezcan enfermedades en diferentes momentos de su vida. Sin embargo,

el problema se plantea cuando los profesionales médicos pretenden curar la discapacidad en lugar de la enfermedad, ya que la discapacidad no es curable desde el punto de vista médico. En sentido análogo se pronuncia Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 308, quien sostiene que mientras que en la protección de la discapacidad lo que importa son las consecuencias sociales de la misma, en la enfermedad, lo realmente relevante es la patología y no sus consecuencias sociales.

No han faltado autores que han criticado el modelo social de discapacidad, afirmando que no basta para afrontar de manera completa todas las limitaciones que padecen las personas con discapacidad (en este sentido véase Shakespeare, T., *Disability Rights and Wrongs*, Routledge, London, 2006). Esto se debe a que el modelo social se centra únicamente en las barreras que existen en la sociedad y no en los síntomas particulares de cada persona, que van a depender del tipo de discapacidad y del tipo de limitaciones, que impondrán, inevitablemente, una reducción de habilidades (Cfr. Lawson, A., *Disability and Equality Law in Britain...*, *op. cit.*, p. 11).

Además del modelo médico y del social, en los últimos años ha comenzado a desarrollarse el denominado modelo bio-psico-social, que integra ambos modelos a la hora de dar una definición de discapacidad y que pretende superar sus límites (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 26). Este es el modelo utilizado por la OMS en la clasificación CIF. En este caso, la OMS cambia el lenguaje utilizado y el término discapacidad deja de vincularse a la capacidad de cada individuo para desarrollar una actividad y considera que la discapacidad es la suma y la interacción entre tres planos: funcional, personal y social (en este sentido: Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 28). La principal innovación de la CIF es que deja de considerar que la discapacidad sea una condición inherente al individuo y tiene en cuenta la relación existente entre el mismo y el ambiente externo (véase Loy, G., “La disabilità nelle fonti internazionali”, en La Macchia, C. (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Roma, 2009, p. 38). Según este modelo, las limitaciones que derivan de la interacción entre persona y ambiente son el elemento principal de la noción de discapacidad (Cfr. Cimaglia, M. C., “«Niente su di noi senza di noi»: la Corte di giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2013, p. 405). La existencia de un problema de salud es una condición necesaria pero no suficiente para tener una discapacidad.

Según el modelo de la CIF, un problema de salud no deriva necesariamente en una limitación, sino que es el ambiente el que va a decidir si la existencia de una cierta condición de salud coincide o no con la presencia de discapacidad (véase Angeloni, S., Borgonovi, E., *op. cit.*, p. 55). Además, otros autores (Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 304) puntualiza que determinadas enfermedades, como el VIH, el cáncer, la diabetes o la esclerosis múltiple, ilustran la conveniencia de optar por el modelo social de discapacidad.

La doctrina (Leonardi, M.; Bickenbach, J.; Bedirhan Ustun, T.; Kostanjsek, N.; Chatterji, S., *The definition of disability: what is in a name?*, The Lancet, vol. 368, n. 9543, 2006, p. 1220) considera que la definición que recoge la CIF incluye todos los aspectos de la discapacidad y da relevancia a la naturaleza interactiva y dinámica de la misma.

La doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 90) señala que el objetivo de la OMS es crear un lenguaje universal y estandarizado para describir la salud y los estados relacionados con la misma. Sin embargo, la utilización de estas clasificaciones en el ámbito jurídico y en la definición de la política social ha sido residual (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 29). Siguiendo el modelo bio-psico-social, la discapacidad no existiría si el ambiente presenta elementos que facilitan la participación de los discapacitados en los diferentes contextos de la vida social (Pastore, M., *op. cit.*, p. 201).

La doctrina (Crapanzano, C., *La tutela giudiziaria dei disabili. La difesa contro le discriminazioni prevista dalla Legge n. 67/2006*, Halley Editrice, Matelica, 2007, p. 19) apunta que una de las principales innovaciones de la CIF es que no se refiere solamente a los discapacitados, sino a todos los sujetos, es decir, los criterios que utiliza se aplican indiferentemente a todo ser humano. En este sentido, algunos autores (Pastore, M., *op. cit.*, p. 201) sostienen que salud y discapacidad comparten las mismas dimensiones conceptuales y que la discapacidad ya no es una cuestión que atañe solo a un grupo minoritario sino que, utilizando una perspectiva universal, se trata de una condición que cualquier ser humano puede experimentar a lo largo de su vida. Otros autores (véase Angeloni, S., Borgonovi, E., *op. cit.*, p. 56) apuntan que la heterogeneidad de la discapacidad, que puede asumir diversas formas (temporal o permanente; visible o invisible; física, social/emotiva o cognitiva), explica el relevante porcentaje de la población afectada, que viene definida como la minoría más grande del mundo.

La CIF, además de recoger un concepto de discapacidad, también contiene una definición de enfermedad. La doctrina (Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”, *Revista de información laboral*, n. 4, 2014, p. 21 (versión web Aranzadi)) ha entendido que, a pesar de la separación que la CIF pretende hacer entre ambos conceptos, las conexiones son evidentes. Sin embargo, a pesar de las imprecisiones que existen, esta autora afirma que el concepto de enfermedad es distinto del de discapacidad y que las únicas enfermedades que pueden quedar incluidas en el concepto de discapacidad son las enfermedades crónicas que limiten la participación social.

1.1.2. Regulación de la discapacidad a nivel internacional

En el ámbito internacional, la norma de referencia para la tutela de las personas con discapacidad es la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006. El art. 1 de la Convención señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Según la doctrina (Fraser Butlin, S., “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?”, *Industrial Law Journal*, n. 4, 2011, p. 432), esta Convención es imprescindible para entender el concepto de discapacidad. Este autor señala que el art. 1 es de particular relevancia ya que al utilizar la palabra “incluir” para designar a los sujetos que entran dentro del concepto de discapacidad, ello significa que la protección frente a la discapacidad se puede extender también a otros sujetos que no tengan deficiencias pero que ven limitada su participación en la sociedad. Sin embargo, otros autores (Leonardi, M.; Bickenbach, J.; Bedirhan Ustun, T.; Kostanjsek, N.; Chatterji, S., *op. cit.*, p. 1220) sostienen que la perspectiva de la Convención es solamente médica porque restringe el concepto de discapacidad a aquellas personas que tengan deficiencias de larga duración, independientemente de su nivel de participación en la sociedad. Además, insistiendo en la necesidad de que la limitación sea duradera,

excluye de dicha definición a un amplio abanico de limitaciones de duración limitada, fluctuantes o episódicas.

En la definición de la Convención se aprecia la ausencia de cualquier tipo de elemento cuantitativo a la hora de medir la igualdad, ya que según Loy, G., “La disabilità...”, *op. cit.*, p. 38, la misma deberá ser total. Por este motivo, incluso una mínima dificultad para la participación plena y efectiva en la sociedad entraría en el ámbito de aplicación de la Convención.

La Convención señala en su Preámbulo que la discapacidad es un concepto en evolución por lo que la doctrina (Biel Portero, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 42) considera que la definición de discapacidad utilizada en la Convención es dinámica y abierta y deja margen para que los distintos Estados puedan incorporar otros colectivos y para que se produzcan posibles actualizaciones en el futuro.

La doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 127, 2014, p. 90) afirma que una de las consecuencias de la evolución del concepto de discapacidad ha sido su ensanchamiento, ya que se han incrementado las situaciones susceptibles de ser consideradas discapacidad. Ello ha contribuido a una mayor dificultad a la hora de acotar el concepto y a la hora de diferenciar una persona con discapacidad de una persona plenamente capaz.

1.1.3. La regulación de la discapacidad a nivel europeo y la evolución de la posición del TJUE

A nivel de tutela antidiscriminatoria, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a pesar de incluir la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas, no recoge una definición de la misma. Por este motivo, tal y como señalan ciertos autores (Lluch Corell, F. J., “El despido por enfermedad: una nueva lectura de la noción de discriminación por discapacidad”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, n. 1, 1 noviembre 2014, p. 3) se plantean dudas a la hora de determinar

el alcance jurídico del término discapacidad y decidir en qué medida se puede incluir en él la enfermedad.

La definición de las causas de discriminación es de gran relevancia, puesto que la misma va a condicionar el ámbito de aplicación de la tutela antidiscriminatoria ya que se corre el riesgo de dividirla en compartimentos estanco. Este fenómeno debilita la normativa antidiscriminatoria porque deja sin tutela a aquellos que se encuentran en las intersecciones existentes entre las diferentes causas de discriminación. Sin embargo, la cuestión acerca de cómo deberían definirse los motivos de discriminación para evitar los efectos aparentemente discriminatorios que la misma podría provocar no ha sido objeto de atención en el debate académico por el momento. A pesar de ello, el ámbito de la discriminación por discapacidad es el terreno perfecto para profundizar sobre este tema y contribuir asimismo al establecimiento de una definición de discapacidad más adecuada (véase Schiek, D., “Intersectionality and the notion of disability in EU discrimination law”, *Common Market Law Review*, n. 53, 2016, p. 36 y ss.).

La doctrina (Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 7) apunta que es sorprendente que la discusión sobre el concepto de discapacidad se haya limitado al ámbito de la tutela antidiscriminatoria y no se haya extendido a otras áreas, circunstancia que es contraria a la necesidad de uniformar la aplicación del Derecho Europeo. De hecho, esto pondría en peligro la coherencia interna de la normativa europea, puesto que enfermedad y discapacidad darían lugar a niveles diferentes de protección en el ámbito antidiscriminatorio y en el ámbito de la Seguridad Social.

Algunos autores (Cfr. Loy, G., “La disabilità...”, *op. cit.*, p. 38 y ss.) apuntan que es necesario decidir si, a la luz de las recientes formulaciones es todavía útil buscar una definición de discapacidad basada en las características de las personas. Una parte de la doctrina (Barbera, M., “Le discriminazioni basate sulla disabilità”, in Barbera, M. (directora), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè Editore, Milán, 2007, p. 94) señala que el hecho que la discapacidad sea una noción cambiante y que dependa del contexto social conduce a considerar que no sea oportuno intentar dar una definición de discapacidad definitiva y exhaustiva. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 9) señala que, a pesar de que se haya sostenido que definir la discapacidad es irrelevante desde el punto de vista legal, en realidad, la manera en la que la discapacidad se entienda va a

condicionar de forma decisiva la aplicación de la normativa que protege y promueve los derechos de las personas con discapacidad.

El TJUE, en la sentencia de 11 de julio 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05, establece que el concepto de discapacidad tiene que ser objeto de interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, al margen de las definiciones existentes en cada Estado miembro. El TJUE define la discapacidad como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

A la hora de decidir si el concepto de enfermedad puede quedar incluido en el de discapacidad, el TJUE, sostiene que el mero hecho de que la Directiva utilice el término discapacidad y no enfermedad es una opción de política legislativa que pretende excluir la equiparación de ambos conceptos (véase Escribano Gutiérrez, J., “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2007, p. 7 (versión web)). Sin embargo, una parte de la doctrina (en este sentido Escribano Gutiérrez, J., *op. cit.*, p. 7 (versión web)) señala que a tenor de la literalidad de la Directiva, en ningún momento se puede deducir que se haya excluido la posibilidad de incluir la enfermedad en el concepto de discapacidad.

En la sentencia Chacón Navas, el TJUE sostuvo que no era posible equiparar la enfermedad a la discapacidad afirmando que se trata de dos conceptos completamente distintos y que solo existirá discapacidad si la enfermedad ocasiona limitaciones funcionales de carácter previsiblemente definitivo que impiden la participación plena en la vida profesional (Cfr. Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n. 157, 2013, p. 155, y Vizioli, M., “Malattia e handicap di fronte alla Corte di Giustizia”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, n. 1, 2007, p. 225). Otros autores (Enjuto Jareño, D., “Enfermedad y discapacidad: ¿fundamental la nulidad del despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05”, *IUSLabor*, Universidad Pompeu Fabra, n. 4, 2006, p. 6) sostienen que, cuando da una definición de discapacidad, el TJUE no está pensando en la enfermedad ya que, en la mayor parte de los casos, esta implica solamente un periodo breve de inactividad laboral del trabajador que, en ningún caso, le impide regresar al trabajo y continuar con una vida laboral duradera una vez que se ha recuperado. La doctrina (Fabris, P., “Il

licenziamento per malattia è valido o discriminatorio?, *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2007, p. 5456) apunta que en el momento en el que los efectos derivantes de la enfermedad se convierten en permanentemente invalidantes, ya no constituirían enfermedad, pues adquieren relevancia autónoma.

Sin embargo, otros autores (Escribano Gutiérrez, J., *op. cit.*, p. 7 (versión web)) consideran que la limitación que el TJUE utiliza como elemento definitorio de la discapacidad está también presente en muchas ocasiones en la enfermedad, dado que muchas veces la enfermedad es la antesala de una posterior discapacidad. En la misma línea se pronuncia otra parte de la doctrina (Cfr. Bell, M., “Sickness Absence and the Court of Justice: Examining the Role of Fundamental Rights in EU Employment Law”, *European Law Journal*, n. 5, 2015, p. 651) que afirma que con los datos disponibles en el caso que está analizando el TJUE (la señora Chacón Navas lleva más de un año en situación de incapacidad temporal y está esperando para someterse a una operación) se podría decir que existe una discapacidad, aunque sea temporal, que impacta en su capacidad para trabajar.

Otros autores se muestran favorables a la conclusión a la que llega esta sentencia (veáse Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 310) porque señalan que no debe haber, *a priori*, identificación entre discapacitado y enfermo ya que las personas con discapacidad solo necesitan ayuda médica en situaciones de enfermedad o patología y puede ocurrir que una persona tenga limitaciones que le ocasionen dificultades para realizar sus actividades cotidianas pero que, no por ello sea una persona enferma. Por lo tanto, la misma autora puntualiza que, aunque es posible que concurren en una misma persona todas las situaciones, no toda deficiencia da lugar a una discapacidad, ni todo discapacitado es enfermo, ni es incapaz de realizar una actividad laboral. Se trata de situaciones distintas que se protegen de forma diferente. Otra parte de la doctrina (Barbera, M., *op. cit.*, p. 97) sostiene que, si bien puede ser razonable no asimilar de manera general la enfermedad a la discapacidad, teniendo en cuenta que la enfermedad ya cuenta con una serie de tutelas, si bien más limitadas, no se podría negar dicha asimilación basándose en una definición restringida de la noción de discapacidad por todas las consecuencias que adoptar este tipo de definición de discapacidad conlleva.

La doctrina (Waddington, L., “Case C-13/05, Chacón Navas v. Euresit Colectividades SA, judgment of the Gran Chamber of 11 July 2006”, *Common Market*

Law Review, n. 44, 2007, p. 492; Pastore, M., *op. cit.*, p. 203) señala que en esta sentencia, el TJUE está utilizando una definición de discapacidad basada en el modelo médico o individual y, por este motivo, es cuestionable que la utilización por parte del TJUE de una definición de discapacidad basada únicamente en el modelo médico sea acorde con la posición mantenida por el resto de instituciones de la Unión Europea (ya en el año 1996 tanto la Comisión Europea como el Consejo reconocieron la importancia de basar sus políticas en el modelo social de discapacidad) (en este sentido, Waddington, L., “Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades...”, *op. cit.*, p. 492). La misma autora señala que hubiese sido de esperar que en dicha sentencia, el TJUE hubiese reconocido la importancia del modelo social de discapacidad.

Otra parte de la doctrina (Perju, V., *op. cit.*, p. 319) pone de manifiesto algunos problemas que conlleva la no equiparación entre discapacidad y enfermedad y señala que, en el caso de que una persona padezca una enfermedad mientras está trabajando, existe un periodo durante el cuál la discapacidad no se ha concretado de manera efectiva o no ha sido reconocida, por lo que este trabajador no es un discapacitado (o al menos no por el momento), pero está enfermo y no tiene derecho a tutela.

A pesar de que el TJUE rechaza la idea de que un trabajador tenga derecho a la aplicación de la tutela en materia de discapacidad por el simple hecho de desarrollar cualquier tipo de enfermedad, la doctrina (Perju, V. *op. cit.*, p. 309) apunta que existen importantes diferencias entre las condiciones médicas, que son menores y transitorias, y otras condiciones como el cáncer o la depresión de las cuáles se sabe que tendrán efectos a largo plazo desde el momento del diagnóstico, u otras enfermedades que pueden transformarse en crónicas. Otros autores (Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 25) apuntan que el TJUE no realiza ninguna diferenciación entre la enfermedad crónica y la enfermedad de duración limitada, por lo que, a pesar de que señala correctamente que las mismas no aparecen mencionadas específicamente en la Directiva 2000/78/CEE, no explica cuál es la diferencia entre enfermedad y discapacidad. En este sentido, la doctrina (Kessler, F., “¿Tendrá incidencia en el Derecho del Trabajo francés la nueva definición de discapacidad del Derecho comunitario?”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, 11, 2007, p. 381; Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 304) señala que la definición restrictiva de discapacidad que da el TJUE plantea problemas a la hora de decidir si determinados grupos de personas, en particular aquellas con enfermedades crónicas, entran en la categoría de discapacidad o no.

Siguiendo esta misma línea, Perju, V., *op. cit.*, p. 310 señala que categorías como las enfermedades crónicas y la discapacidad temporal, como las presentes en el caso analizado por el TJUE, difuminan las líneas diferenciadoras que separan la enfermedad, la deficiencia y la discapacidad. También Pastore, M., *op. cit.*, p. 204 apunta que en el caso de enfermedades crónicas, la diferencia entre discapacidad y enfermedad no es tan clara como sugiere la sentencia. Además, este mismo autor sostiene que una enfermedad crónica, que da lugar a una limitación funcional de duración prolongada, debería ser considerada una discapacidad a efectos de la Directiva. Además, otros autores (Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 305) señalan que el TJUE no es claro cuando afirma que la prohibición de discriminación no se aplica tan pronto como aparece cualquier enfermedad porque, *a sensu contrario*, podría pensarse que sí se aplicaría cuando la enfermedad se cronifica.

Otros autores (Waddington, L., “Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades...”, *op. cit.*, p. 494) apuntan que, al no ser claro el TJUE a la hora de señalar si las enfermedades que producen efectos prolongados en el tiempo tienen que ser consideradas como una discapacidad a efectos de la Directiva, conduce únicamente a especulaciones en este punto, dando la sensación de que el TJUE quiere dejar la puerta abierta a un posible reconocimiento en este sentido en el futuro.

La doctrina (Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 304) señala que lo que pretendía el TJUE en la sentencia Chacón Navas era establecer un concepto de discapacidad que no provocase demasiadas perturbaciones a la mayoría de los Estados, los cuáles podrían cumplir con cierta facilidad los estándares mínimos de protección exigidos por la normativa comunitaria. Sin embargo, este mismo autor concluye que el establecimiento de un concepto autónomo y uniforme válido en todos los Estados miembros no es una tarea tan sencilla como pueda parecerlo. La doctrina (Fabris, P., *op. cit.*, p. 553) sostiene que en esta sentencia el TJUE ha tenido miedo de extender el ámbito de aplicación de la Directiva más allá de las discriminaciones fundadas en los motivos enunciados en modo exhaustivo, circunstancia que perjudicaría la posición del empresario e incidiría en la libre competencia. Además, con esta sentencia, el TJUE confirma un peligrosísimo principio según el cual en el Derecho comunitario valen solamente los derechos fundamentales previstos expresamente y reconocidos por las fuentes comunitarias primarias.

La doctrina considera que, al contrario de lo señalado en la sentencia Chacón Navas, en la sentencia de 11 abril 2013, *HK Danmark*, asuntos C-335/11 y C-337/11, el TJUE realiza una interpretación potencialmente amplia del concepto de discapacidad superando la posición más restrictiva sostenida en la sentencia Chacón Navas, ya que considera que en dicho concepto puede quedar incluida la enfermedad de larga duración que sea susceptible de impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional, a consecuencia de la interacción de una serie de dolencias con diversas barreras (Cfr. Pérez Anaya, R. M. “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT University Press, n. 1, 2015, p. 155; Agliata, M., “La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di “handicap” e “soluzioni ragionevoli” ai sensi della direttiva 2000/78/CE”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, Giuffrè Editore, n. 1, 2014, p. 265; Damamme, J., “How can obesity fit within the legal concept of “disability”? A comparative analysis of judicial interpretations under EU and US non-discrimination law after Kaltoft”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, n. 1, p. 169; Cabeza Pereiro, J., Fernández Docampo, B., “Doctrina judicial reciente sobre discriminación por discapacidad”, en *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudios desde el derecho internacional y comparado*, Mella Méndez, L. (directora), ADAPT Labour Studies e-Book series, ADAPT University Press, n. 19, 2014, p. 682)

En esta sentencia, la interpretación que el TJUE realiza del concepto de discapacidad está condicionada por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, ratificada por la Unión Europea con la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23) ya que, tal y como señala la doctrina (Waddington, L., “HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 17, 2013, p. 20; Cimaglia, M. C., *op. cit.*, p. 15), dicha Convención tiene un nivel jerárquico superior al del Derecho derivado y, por lo tanto, toda la legislación europea tiene ser interpretada y reinterpretada de manera conforme a la Convención. Algunos autores (McTigue, P., “From Navas to Kaltoft: The European Court of Justice’s evolving definition of disability and the implications for HIV-positive individuals”, *International Journal of Discrimination and the Law*, n. 25, 2015, p. 5; Agliata, M., *op. cit.*, p. 265; Rodríguez

Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 89) señalan que el hecho de que el TJUE esté dando un gran énfasis a la Convención, tiene importantes consecuencias a la hora de delimitar el concepto de discapacidad ya que, tal y como señala McTigue, P., *op. cit.*, p. 13, al utilizar la Convención el modelo social de discapacidad esto influye claramente en la decisión del TJUE. En la misma línea se pronuncian Lane, J., Videbaek Munkholm, N., “Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work – Past Present and Future”, *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, n. 1, 2015, p. 95, quienes señalan que el TJUE adopta una nueva visión del concepto de discapacidad a la luz de la Convención de 2006. Tal y como señala Molina Navarrete, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring””, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 130, 2015, p. 6 (versión web), la Convención de la ONU marcó un significativo punto de inflexión en la jurisprudencia comunitaria aunque ello no siempre se ha evidenciado en la forma correcta. El TJUE, de acuerdo con la OMS y con la Convención de la ONU, no establece ninguna diferenciación implícita entre los diferentes estados de salud, sino que lo que hace es poner el *focus* en la funcionalidad del individuo por lo que la discapacidad es como consecuencia de la interacción con barreras externas (Cfr. Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 29).

El TJUE apunta que a la hora de distinguir los conceptos de discapacidad y enfermedad no es determinante la naturaleza de los ajustes que el empresario tenga que adoptar porque las medidas de ajuste son la consecuencia y no el elemento constitutivo de la discapacidad. Una parte de la doctrina (Guariso, A. “Il destino incerto del licenziamento per superamento del periodo di comportamento dopo la sentenza HK della Corte europea”, *D & L – Rivista critica di diritto del lavoro*, n. 1- 2, 2013, p. 45) considera que, si bien esta precisión del TJUE puede parecer obvia, contribuye, en mayor medida, a reducir la distancia entre la discapacidad y la enfermedad. Este autor argumenta que, desde un punto de vista jurídico, adoptar una medida técnico-organizativa en caso de enfermedad entendida como imposibilidad no culpable de llevar a cabo la prestación, sería incompatible con el propio concepto de enfermedad. Sin embargo, en caso de que los efectos perjudiciales puedan ser superados a través de la adopción de medidas de adaptación, este hecho podría constituir elemento identificador, aún en manera indirecta, de la existencia de discapacidad.

Algunos autores como Pérez Anaya, R. M. *op. cit.*, p. 151, han interpretado que lo que hace el Tribunal es llevar a cabo una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva ya que la causa que puede provocar la discapacidad no siempre tiene por qué padecerse desde el nacimiento de la persona o venir motivada por un accidente, sino que también puede provenir de una enfermedad. Si bien para que una enfermedad sea considerada discapacidad tiene que ser de larga duración, es indiferente si la misma es curable o incurable, lo único que importa es que esta dificulte la participación plena en la vida profesional. Tal y como señala la doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 92) también tendrán cabida en el concepto de discapacidad las enfermedades curables que tengan una duración previsiblemente larga. Por este motivo, algunos autores señalan que el TJUE se hace eco de la compleja relación que existe entre enfermedad y discapacidad (Bell, M., “Sickness absense and the Court of Justice...”, *op. cit.*, p. 652), y acaba con la incerteza creada por la sentencia Chacón Navas, estableciendo de manera clara que la enfermedad puede ser causa de discapacidad (Waddington, L., “HK Danmark (Ring and Skouboe Werge)...”, *op. cit.*, p. 20).

Algunos autores como Giubboni, S., “Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la Legge Fornero e il Jobs Act”, Working Paper Centre for the Study of European Labour Law “Massimo D’Antona”. IT – 261/2015, p. 11 (de próxima publicación en *Quaderni di Medicina Legale del Lavoro*), añaden que todas las personas que sufren un déficit de integración en la vida profesional como consecuencia de una minoración física, psíquica, sensorial o intelectual entran en la noción de discapacidad recogida en la Directiva.

Sin embargo, otros autores como Cuba Vila, B., “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable”, *Revista de información laboral*, Lex Nova, n. 3, 2014, p. 167 sostienen que la sentencia *HK Danmark* no lleva a cabo una equiparación total del concepto de enfermedad y discapacidad, sino que lo que hace es crear una tercera categoría: la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador. Esta misma autora (Cuba Vila, B., *op. cit.*, p. 172) sostiene que esta nueva categoría conceptual de enfermedad prolongada participa de la naturaleza de los dos conceptos ya conocidos de enfermedad y discapacidad y que, por lo tanto, a efectos prácticos resulta subsumible en el concepto de discapacidad.

Algunos autores como Sempere Navarro, A. V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Aranzadi, n. 866, 2013, p. 3 y Agliata, M., *op. cit.*, p. 265) van más allá y consideran que la sentencia HK Danmark supone una verdadera rectificación respecto a lo afirmado por el TJUE en pronunciamientos anteriores. En concreto, Sempere Navarro, *op. cit.*, p. 3, sostiene que una de las consecuencias prácticas de la misma es la necesidad de revisar la separación entre enfermedad y discapacidad y dar paso a la “nueva enfermedad asimilada”. Incluso antes de esta sentencia del TJUE, una parte de la doctrina (Cfr. Caballero Sánchez-Izquierdo, J. M., “Carácter no discriminatorio del despido de trabajadores por razón del padecimiento de enfermedades crónicas”, *Diario La Ley*, n. 7012, 2008, p. 3 (versión web)) abogaba por la existencia de una categoría intermedia situada entre la simple enfermedad, susceptible de ser padecida ocasionalmente por cualquiera, y la discapacidad. Dicha categoría, que este autor denomina “tertium genus” se trata de una disfuncionalidad periódica que tiene su base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que la misma llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante.

En sentido contrario se pronuncia Molina Navarrete, C., *op. cit.*, p. 9 (versión web), que apunta que, a pesar de su novedad, la sentencia del TJUE de 2013 no implica una rectificación en toda regla del precedente sentado en la sentencia Chacón Navas. Siguen la misma línea otros autores como Velasco Portero, T., “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, n. 39, 2014, p. 153 que sostiene que en realidad no se trata de una verdadera rectificación del TJUE sino de una matización, ya que se mantienen los requisitos exigidos por la sentencia Chacón Navas, en cuanto a la necesaria presencia de una limitación derivada de dolencias que sea obstáculo para la vida profesional y que la misma sea de larga duración, por lo que enfermedad y discapacidad no serían conceptos equiparables.

De manera conforme a esta línea de pensamiento, buena parte de la doctrina (Lluch Corell, F. J., “El despido por enfermedad: una nueva lectura de la noción de discriminación por discapacidad”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, n. 1, 1 noviembre 2014, p. 5; Pérez Anaya, R. M. *op.cit.*, p. 151, Betsch, N., “The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctant acceptance of the social approach of disability”, *European Labour Law Journal*, n. 2, 2013, p. 141) señala que no puede afirmarse que a

raíz de esta sentencia discapacidad y enfermedad deban ser considerados conceptos sinónimos ya que la Directiva no ofrece protección si las enfermedades no provocan limitaciones en el desarrollo de la prestación laboral. En el mismo sentido se pronuncia Molina Navarrete, C., *op. cit.*, p. 8 (versión web), quien puntualiza que la sentencia en ningún momento afirma que haya identidad total entre la salud y la discapacidad como factor de discriminación, ni que la protección haya de ser inmediata una vez que surja la enfermedad, pues la misma tiene que ser de larga duración. En este aspecto la sentencia de 2013 está utilizando el precedente de la sentencia Chacón Navas.

En concreto, Pérez Anaya, R. M. *op. cit.*, p. 148, señala que realizando un análisis del concepto de discapacidad utilizado por el TJUE antes y después de la ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención de la ONU, no se encuentran diferencias sustanciales que puedan llevar a concluir que el TJUE ha creado un nuevo concepto de discapacidad, sino que se trata más bien de una evolución en la que entra en juego una nueva dimensión social de dicho concepto que podrá influir, no tanto en el término de discapacidad en sí mismo, sino en la apreciación de su existencia en situaciones reales. Según esta autora, lo que hace el Tribunal es realizar una interpretación nueva y más amplia del concepto de discapacidad tras la ratificación de la Convención de la ONU y en el que pueden quedar incluidas algunas enfermedades de larga duración. En sentido análogo se posiciona Betsch, N., *op. cit.*, p. 141, que sostiene que en la interpretación que realiza en esta sentencia, el TJUE no está dejando totalmente de lado la posición sostenida en la sentencia Chacón Navas, sino que únicamente se limita a estructurar su opinión teniendo en cuenta la Convención.

Otra parte de la doctrina (Cfr. Molina Navarrete, C., *op. cit.*, p. 9 (versión web) apunta a que más allá de la cuestión estrictamente conceptual, es decir si la sentencia del TJUE identifica un nuevo concepto de “enfermedad equiparable” o “asimilable” o no, está claro que el TJUE propone al juez una nueva dimensión social de discapacidad, por lo que para este autor la renovación del concepto está clara. Además, en esta sentencia, en vez de centrarse en la distinción abstracta de discapacidad y enfermedad, tal y como señala Pérez Anaya, R. M. *op. cit.*, p. 148, el TJUE hace un análisis más concreto y práctico de la situación que padece el trabajador a consecuencia de dolencias de larga duración que, aunque no lo incapacitan, lo colocan en una situación más vulnerable respecto a los demás trabajadores a la hora de mantener su derecho al empleo en igualdad de condiciones.

Otros autores como McTigue, P., *op. cit.*, p. 13 adoptan una perspectiva de futuro y puntualizan que si bien esta decisión el TJUE representa un primer paso en la dirección hacia el modelo social de discapacidad, al seguir exigiendo que la enfermedad impida participar de manera total en la vida profesional y que tenga un grado mínimo de gravedad, puede apreciarse que todavía falta un largo camino por recorrer hasta llegar a una definición de discapacidad basada primordialmente en el modelo social. Por su parte, Betsch, N., *op. cit.*, p. 141 señala que si bien el TJUE ha dado un primer paso hacia la utilización del modelo social de discapacidad, lo ha hecho en una manera un tanto reacia, por lo que es de esperar que en sentencias futuras el TJUE tenga ocasión de precisar dicho concepto. Otra parte de la doctrina (Pastore, M., *op. cit.*, p. 209) apunta que, si bien otros autores utilizan de manera indiferenciada las expresiones modelo social y modelo bio-psico-social a la hora de definir la perspectiva adoptada por el TJUE en esta sentencia, en realidad sería más adecuado afirmar que el TJUE está utilizando el modelo bio-psico-social. En el mismo sentido se pronuncia Cimaglia, M. C., *op. cit.*, p. 404 que afirma que el TJUE introduce una revolución copernicana en el ordenamiento jurídico europeo ya que pasa de un modelo de valoración de la discapacidad de naturaleza exclusivamente médico-sanitaria a una de tipo bio-psico-social.

Tal y como señala la doctrina (Betsch, N., *op. cit.*, p. 140) una cuestión que el TJUE no aclara es el tratamiento que tienen que recibir las enfermedades crónicas. En particular, en aquellos casos en los que la limitación permanente derivada de la enfermedad no puede ser constatada por un médico, como por ejemplo el caso de un *cancer survivor* que padezca fatiga crónica después del tratamiento o de una persona con SIDA cuyos síntomas no se manifiestan.

Otro asunto que el TJUE no resuelve en esta sentencia, porque esta cuestión no le ha sido planteada, es la necesidad de que una persona tenga que tener un grado mínimo reconocido de discapacidad para poder ser considerado discapacitado y tener derecho a una protección, requisito exigido en muchos países de la Unión Europea. Esta exigencia conlleva que personas con un grado de discapacidad menor o aquellas que no han obtenido un reconocimiento administrativo de discapacidad queden fuera del ámbito de protección de la tutela antidiscriminatoria (Cfr. Waddington, L., “HK Danmark (Ring and Skouboe Werge)...”, *op. cit.*, p. 21). Según esta misma autora, el requerir un específico grado de discapacidad para poder tener derecho a la tutela antidiscriminatoria

no parece conforme con el modelo social de discapacidad, sino que lo que debería tenerse en cuenta es la limitación para la participación en la vida profesional derivada de la interacción con varias barreras. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 119) insiste en que el reconocimiento formal de las deficiencias y de su incidencia en la capacidad de la persona es una premisa básica para poder declarar la existencia de discapacidad, por lo que será necesario una declaración o reconocimiento individualizado siguiendo el procedimiento establecido en cada caso.

Después de la sentencia HK Danmark, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre la cuestión en la sentencia de 18 de diciembre 2014, Kaltoft, asunto C-354/13, referida al caso concreto de la obesidad. La obesidad entra dentro de la categoría de las enfermedades crónicas según la OMS (Cfr. OMS, *Fact sheets on chronic diseases*, disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/en/>).

La respuesta del TJUE en este asunto parte de dos premisas. Por una parte, del hecho de que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión Europea se encuentra el principio general de no discriminación, pero en ninguna disposición se contiene una prohibición de discriminación específica por obesidad y, por otra, que no es procedente ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva por analogía (Pérez-Beneyto Abad, J. J., *op. cit.*, p. 136). En el mismo sentido se pronuncia Tapia Hermida, A., “La obesidad como causa de despido (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 384, 2015, p. 221, que apunta que la obesidad como tal no puede considerarse discapacidad porque, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una de las limitaciones contempladas en la Convención de la ONU.

Sin embargo, otra parte de la doctrina (Pérez-Beneyto Abad, J. J., *op. cit.*, p. 136) señala que en la interpretación del concepto de discapacidad realizada en esta sentencia, el Tribunal tiene que tener en cuenta la posición mantenida en la sentencia de 2013, así como la ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención de la ONU. Esto condiciona su decisión ya que equipara la obesidad a la discapacidad en caso de que concurren las condiciones ya señaladas en la sentencia de 2013, es decir, si acarrea

limitaciones que al interactuar con diversas barreras pueden impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional.

En la sentencia de 2014, el Tribunal introduce un nuevo matiz al señalar que la discapacidad protegida por la Directiva no sólo abarca la que impide el ejercicio de una actividad profesional, como había sostenido en la sentencia Chacón Navas, sino también la que implica una dificultad en el ejercicio de la misma (Pérez Anaya, R. M., *op.cit.*, p. 147; Pérez-Beneyto Abad, J. J., *op. cit.*, p. 145). Según algunos autores (Lane, J., Videbaek Munkholm, N., *op. cit.*, p. 95), el TJUE se centra en las barreras que nacen de la interacción con la sociedad y no en la obesidad o en la causa de la obesidad en sí misma, lo que pone de manifiesto que, en la actualidad, el modelo social es el preferido por el TJUE. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 32) apunta que, en cierto modo, el TJUE está utilizando el modelo médico de discapacidad porque considera que únicamente la obesidad severa, por ejemplo la obesidad mórbida, puede dar lugar a discapacidad y, por lo tanto, quedar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CEE.

Tal y como señala la doctrina (Damamme, J., *op. cit.*, p. 149 y Rivas Vallejo, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *IUSLabor*, Universitat Pompeu Fabra, n. 1, 2015, p. 11) las enfermedades tales como la obesidad, no han sido un tema que haya suscitado mucho interés en Europa y han sido únicamente objeto de estudio por la literatura médica, pasando desapercibidas en el campo de la tutela antidiscriminatoria. De hecho, la doctrina (Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 33) señala que en esta sentencia el TJUE muestra reticencia a la hora de afrontar este asunto debido a las implicaciones que la consideración de la obesidad como discapacidad implicaría en el mercado de trabajo, desde el punto de vista de los costes puesto que la obesidad es un fenómeno que está aumentando.

Sin embargo, en esta sentencia, el TJUE equipara la obesidad a la discapacidad y le otorga la correspondiente tutela al amparo de la Directiva 2000/78/CEE cuando concurren las condiciones propias de ésta (en este sentido, Rivas Vallejo, P., *op. cit.*, p. 22). En efecto, según apunta la doctrina (Pérez Anaya, R. M., *op. cit.*, p. 145) la única posibilidad de otorgarle protección específica a la obesidad es a través de la equiparación a la discapacidad, y no como causa autónoma de discriminación (Rivas Vallejo, P., *op. cit.*, p. 22). Esta misma autora, señala que la cobertura de la obesidad por la vía de tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad proporciona una

solución en el caso de la obesidad mórbida, es decir, de aquella que efectivamente impone barreras que dificultan la plena inserción laboral de las personas que la sufren debido a los problemas de movilidad y a los riesgos laborales que implica. Sin embargo, deja en el limbo a otros grados de obesidad que, a pesar de no cumplir con estos requisitos, sí dan lugar a un trato peyorativo y discriminatorio.

La doctrina señala que la posición mantenida por el TJUE en relación a la obesidad es deudora del Derecho norteamericano que, es el referente en la tutela antidiscriminatoria y que identifica la obesidad como un supuesto de diversidad funcional, física o mental que provoca una limitación mayor o menor en las actividades diarias de una persona (Pérez-Beneyto Abad, J. J., *op. cit.*, p. 145). De hecho, este autor señala que la última de las sentencias norteamericanas es casi coetánea de la sentencia del TJUE y ambas llegan a la misma conclusión: la equiparación de la obesidad a la discapacidad es posible cuando concurren los requisitos exigidos en la Directiva, por lo que afirma que el Derecho comunitario está evolucionando hacia el modelo social por influencia del Derecho norteamericano. En el mismo sentido se pronuncia Pastore, M., *op. cit.*, p. 201 quien señala que la posición del TJUE en torno al concepto de discapacidad ha ido evolucionando hasta pasar del modelo médico al innovador modelo bio-psico-social en las distintas sentencias en las que ha afrontado la cuestión.

1.1.4. El concepto de discapacidad a nivel nacional

El hecho de que la Directiva 2000/78/CE no contenga una definición de discapacidad ha provocado que, aún después de la transposición de la Directiva en los distintos ordenamientos internos, existan multitud de diferencias en el cuadro normativo de la discapacidad en los distintos Estados miembros, tanto en lo que a la definición de discapacidad se refiere, como a la inclusión de la obligación del empresario de realizar ajustes razonables (para consultar un análisis de la normativa en materia discriminación por discapacidad en los distintos Estados miembros véase Waddington, L.; Lawson, A., *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Commission, 2009 y Brunel University, *Definition of disability in Europe. A comparative analysis*, European Commission, 2002). Esto, unido a la no inclusión de la enfermedad como causa de discriminación prohibida en la Directiva 2000/78/CE ha provocado que

situaciones similares reciban un trato diferente en los distintos Estados miembros, dependiendo de su calificación como discapacidad o como mera enfermedad (Cfr. Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 22).

Además de las diferencias existentes entre los distintos Estados, dentro de cada ordenamiento jurídico, las definiciones legales de discapacidad varían en función de los objetivos de cada norma (véase Degener, T., “Definition of disability”, en Quinn, G. (director), *Disability Discrimination Law in the EU Member States, Report of the EU Network of Experts on Disability Discrimination*, 2004, p. 5). El ámbito subjetivo de las medidas de Seguridad Social en materia de discapacidad puede ser diferente del de la normativa en ámbito antidiscriminatorio. Mientras que las definiciones de discapacidad previstas en la normativa antidiscriminatoria, en general, tienen un carácter más amplio y pueden incluir potencialmente a un número mayor de personas, aquellas contenidas en las normas de Seguridad Social se caracterizan por ser más restrictivas (véase Mabbett, D., *Definition of disability in Europe. A comparative analysis*, European Commission, Employment & Social affairs, 2002). Esta autora apunta que sería conveniente incluir definiciones de discapacidad diferentes en las diversas normas, mientras que pretender utilizar una única definición en las diferentes normas conduciría a una falta de adecuación de las políticas en materia de discapacidad. Sin embargo, la propia autora reconoce que la necesidad de utilizar definiciones de discapacidad diferentes provoca el nacimiento de incoherencias en las políticas de la discapacidad ya que una persona podría ser considerada discapacitada a efectos de una norma y a no a efectos de otra.

Otros autores (Degener, T., *op. cit.*, p. 5) apuntan que al tratarse la igualdad de trato de un derecho y no de una prestación para personas en situación de necesidad, puede ofrecerse a todas las personas que potencialmente pueden ser víctimas de algún tipo de discriminación.

La doctrina (Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 26 (versión web Aranzadi) apunta que el intento de separar las nociones de enfermedad y discapacidad es común a todos los ordenamientos jurídicos y sostiene que se trata de una consecuencia lógica derivada de la recepción del modelo social de discapacidad porque ello conlleva una mayor intensidad de las medidas dirigidas a los discapacitados (cuotas, ajustes razonables, incentivos a la contratación, ayudas a la adaptación del puesto de trabajo).

En el Reino Unido, al igual que en el resto de países, existen definiciones diferentes de discapacidad en las diversas normas.

En el ámbito de la normativa antidiscriminatoria, el concepto de discapacidad recogido en la *Disability Discrimination Act 1995* ha sido sustituido por la *Equality Act 2010*. La *Equality Act* define la discapacidad como una limitación física o mental que provoca efectos adversos a largo plazo en la capacidad para llevar a cabo las tareas diarias. La regulación inglesa se completa con una Guía explicativa (Cfr. *Equality Act 2010. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*. Disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85038/disability-definition.pdf) Esta Guía no es una ley pero tiene que ser tenida en cuenta por los tribunales y por las autoridades (Cfr. Connolly, M., *Discrimination Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2011, p. 389).

La definición de discapacidad en el Reino Unido está formada por cuatro elementos: 1) la presencia de una limitación física o mental, 2) la limitación tiene que provocar un efecto adverso substancial, 3) tiene que ser a largo plazo, 4) tiene que afectar al desarrollo normal de las actividades diarias. Todos ellos tienen que estar presentes para que se considere que existe discapacidad a efectos de la *Equality Act* (Jackson, K., Banerjee, L., *Disability Discrimination. Law and Case Management*, The Law Society, Londres, 2013, p. 4). Sin embargo, otra parte de la doctrina (Connolly, M., *op. cit.*, p. 390) apunta que no hay que realizar una interpretación rígida y que no es necesario que la prueba de dichos requisitos se pruebe en el orden enumerado sino que, por ejemplo, en ocasiones puede resultar más adecuado probar primero los efectos para después deducir que existe una limitación.

La doctrina (Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 4) puntualiza que, a pesar de que exista una tendencia a equiparar la enfermedad y la discapacidad, el hecho de que un individuo padezca una enfermedad no implica que tenga una discapacidad ya que resulta mucho más complicado probar la concurrencia de la discapacidad que el padecimiento de una enfermedad.

En cuanto a los elementos configuradores de la discapacidad, la limitación que padecen las personas con discapacidad tiene que ser entendida según su significado ordinario, lo que implica que no sea necesario que dicha limitación sea reconocida desde el punto de vista clínico como una discapacidad. Además, para valorar la

existencia o no de una limitación, la misma no tiene por qué estar asociada a la presencia de una enfermedad (véase Connolly, M., *op. cit.*, p. 391).

La explicación de qué se entiende por efecto adverso substancial no es sencilla. La *Equality Act* define el término “substancial” como aquello que no es menor o trivial. La Guía contiene algunas indicaciones que ayudan a decidir cuando un efecto es substancial o no. Los efectos de la limitación tienen que ser tenidos en cuenta de manera conjunta por lo que, a pesar de que tal considerados de manera individual produzcan un efecto menor, sí pueden provocar un efecto negativo substancial si se analizan de manera conjunta (véase Connolly, M., *op. cit.*, p. 401).

La *Equality Act* sigue exigiendo que la limitación produzca efectos negativos en la capacidad para llevar a cabo las tareas diarias para que pueda ser considerada discapacidad. La doctrina (en este sentido Lawson, A., “Disability and employment in the Equality Act 2010: opportunities seized, lost and generated”, *Industrial Law Journal*, n. 4, 2011, p. 3 versión digital) ha criticado que la *Equality Act* continúe exigiendo este requisito, puesto que si lo hubiese eliminado, esto habría permitido que un mayor número de personas que sufren un trato menos favorable a causa de su limitación, aunque la misma tenga efectos menores, a acceder a la tutela.

Los efectos que el tratamiento médico correspondiente produce no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo esta valoración por lo hay que analizar cómo afectaría la limitación al desarrollo de las tareas diarias en caso de que no se hubiese adoptado tratamiento médico alguno (no solo se incluyen las medicinas sino también las prótesis u otro tipo de instrumentos) (Cfr. Jackson, K., “Disability discrimination at work”, en Kloss, D., Ballard, J. (directores), *Discrimination Law and Occupational Health Practice*, The At Work Partnership Ltd, 2012). El hecho de que una persona sea capaz de llevar a cabo las tareas diarias no quiere decir que su capacidad no se haya visto afectada, puesto que su déficit de capacidad se puede haber visto compensado por la puesta en práctica de medidas de adaptación (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 6).

En cuanto al requisito de la duración de la limitación a lo largo del tiempo, la *Equality Act* señala que para ser de larga duración, la limitación tiene que durar doce meses, que sea probable que dure toda la vida, o que dure doce meses desde su aparición. En este último caso, los doce meses empiezan a contar desde que la deficiencia es diagnosticada. La definición del término “probable” plantea particulares

problemas: será suficiente que exista la posibilidad que ocurra, es decir, que exista una posibilidad razonable de que la condición se extienda durante un periodo de tiempo de al menos 12 meses (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 7). Según la doctrina (Lane, J., Videbaek Munkholm, N., *op. cit.*, p. 100) este es uno de los principales problemas en materia probatoria que no ha solucionado la *Equality Act*. De esta manera, la *Equality Act* exige que los efectos adversos causados por la deficiencia no sean meramente transitorios sino que, para que den derecho a la protección en materia antidiscriminatoria, es necesario que se mantengan estables durante un cierto período de tiempo. De esta manera, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la *Equality Act* aquellas deficiencias que se manifiesten durante cortos períodos de tiempo o aquellas que produzcan limitaciones incapacitantes de forma intermitente.

Al contrario de lo que hacía la *Disability Discrimination Act 1995*, la *Equality Act* no recoge una lista de cuáles son las capacidades que tienen que verse afectadas para considerar que las actividades diarias del trabajador se han visto perjudicadas. Este hecho ha sido considerado por la doctrina como algo significativo, en particular en el caso de las enfermedades mentales, pues se amplían las posibilidades para demostrar que las actividades diarias se han visto afectadas, sin necesidad de limitarse a una lista preestablecida (véase Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 9). El hecho de que la definición de la *Equality Act* exija que la discapacidad provoque limitaciones en el desarrollo de las actividades diarias y no en la vida laboral, tal y como exige la doctrina del TJUE, ha sido interpretada por la doctrina (Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 13 (versión web Aranzadi)) como una manifestación de la utilización del modelo social por parte de dicha norma, lo que evita que la protección jurídica se restrinja solamente a ciertos ámbitos. En este sentido, se plantean dudas acerca de si la actividad laboral tiene que quedar incluida en el concepto de actividad de la vida cotidiana. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 33) ha interpretado que las limitaciones tienen que afectar a actividades que la mayoría de población puede realizar y no actividades específicas que tengan que ver con un trabajo especializado. Es el impacto severo que la limitación provoca a la hora de llevar a cabo las actividades diarias el que determina la consideración como discapacitado a efectos de la *Equality Act*. Si la enfermedad simplemente provoca efectos negativos en el desarrollo de las actividades diarias de la persona que no son de gran relevancia, no será considerada

discapacitada (Lockwood, G.; Henderson, C.; Thornicroft, G., “The Equality Act 2010 and mental health”, *The British Journal of Psychiatry*, n. 200, 2012, p. 182).

La *Equality Act (Schedule 1, Disability: Supplementary Provision, Parte 1, párrafo 6)* señala que tres condiciones (el cáncer, el VIH y la esclerosis múltiple) son consideradas automáticamente como discapacidad. La Guía aclara que la consideración automática como discapacidad implica que las personas afectadas están protegidas por la *Equality Act* desde el momento del diagnóstico. En el caso de estas tres enfermedades, no es necesario demostrar que concurren los cuatro elementos definitorios de la discapacidad exigidos por la norma. Además de las ya mencionadas, también otras condiciones pueden ser consideradas automáticamente como discapacidad según *Equality Act (Schedule 1, Disability: Supplementary Provision, Parte 1, párrafo 3)*, este es el caso de la desfiguración severa (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 9).

En cuanto a las enfermedades con efectos variables o recurrentes, la *Equality Act (Schedule 1, Disability: Supplementary Provision, Parte 1, párrafo 2)* señala que, a pesar de que durante determinados periodos de tiempo, una limitación deje de producir efectos negativos en la capacidad de una persona, o los mismos sean muy reducidos, será considerada igualmente como discapacidad si es probable que vuelva a aparecer (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 11). Por este motivo, la doctrina (véase: Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 19 (versión web)) ha interpretado que quedarían incluidas en el ámbito de la protección antidiscriminatoria también aquellas enfermedades intermitentes y de corta duración que se manifiestan de forma recurrente, siempre que los efectos adversos sean persistentes en el tiempo, es decir, se mantengan durante los períodos de mejoría y se respete el período temporal de doce meses exigido. Esto implica que si el primer episodio de recaída se produce en el primer o segundo mes del periodo de doce meses que se toma como referencia, y el segundo episodio tiene lugar en el décimo tercer mes, el requisito de la persistencia en el tiempo se cumplirá y la enfermedad variable o recurrente podrá ser considerada discapacidad. Sin embargo, si los dos episodios de recaída se producen en el arco temporal de diez meses no se cumplirá el requisito temporal y, a pesar de los efectos negativos que puedan implicar en la capacidad laboral del trabajador, dicha enfermedad no recibirá la consideración de discapacidad (Cfr. Connolly, M., *op. cit.*, p. 398).

La *Equality Act (Schedule 1, Disability: Supplementary Provision, Parte 1, párrafo 8)* se refiere a las condiciones con efectos progresivos en el tiempo. Estas enfermedades serán consideradas discapacidad, a pesar de que su efecto negativo substancial en las tareas diarias no se haya materializado todavía, siempre que sea probable que se produzca una vez que la enfermedad se haya desarrollado en mayor medida (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 12).

La normativa de desarrollo de la *Equality Act* contiene otras especificaciones en relación a las dolencias que tienen que quedar incluidas en el concepto de discapacidad. En relación a las enfermedades mentales, podrían quedar incluidas en el concepto de discapacidad un amplio número de dolencias como los problemas de desarrollo, las dificultades de aprendizaje, las condiciones de salud mental o las enfermedades mentales (Cfr. Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 11(versión web)). Sin embargo, dicha normativa excluye de manera expresa del concepto de discapacidad a otras enfermedades de tipo crónico como las alergias de tipo estacional.

La inclusión de las enfermedades mentales en el concepto de discapacidad podría quedar avalada por la inclusión expresa de las limitaciones mentales en la definición de discapacidad que ofrece la *Equality Act 2010*. Sin embargo, a los tribunales ingleses se les han planteado dudas, en particular, debido a la necesidad de que las mismas impliquen una limitación que tiene que cumplir con los requisitos anteriormente apuntados (Cfr. Bell, M., “Mental Health at Work and the Duty to Make Reasonable Adjustments”, *Industrial Law Journal*, vol. 44, n. 2, 2015, p. 202).

En relación a la obesidad, la doctrina apunta que a partir de la aprobación de la *Equality Act 2010*, la definición de discapacidad es más amplia y la consecuencia de dicha expansión es que la obesidad puede ser identificada como una discapacidad y, por lo tanto, requerir a los empresarios la puesta en práctica de ajustes razonables (Flint, S. W., Snook, J., “Obesity and discrimination: The next “big issue”?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, n. 3, 2014, p. 187). La cuestión ha sido afrontada recientemente en el caso *Walker v. Sita Information Networking Computing Ltd* (2013), UKEAT/0097/12/KN en el que el Tribunal no ha aceptado que la obesidad constituya de manera directa una discapacidad, pero sí ha reconocido que una persona con obesidad, en razón de los problemas de salud que la misma ocasiona, tiene más posibilidades de convertirse en discapacitada. Corresponderá a los tribunales decidir en

cada caso concreto si la obesidad impacta en la capacidad de la persona para llevar a cabo las actividades diarias y, por lo tanto, puede ser considerada discapacidad (sobre esta sentencia veáse Singh, C., “Disability Discrimination: Obesity and the Court of Justice of the European Union’s decision in *Karsten Kaltoft v Billund Kommune* Case C-354/13 ECJ”, *Issues in Legal Scholarship*, n. 1, 2014).

Más allá de los casos previstos de manera expresa por la *Equality Act*, los Tribunales han venido realizando una interpretación amplia del concepto discapacidad y ya antes de las últimas sentencias del TJUE, en las que se realiza una reinterpretación del concepto de discapacidad, reconocían que un amplio y variado número de desórdenes como la dislexia, problemas mentales, depresión, desórdenes de la personalidad o estrés post-traumático, constituían discapacidad a efectos de la *Equality Act 2010* (Cfr. Lane, J., Videbaek Munkholm, N., *op. cit.*, p. 109 que señala cuáles son las sentencias que han reconocido estos desórdenes como discapacidad). Tal y como apunta la doctrina (Cfr. Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 3 (versión web Aranzadi)), los Tribunales ingleses han jugado y juegan un papel esencial en la delimitación de los colectivos que entran en el concepto de discapacidad debido a que la *Equality Act* no se centra en los rasgos personales o sociales. Esto permite una cierta flexibilidad a la hora de extender la tutela antidiscriminatoria y la acción positiva en función del contexto histórico-social concreto. La misma autora continúa señalando que, en lo que a la tutela de las enfermedades se refiere, el derecho inglés regula el concepto de discriminación por discapacidad de una manera tan amplia que podrán ser incluidos en el mismo los enfermos con dolencias crónicas o progresivas. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 5) apunta que en el caso de limitaciones tales como la diabetes, la dislexia, la depresión o la epilepsia habrá que atender al caso concreto y para que realmente exista discapacidad tendrán que cumplirse el resto de los elementos que se exigen en la definición de discapacidad recogida en la *Equality Act*.

A pesar de que la opción legislativa elegida por la *Equality Act* viene a resolver los problemas de segregación que sufren los enfermos crónicos, la doctrina (Gómez-(Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 27 (versión web Aranzadi) critica el hecho de que no se prevea una protección autónoma de las enfermedades crónicas o previsiblemente discapacitantes, sino que lo que se hace es reconducirlas a la tutela de la discapacidad.

La doctrina (Waddington, L., “Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades...”, *op. cit.*, p. 496) apuntaba que el hecho de que los tribunales ingleses hayan realizado una interpretación amplia del concepto de discapacidad planteaba problemas en relación a la interpretación de la discapacidad realizada por el TJUE en la sentencia Chacón Navas. Esta misma autora concluye que en estos casos debe prevalecer la solución nacional porque es más generosa que la interpretación del TJUE, y las Directivas europeas tienen la función de establecer mínimos que pueden ser ampliados por los diferentes Estados miembros.

En general, la doctrina (Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 27 (versión web)) concluye que la noción de discapacidad recogida en las normas antidiscriminatorias se aleja del modelo médico y se acerca más al modelo social. Prueba de ello lo es el hecho de que se incluyan en el concepto de discapacidad las dolencias progresivas o crónicas, lo que permite otorgar protección desde un primer momento a personas que solo serán protegidas en otros ordenamientos jurídicos una vez que los efectos adversos de dicha enfermedad se manifiesten de manera intensa.

Una parte de la doctrina (Cfr. Lane, J., Videbaek Munkholm, N., *op. cit.*, p. 99) considera que la *Equality Act* representa una evolución hacia el modelo social de discapacidad ya que reconoce la aplicación de la protección por discriminación en caso de que la persona haya experimentado una discapacidad en el pasado. Sin embargo, al basarse la definición de discapacidad existente en el Reino Unido en la imposibilidad de realizar ciertas funciones físicas o mentales a consecuencia de las deficiencias del individuo, en realidad prevalece el modelo médico de discapacidad (Cfr. Lane, J., Videbaek Munkholm, N., *op. cit.*, p. 97). Por este motivo, otros autores (en este sentido Fraser Butlin, S., *op. cit.*, p. 434) apuntan que la *Equality Act* está en línea con la Directiva 2000 pero no con la Convención.

A pesar de que la definición de discapacidad recogida en la normativa en materia de igualdad puede ser diferente de la recogida en otras normas del ordenamiento jurídico inglés, en particular, las relativas a los beneficios en materia de Seguridad Social, si una persona es perceptora de este tipo de beneficios, ello podrá ser tenido en cuenta por el tribunal a la hora de determinar la existencia de discapacidad también a efectos de tutela antidiscriminatoria (Kloss, D., *Occupational Health Law*, Willey-Blackwell, Fifth Edition, Oxford, 2010, p. 294).

En España, recientemente el legislador ha promulgado la LGPD, de 29 de noviembre, que aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el que se recoge una definición de discapacidad diferente de la contenida en la normativa anterior. A pesar de ello, tal y como señala el Dictamen del Consejo Económico y Social de 23 de octubre de 2013 (dicho Dictamen se puede consultar en el siguiente link <http://www.ces.es/documents/10180/631510/Dic092013.pdf>) queda pendiente abordar de manera clara y decidida la regulación en materia de discapacidad para aclarar la definición de personas con discapacidad.

Antes de la LGPD, la regulación de la discapacidad en España se había llevado a cabo de manera fragmentada y variaba en función de la específica finalidad de cada norma. Por una parte, la LISMI pretendía facilitar la rehabilitación del minusválido y su integración en todos los ámbitos de la sociedad, mientras que la LIONDAU era una norma de derecho antidiscriminatorio que complementaba a la LISMI. En ambas normas, el concepto de persona con discapacidad dependía del reconocimiento de un determinado grado de minusvalía que se hacía depender de un baremo. Esta restricción podría dejar fuera del ámbito de aplicación de la tutela antidiscriminatoria a personas con una discapacidad leve que pueden no necesitar beneficios sociales pero sí tutela antidiscriminatoria (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 49). La LGPD acaba con esta dispersión normativa ya que deroga de manera expresa estas dos normas.

El artículo 4 del LGPD señala que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Según la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 49), esta definición genérica de discapacidad está claramente inspirada en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad que utiliza, por primera, un modelo psico-médico social integrado de discapacidad. Tres son los requisitos que hay que reunir para ser declarada persona con discapacidad: es necesario padecer una deficiencia, esta tiene que ser previsiblemente permanente e impedir la participación plena en la sociedad.

El término deficiencia se regula en España en el Real Decreto 1971/199, de 23 de diciembre que señala que “debe entenderse como deficiencias permanentes aquellas alteraciones orgánicas o funcionales no recuperables, es decir, sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado”. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 54) entiende que la norma española, al contrario de lo que ocurre en la CIF, para la que basta que la deficiencia provoque problemas en las funciones o estructuras, parece exigir que la deficiencia sea irreversible. Estos mismos autores consideran que la doble exigencia de la existencia de una deficiencia que, además, tiene que ser previsiblemente permanente, va a obligar a dejar fuera de la definición de discapacidad a supuestos que deberían estar incluidos, ya que el mero hecho de que una deficiencia sea reversible no debiera impedir su calificación como discapacidad si se prolonga en el tiempo.

A esta definición genérica recogida en el art. 4, se añade un reconocimiento automático de discapacidad para las personas que tengan un grado de discapacidad igual al 33 por ciento y para los trabajadores que tengan reconocida una incapacidad permanente, en los grados de total, absoluta o gran invalidez. Estos trabajadores tienen derecho a ser considerados personas con discapacidad, en un porcentaje igual o superior al 33%, sin necesidad de previa valoración y aplicación del baremo correspondiente. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 194) apunta que esta asimilación legal constituye un nuevo medio legal de reconocimiento de la discapacidad, sin perjuicio de que, en razón de su interés, puedan solicitar la calificación precisa del grado de discapacidad con arreglo al baremo.

A pesar de que, como ha señalado la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 50), a primera vista, parece que el LGPD amplía el ámbito de aplicación de la normativa española en materia de discapacidad, es necesario señalar que dicho Real Decreto se limita a unificar las principales normas vigentes en materia de discapacidad, pero no modifica el desarrollo reglamentario de la normativa anterior, por lo que siguen en vigor el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y el Real Decreto 383/1984 de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la LISMI. Las personas que encajen dentro de la definición genérica de discapacidad recogida en el LGPD, que no exige la concreción de ningún grado de minusvalía, tendrán derecho a

la protección antidiscriminatoria y al resto de tutelas previstas en dicho Real Decreto, lo que implica que esta protección general se extiende a un amplio abanico de personas. La doctrina (Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 415) concluye que la definición “amplia” de discapacidad de la LGPD opera para el reconocimiento de todos los derechos o reconocimientos de dicha norma, que no contengan la “especificidad” que, sin embargo, sí está presente en ciertas pensiones o prestaciones. De hecho, para poder tener acceso a las prestaciones previstas en los Real Decreto 1971/1999 y Real Decreto 383/1984, tendrán que cumplir los requisitos en dichas normas, es decir, tendrán que tener reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33% (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 50). En este sentido, el Real Decreto establece que en caso de que la persona acredite un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, el reconocimiento de la condición de discapacidad tiene carácter general “a todos los efectos” y no únicamente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. La doctrina ha valorado de manera positiva este hecho porque se introduce una exigencia que el texto de la LISMI no llegó a establecer (Cfr. Esteban Legarreta, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 127, 2014, p. 69).

A pesar de estas matizaciones, una parte de la doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 95; Gálvez Durán, S., “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor*, n. 3, 2015, p. 11) considera que actualmente en España existe un concepto amplio de discapacidad, dada la definición que se recoge en el art. 4 de la LGPD, al menos en lo que a la protección antidiscriminatoria se refiere. En el mismo sentido se pronuncian Ginès Fabrellas, A., Luque Parra, M., Serrano Olivares, R., *Guía Jurídico-Práctica sobre prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de las personas trabajadoras con discapacidad*, Comunidad de Madrid, Full Audit, 2014, p. 20) quienes sostienen que, a efectos de tutela contra la vulneración de la igualdad de oportunidades, la LGPD contempla tres tipos de personas con discapacidad: “1) personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33% o personas con discapacidad reconocida, 2) personas con un grado de discapacidad inferior al 33% o personas con discapacidad no reconocida de carácter permanente o definitivo (incurable) y 3) personas con un grado

de discapacidad inferior al 33% o personas con discapacidad no reconocida, a largo plazo, pero de carácter transitorio o no definitivo (curable)”.

Sin embargo, otra parte de la doctrina (en este sentido Esteban Legarreta, R., *op. cit.*, p. 69 y Carrizosa Prieto, E., “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT University Press, n. 1, 2016, p. 17) opina que no existen diferencias sustanciales con la definición de discapacidad recogida en la normativa anterior y que la definición de la LGPD es muy próxima a la recogida en la LIONDAU. Por este motivo, esta última autora considera que la definición de discapacidad existente en el ordenamiento jurídico español no permite establecer una vinculación directa entre enfermedad y discapacidad o, al menos, no lo suficientemente clara como para que las diferencias realizadas atendiendo al estado de salud, queden incluidas en la discriminación por discapacidad.

Por su parte, los autores Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 52 señalan los problemas que causa el hecho de que la LGPD trate de acotar un término tan variable como el de discapacidad con una definición cerrada, lo que conlleva el riesgo de dejar fuera otras situaciones que tal vez se debieran equiparar a la discapacidad. La doctrina (Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 415), en relación al caso específica del Sida y del VIH, considera que ambos pueden subsumirse en la definición de discapacidad que efectúan la sentencia *Danmark*, la Convención de la ONU y el art. 4 LGPD, pues se trata de condiciones que pueden provocar distintas dificultades para el ejercicio de una profesión por su consideración como enfermedad crónica o de larga duración.

Otros autores (Esteban Legarreta, R., *op. cit.*, p. 70) se refieren al procedimiento a través del cual se elige establecer un concepto flexible de persona con discapacidad que encaja con una clara línea de cambios por lo que no debería haberse abordado mediante un Texto Refundido sino que hubiese sido necesario un mayor debate político.

Hasta este momento, en España los tribunales habían rechazado, desde la sentencia del TS de 29 enero 2001 (nº recurso 1566/2000) que da inicio a una línea jurisprudencial, consolidada posteriormente por el TC con la sentencia de 26 mayo 2008 (nº recurso 3912/2005), la utilización de una definición extensiva de discapacidad que permita la inclusión de la enfermedad (para una reconstrucción de la línea jurisprudencial mantenida por los tribunales españoles véanse, entre otros, Rodríguez-

Piñeiro y Bravo-Ferrer, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, Wolters Kluwer, n. 20, 2008; Velasco Portero, T., *op. cit.*; Ginès i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, nº 18, 2010; Enjuto Jareño, D., “Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia número 2451/2007 del TSJ de Cataluña, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 y la sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional”, *IUSLabor*, n. 1, 2008).

La doctrina se ha mantenido dividida en este punto. Algunos autores (entre otros, Enjuto Jareño, D., *op. cit.*, p. 5) sostienen que no es posible relacionar discapacidad y enfermedad hasta el punto de llegar a confundir ambos conceptos, ya que no toda discapacidad deriva de una enfermedad ni toda enfermedad conlleva, de forma necesaria una discapacidad, por lo que habría que dar un tratamiento diferenciado a ambas situaciones. Sin embargo, otra parte de la doctrina anterior a la LGPD (Escribano Gutiérrez, J., “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2007, p. 1 (versión web); Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación...”, *op. cit.*, p. 24 (versión web Aranzadi)) se alejaba de la posición mantenida por la jurisprudencia y señalaba que, en realidad, la única diferencia entre la enfermedad con baja médica y la discapacidad se encuentra en el reconocimiento administrativo de un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o bien en el tener reconocida por la Seguridad Social una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. Otros autores (Cfr. Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 96, 2008, p. 280) ya sostenían que basar la diferenciación entre enfermedad y discapacidad únicamente en función del carácter permanente o transitorio de la situación, dejaría en una zona de penumbra a las enfermedades crónicas.

Después del precedente comunitario creado por el TJUE con su sentencia de 2013, y confirmado posteriormente en 2014, la doctrina (Molina Navarrete, C., *op. cit.*, p. 5 (versión web)) señala que será necesario revisar la consolidada jurisprudencia española que ha mantenido separadas de manera rígida las nociones de enfermedad y discriminación, ya que carecería de razón. En el mismo sentido se pronuncian

Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 95; Carrizosa Prieto, E., “Discapacidad, discriminación e indemnidad...”, *op. cit.*, p. 17, Lluch Corell, F. J., *op. cit.*, p. 5 que apuntan que la aproximación mantenida por los Tribunales españoles en cuanto a la no equiparación entre enfermedad y discapacidad tendrá que ser revisada después de la doctrina sentada por el TJUE, que ha extendido el concepto de discapacidad en los casos de enfermedades crónicas que supongan limitaciones en la vida diaria, pues ha dejado de ser acorde con el Derecho comunitario. Las últimas sentencias del TJUE suponen un cambio de tendencia que debería afectar a la doctrina judicial para, de esta manera, cumplir con las fuentes comunitarias y proteger en mayor medida al trabajador enfermo (Cfr. Pazos Pérez, A., “La protección de los trabajadores enfermos ante el TJUE”, en Cabeza Pereiro, J.; Martínez Yáñez, N. (coordinadores), *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014).

En Italia, se plantean problemas a la hora de definir jurídicamente la discapacidad ya que, además de existir conceptos diferentes en las distintas normas, también se utiliza una terminología diferente (véase Colapietro, C., “Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 124, 2009, p. 611).

La doctrina (Avio, A., “I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline”, en Ballester, M., V., Balandi, G. G., *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, 2005, p. 157) apunta que a pesar de que no lo ha reconocido de manera explícita, el legislador italiano es consciente de las diferencias que presentan las distintas formas de discapacidad. La discapacidad constituye un término de parangón por lo que no puede contar con una única definición. La misma se podrá valorar únicamente en función del parámetro que se toma en consideración. De esta manera se explica la utilización de términos diferentes que se ha hecho a lo largo del tiempo para referirse a la persona que no responde al modelo psicosomático. Este autor defiende la necesidad de una terminología menos aproximativa de aquella que ha utilizado tradicionalmente el legislador. Según este autor, existen lesiones de la integridad psico-física que afectan a la capacidad laboral sin afectar al resto de aspectos de la vida del sujeto, y también, lesiones que impactan de manera relevante en la vida diaria pero que no tocan la capacidad laboral (Avio, A., *op. cit.*, p. 158). Si se utiliza el término

“invalido” para referirse al sujeto con una capacidad laboral reducida y el término “handicappato” para indicar a los sujetos con una reducción de las capacidades psico físicas, pueden darse casos en los que un “invalido” no sea un “handicappato” y casos en los que un “handicappato” no sea un “invalido”.

En cuanto a las diferencias terminológicas, la doctrina (Cimaglia, M. C., *op. cit.*, p. 399), apunta que la expresión más correcta es “personas con discapacidad” por ser la utilizada en la Convención ONU. Así, el resto de expresiones deberán utilizarse únicamente en el contexto de las normas que las prevén.

La Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104 *per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate* establece en su art. 3 que “es persona con *handicap* aquella que presenta una reducción física, psíquica o sensorial, estable o progresiva, que causa dificultades de aprendizaje, relacionales o de integración laboral en grado de determinar un proceso de desventaja social o de marginación”. Esta ley responde a un proceso de evolución normativa motivado por el trabajo de clasificación de la discapacidad llevado a cabo por la OMS por lo que la definición de discapacidad resulta homogénea respecto a la utilizada por aquella (Cfr. Colapietro, C., *op. cit.*, p. 612). A pesar de ello, la doctrina (Crapanzano, C., *op. cit.*, p. 19) señala que la OMS no tiene en cuenta las diferencias existentes entre *handicap*, deficiencia y discapacidad, ya que ha unificado los tres conceptos y utiliza indistintamente el concepto de *handicap* y el de discapacidad.

Debe tenerse en cuenta que esta ley tiene el carácter de normativa cuadro y que, por lo tanto, contiene casi exclusivamente principios generales, mientras que reenvía a otras leyes sucesivas para su concreta actuación (Assennato, S.; Quadrelli, M., *Manuale della disabilità*, Maggioli Editore, Rimini, 2012, p. 209). Para ser considerado discapacitado a efectos de esta ley es necesario que dicha condición sea reconocida por parte de la Unidades sanitarias locales en el ámbito de las cuales se puede instituir una o más comisiones médicas (véase Crapanzano, C., *op. cit.*, p. 21).

Con posterioridad a esta ley se aprobó la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68, *norme per il diritto al lavoro dei disabili* que contiene un concepto de discapacidad más restringido (cfr. Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2013, p. 14). Para algunos autores, el hecho de que utilice el término discapacidad y no *handicap*, pone de manifiesto que la aproximación al fenómeno ha cambiado respecto al pasado (Cfr. Colapietro, C., *op. cit.*, p. 613). La

utilización de este término tiene connotaciones semánticas más evocadoras ya que no se parte de una concepción de incapacidad sino de capacidad reducida con todas las particularidades que ello conlleva.

Sin embargo, esta ley no resulta de aplicación a todas las categorías de discapacitados, sino únicamente a los enumerados de manera expresa, que se caracterizan por tener reconocido un determinado grado de reducción de la capacidad laboral. De hecho, la doctrina señala que no puede considerarse que los sujetos no incluidos en dicha enumeración, *in primis* los enfermos mentales, puedan ser considerados sujetos beneficiarios de las previsiones recogidas en la misma (Assennato, S.; Quadrelli, M., *op. cit.*, p. 126). El hecho de que el ordenamiento jurídico italiano vincule la noción de discapacidad al reconocimiento de un determinado porcentaje de reducción de la capacidad laboral ha sido interpretado por el TJUE como incompatible con la finalidad de la Directiva porque quedarían fuera de su ámbito de aplicación aquellas personas que, a pesar de que debieran ser consideradas discapacitadas, no alcanzan el grado mínimo de reducción de la capacidad laboral exigido (Cfr. Danisi, C., “Disabilità, lavoro e “soluzioni ragionevoli”: l’inadempimento dell’Italia alla Corte di Giustizia”, *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2013, p. 1008).

Por su parte, el Decreto legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216, *attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*. Este Decreto, al igual que ocurre en la propia Directiva, utiliza la noción de *handicap* sin definirla (cabe aclarar que en la traducción de la Directiva en italiano se utiliza el término *handicap* y no discapacidad). La doctrina (Giubboni, S., “Il licenziamento tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria”, en La Macchia, C. (directora), *Disabilità e lavoro*, Roma, 2009, p. 357) apunta que el término *handicap* tiene, dentro del ordenamiento jurídico italiano, un significado más amplio que el de discapacidad, que es el que se utiliza en la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68. A pesar de que sería necesaria una mayor precisión terminológica, los conceptos discapacidad y *handicap* se utilizan de manera indistinta en dichas normas, por lo que este autor concluye que se refieren al mismo fenómeno. A pesar de que este Decreto no contiene una definición expresa de discapacidad aplicable en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, la Ley de 1 de marzo de 2006, n. 67 señala de manera expresa que la protección antidiscriminatoria se aplicará a los sujetos que entren en el concepto de

discapacidad utilizado en la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104 (Cfr. Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione fondata...”, *op. cit.*, p. 14).

A raíz de todo lo expuesto, la doctrina (Barbera, M., *op. cit.*, p. 88) concluye que en Italia no existe una definición unitaria de discapacidad. Además de que las distintas normas utilizan términos diferentes para referirse a la discapacidad, la definición de dicho concepto también varía en función del objetivo que persigue cada una de ellas. Esta misma autora señala que la noción más amplia es aquella recogida en la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104, puesto que la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68 exige la acreditación de un determinado porcentaje de limitación para ser considerado discapacitado.

La doctrina (Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione...”, *op. cit.*, p. 296) concluye que si bien el ordenamiento italiano establece una relación entre discapacidad y enfermedad, no es posible considerar que se trate de términos sinónimos. En algunos casos la relación se hace más intensa y llegan a equipararse, si bien únicamente en el caso de enfermedades permanentes, mientras que los casos de incapacidad temporal por enfermedad recibirán un trato diferente.

CAPÍTULO II

Derechos de los trabajadores con enfermedades crónicas en el ámbito laboral

1. Derecho a la no discriminación

La norma de referencia a nivel europeo en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria es la Directiva 2000/78/CE. Dicha Directiva contempla la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas en su art. 2.1. La doctrina (Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 305) considera que la mera inclusión de la discapacidad en una Directiva antidiscriminatoria debe considerarse como un paso adelante hacia el paso de un modelo caritativo o asistencial, hacia otro basado en el reconocimiento de derechos subjetivos a las personas con discapacidad. Siguiendo esta línea, otros autores (Barbera, M., *op. cit.*, p. 79) sostienen que esta Directiva supone la ruptura con la perspectiva tradicional de “Derecho desigual” con la que los distintos Estados europeos habían afrontado la cuestión de la inclusión social de los discapacitados. Además de la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas, se prevé la obligación del empresario de realizar ajustes razonables por lo que se dice que adopta una posición anti paternalista. La introducción en la Directiva de la obligación positiva de realizar ajustes razonables implica un cambio total del concepto legal de discriminación (Cfr. Barbera, M., *op. cit.*, p. 81). A pesar de ello, autores como Pérez Anaya, R. M., *op. cit.*, p. 140, enfatizan que, a pesar de que la Directiva recoge la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas, los mayores esfuerzos de las instituciones de la Unión Europea se han concentrado en la lucha contra la discriminación por razón de sexo mientras que no se ha dispensado un trato similar a la lucha contra la discriminación por discapacidad.

Por su parte, al contrario de lo que ocurre con la discapacidad, ni la enfermedad en sentido estricto ni la enfermedad crónica aparecen recogidas de manera expresa como una causa de discriminación en la Directiva ni en la mayoría de los ordenamientos de los diferentes Estados europeos. Según la doctrina (Cfr. Perju, V., *op. cit.*, p. 322) esto puede deberse, tanto a que está protegida implícitamente como parte de la discapacidad, como a que la intención principal del legislador no es otorgar protección en caso de enfermedad.

La distinción o equiparación entre enfermedad crónica y discapacidad no tiene implicaciones únicamente desde el punto de vista conceptual y semántico sino también desde el punto de vista legal, pues condiciona la aplicación, entre otras, de la tutela antidiscriminatoria en aquellos países en los que la misma se reserva únicamente a la discapacidad (Cfr. Damamme, J., *op. cit.*, p. 179).

Por su parte, algunos autores (Loy, G., *La capacità fisica...*, *op. cit.*, p. 29-30) sostienen que, si bien la tutela antidiscriminatoria es indispensable para otorgar protección a los trabajadores que ven limitada su capacidad laboral, la misma no es suficiente, sino que es solamente el punto de partida para la creación de verdaderos instrumentos de tutela de estas personas. En el mismo sentido se pronuncia Thornton, P., Lunt, N., *Employment for Disabled People social obligation or individual responsibility?*, Policy Research Unit, University of York, 1995, que señala que un derecho individual a la no discriminación por sí solo no va a conducir a los empresarios a hacer que el lugar de trabajo sea accesible para todos.

1.1. Enfermedad crónica como causa de discriminación equiparable a la discapacidad

La doctrina apunta que la normativa en materia de discriminación por discapacidad constituye un microcosmos que no logra responder al problema de la discriminación interseccional en razón de la multitud de condiciones que pueden dar lugar al reconocimiento de la discapacidad. Estas condiciones van desde aquellas más evidentes a otras difícilmente perceptibles, como las enfermedades del corazón, la diabetes, la depresión o el síndrome de fatiga crónica (véase Schiek, D., *op. cit.*, p. 38).

La doctrina (Barbera, M., *op. cit.*, p. 91) sostiene que el objetivo de la Directiva es lograr que el principio de igualdad de trato sea efectivo en los distintos Estados miembros, motivo por el cual la atención del legislador comunitario se centra más en el fenómeno de la discriminación y no tanto en la naturaleza específica de las causas que la originan. Por este motivo, esta autora considera que realizar una interpretación restrictiva de los sujetos que pueden quedar incluidos en la categoría de discapacitados impediría alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva. Además, el hecho de que la Directiva hable de discriminación basada en la discapacidad y no de discriminación de

personas con discapacidad, permitiría incluir dentro del ámbito de aplicación de la misma a las personas que, a pesar de no ser discapacitados en el sentido estricto del término, sean tratados como tales, hayan sido discapacitados en el pasado o puedan serlo en futuro.

Ahora bien, esto no quiere decir que el hecho de que un trabajador padezca cualquier tipo de enfermedad impida al empresario un trato diferente frente a otro que no tenga problemas de salud. En este caso, será necesario que el comportamiento empresarial presente una serie de elementos que permitan calificarlo como discriminatorio. Por lo tanto, sí que podría existir un trato diferenciado si se basa en motivos razonables y justificados, como pueden ser la aptitud profesional o la capacidad de rendimiento (en este sentido Fernández Docampo, B., “La salud como causa de discriminación”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 162, 2014, p. 11 (versión web)).

En la mayoría de los países, para poder tener acceso a la tutela en materia de protección antidiscriminatoria la persona tendrá que probar primero que reúne las características para ser considerado discapacitado y, solo una vez que lo ha hecho, podrá alegar que ha sido víctima de una discriminación (Cfr. Waddington, L. y Lawson, *op. cit.*, p. 21).

Una parte de la doctrina (Loy, G., “La disabilità...”, *op. cit.*, p. 43), sostiene que no se trata de ampliar el concepto de discapacidad ni los motivos de discriminación más allá de los indicados en la Directiva 2000/78/CE, ya que lo que realmente cuenta en la discriminación por discapacidad no son las características de la persona sino las características del comportamiento. Dicho comportamiento se presume discriminatorio si se basa en la presunta existencia de discapacidad, aún en los casos en los que esta no concurra de manera efectiva.

Otros autores (Fabris, P., *op. cit.*, p. 551) apuntan que la Directiva no se refiere textualmente al “handicap” sino a los “handicap” y esta circunstancia puede tener relevancia no solamente a nivel terminológico. Esta podría ser la razón por la cual la Directiva no incluye una definición técnica, general y abstracta de discapacidad, puesto que el derecho a la salud se ha desarrollado de manera diferente en los distintos ordenamientos internos. Con esta decisión, el legislador comunitario podría haber querido reenviar al significado del “handicap” en el lenguaje común, es decir, la

imposibilidad genérica del trabajador de llevar a cabo la prestación contractual a causa de una ineptitud física o psíquica, que puede ser temporal o permanente.

En el Reino Unido se prevén varios tipos de discriminación en relación a las personas con discapacidad: discriminación directa, discriminación *arising from disability* y discriminación indirecta. Sin embargo, la doctrina (Clayton, S. et. al., *op. cit.*, p. 438) sostiene que no existen evidencias de que la normativa antidiscriminatoria existente en Reino Unido haya dado lugar a un aumento de las tasas de empleo de las personas con discapacidad.

La discriminación directa se regula en la Sección 13 de la *Equality Act* y existirá cuando una persona es tratada de manera menos favorable en razón de su discapacidad. En estos casos, el empresario no toma en consideración si el trabajador puede realizar correctamente el trabajo o no, el trato menos favorable se basa únicamente en su discapacidad. En este sentido, el demandante tendrá que demostrar que la causa que ha motivado el tratamiento que ha recibido ha sido la discapacidad y no cualquier otro tipo de razón. Para ello, tiene que realizar un ejercicio de comparación (fijar un *comparator*) y probar que ha recibido un trato menos favorable respecto al que habría recibido una persona sin discapacidad en sus mismas circunstancias. Realizar correctamente este ejercicio de comparación es determinante a la hora de demostrar que efectivamente ha existido una discriminación directa por discapacidad (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 19). La persona con la que se realiza la comparación podrá ser real o hipotética pero no tiene por qué tener exactamente las mismas características que la persona con discapacidad, pero sí las mismas capacidades, salvo en lo que a la limitación que la discapacidad implica se refiere (Cfr. Jackson, K., “Disability discrimination at work”, *op. cit.*, p. 58). Por ejemplo, en el caso de un empresario que rechaza contratar a una trabajadora con epilepsia porque considera que no podrá conducir de manera segura, el *comparator* que tiene que utilizarse debe ser otra persona que el empresario considere que tampoco puede conducir de forma segura pero sin epilepsia, y no otra que entienda que sí podría conducir de manera segura (véase Connolly, M., *op. cit.*, p. 406). Por el contrario, si una persona con discapacidad no es capaz de realizar de ninguna manera un puesto de trabajo específico, el empresario no la estará discriminando de manera directa si no le ofrece desempeñar dicho puesto de trabajo ya que tampoco se lo hubiera

ofrecido a la persona sin discapacidad con la que se realiza la comparación (véase Jackson, K., “Disability discrimination at work”, *op. cit.*, p. 58).

El concepto de discriminación indirecta fue introducido en el Reino Unido por la *Equality Act* como parte de un proceso de armonización de la legislación en materia antidiscriminatoria cuando esta fue sometida al Parlamento. Existirá discriminación indirecta cuando el empresario aplica una disposición, un criterio o una práctica que, a pesar de ser aparentemente neutral, afecta de manera adversa a un grupo particular, en este caso, a los trabajadores con discapacidad. La desventaja tiene que existir tanto para el grupo de trabajadores con discapacidad como para el demandante en el caso concreto que tendrá que ser capaz de probar ambos extremos. A pesar de que la desventaja no está definida en la *Equality Act*, puede describirse como la denegación de una oportunidad o posibilidad de elección, rechazo o exclusión. El demandante tendrá que identificar un punto de comparación que tiene que estar integrado tanto por personas que sufren una desventaja a consecuencia de la disposición como por personas que no la sufren (Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 62 y ss.).

En el Reino Unido existe un tipo de discriminación específica relacionada con la discapacidad. Se trata de la denominada *discrimination arising from disability* introducida por la *Equality Act* en la Sección 15 (Cfr. Lawson, A., *Disability and Equality Law in Britain...*, *op. cit.*, p. 4). Este tipo de discriminación tiene su origen en la *disability-related discrimination* regulada en la *Disability Discrimination Act 1995* la cual, debido a la interpretación jurisprudencial realizada en diversos casos vió reducido su *status* de causa de discriminación diferenciada de la discriminación directa. Es por ello que el Parlamento la reformuló y la convirtió en la discriminación *arising from disability* en la *Equality Act* (véase Connolly, M., *op. cit.*, p. 411). Este tipo de tutela antidiscriminatoria existe frente a tratos desfavorables originados a consecuencia de la discapacidad de la persona, salvo que el tratamiento pueda ser proporcional al objetivo legítimo perseguido, el sujeto activo no conociese la discapacidad o no pudiera esperarse de forma razonable que la conociese. La discriminación como consecuencia de la discapacidad obliga al empresario a tratar de averiguar si sus trabajadores tienen algún tipo de dolencia incapacitante ya que la falta de conocimiento no sirve para justificar su comportamiento. En caso de que pueda preverse que conocía la existencia de la discapacidad podría apreciarse de igual manera la existencia de este tipo de discriminación (Cfr. Gómez-Millán Herencia, M. J., “Discapacidad, estados de salud y

discriminación...”, *op. cit.*, p. 6 (versión web Aranzadi)). En lo que a la prueba respecta, corresponde a la persona que supuestamente ha llevado a cabo la acción discriminatoria probar que se trataba de un medio necesario para lograr un objetivo legítimo (Cfr. Lawson, A., *Disability and Equality Law in Britain...*, *op. cit.*, p. 3).

La discriminación indirecta se solapa en cierta medida con la discriminación *arising from disability*. Sin embargo, esta última supone un beneficio mayor para el trabajador que alega la existencia de una discriminación por razón de discapacidad por lo que la doctrina considera que la aplicación de la discriminación indirecta en el ámbito de la discapacidad va a ser muy limitada en la práctica (Cfr. Jackson, K., “Disability discrimination at work”, *op. cit.*, p. 61). La discriminación *arising from disability* beneficia a aquellos trabajadores que en el pasado no habían logrado probar la existencia de una discriminación debido a los tecnicismos de la ley, por ejemplo, por no haber podido identificar la persona adecuada con la que realizar la comparación (Jackson, K., “Disability discrimination at work”, *op. cit.*, p. 62).

La principal diferencia que existe entre la discriminación directa, la indirecta y la discriminación *arising from disability* está en el que el hecho de que para determinar la existencia de esta última no es necesario la utilización de un punto de comparación (*comparator*). En los casos de discriminación *arising from disability*, el trabajador solo tendrá que demostrar que ha recibido un trato desfavorable a consecuencia de su discapacidad pero no tendrá que probar que ha sido tratado de una manera menos favorable de lo que lo habría podido ser otro trabajador sin discapacidad en sus mismas condiciones (Jackson, K., “Disability discrimination at work”, *op. cit.*, p. 63). Al no existir una definición de qué puede entenderse por trato desfavorable en la *Equality Act*, habrá que estar a lo que establezcan los tribunales. Por este motivo, en esta definición podría quedar comprendido desde algo de relevancia menor hasta el propio despido. Lo que tendrá que hacer el demandante es intentar convencer a los tribunales de ello y, si lo consigue, el empresario tendrá que justificar sus acciones (véase Jackson, K., “Disability discrimination at work”, *op. cit.*, p. 64).

La discriminación *arising from disability*, a diferencia de la discriminación directa, no se basa en la discapacidad en si misma considerada, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de discriminación directa, sino que lo que se pretende es proteger a la persona con discapacidad de los tratos desfavorables que derivan de una consecuencia de la discapacidad, como podría ser la necesidad de ausentarse temporalmente del

puesto de trabajo, de realizar pausas regulares o de trabajar un número reducido de horas (Cfr. Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 35). Puede apreciarse la existencia de discriminación *arising from disability* por ejemplo en el caso del despido de un trabajador que padece esclerosis múltiple y está en situación de incapacidad temporal durante tres meses. En caso de que el empresario sepa que el trabajador padece esta enfermedad, y considerando que la ausencia al trabajo es consecuencia de la misma, existe discriminación *arising from disability* porque el empresario no basa su decisión en el hecho de que el trabajador padezca esclerosis múltiple, sino en las consecuencias derivadas de la misma, es decir, las ausencias justificadas al trabajo por un periodo prolongado de tiempo (este ejemplo, junto con otros, se recoge en Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 36).

Corresponde al trabajador probar que existe un nexo entre el trato desfavorable y su discapacidad, en caso de que de no pueda probarlo no se apreciará que existe este tipo de discriminación. Por su parte, el empresario tiene que probar que las necesidades del negocio le impiden actuar de otra forma y que el efecto colateral es la discriminación de determinados trabajadores. Tiene que justificar que los fines que persigue son apropiados y proporcionados, que no existe una vía de actuación alternativa y también que el fin que persigue no es discriminatorio en si mismo (véase Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 36).

En los casos de discriminación *arising from disability* y de discriminación indirecta, el aumento de los costes no puede constituir por si mismo motivo para justificar la discriminación del trabajador con discapacidad, a pesar de que las necesidades del negocio y la eficiencia económica sean intereses legítimos (Cfr. Kloss, D., “Disability management and the law”, en Kloss, D., Ballard, J. (directores), *Discrimination Law and Occupational Health Practice*, The At Work Partnership Ltd, 2012, p. 73).

En Italia, las contradicciones existentes entre la Ley de 1 de marzo de 2006, n. 67 y la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104, en cuanto a los sujetos legitimados para interponer acciones en caso de haber sido objeto de actos discriminatorios, han llevado a la doctrina (Cfr. Crapanzano, C., *op. cit.*, p. 24) a considerar que, en los casos en los que una persona no haya obtenido el reconocimiento de discapacidad a la luz de la ley 1992, podrá igualmente impugnar los presuntos actos discriminatorios, a condición de

que, además de probar la discriminación pruebe que es un discapacitado, incluso temporal, con la oportuna documentación o las pruebas periciales necesarias.

1.2. Enfermedad como causa de discriminación autónoma

Otra posible vía para reconocer protección a los trabajadores que padecen una enfermedad crónica podría ser considerar la enfermedad como causa autónoma de discriminación. En estos casos, el supuesto que se plantea no se circunscribe a uno de los factores de discriminación expresamente citados en la Directiva sino a la posibilidad de que produzca por razón de un motivo distinto, como lo es la enfermedad crónica. En este sentido, la doctrina se ha planteado si las causas de discriminación enumeradas en la Directiva tienen carácter ejemplificativo y, por lo tanto, podría incluirse también la enfermedad o, si por el contrario, se trata de una lista taxativa. Una parte de la doctrina (Cfr. Vizioli, M., *op. cit.*, p. 226) llega a la conclusión de que se trata de una lista taxativa, por lo que, al no mencionarse de manera expresa la enfermedad, esta no podría ser considerada un motivo discriminatorio. Otros autores (Terradillos Ormaetxea, E., “El despido basado en la discapacidad de los trabajadores con enfermedades crónicas: el ejemplo del VIH/Sida”, en Mella Méndez, L. (directora), Fernández Martínez, S. (coordinadora), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, Peter Lang, Suiza, 2017, p. 410) llegan a la misma conclusión y apuntan que, al contener la Directiva una lista tasada de causas de discriminación, se originó una situación de indefensión respecto a los trabajadores que padecen trastornos varios con motivo del desarrollo de ciertos virus.

La doctrina (Pérez Anaya, R. M., *op. cit.*, p. 156) considera que, a pesar de que en sus últimos pronunciamientos el TJUE amplía la protección concedida a los trabajadores que padecen enfermedades de larga duración, adopta una posición continuista por lo que no es posible otorgar tutela antidiscriminatoria por motivos distintos de los señalados de manera expresa en las normas del Derecho originario u derivado de la Unión. El TJUE afirma de manera expresa que la enfermedad no puede ser considerada como una causa de discriminación autónoma que permita gozar de los derechos previstos en la Directiva (en este sentido véase McTigue, P., “From Navas to Kaltoft: The European Court of Justice’s evolving definition of disability and the

implications for HIV-positive individuals”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Sage Journals, 25 Junio, 2015, p. 5). En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M., *op. cit.*, p. 6 (versión web Wolters Kluwer) quien apunta que, a pesar de que dentro de los principios generales del Derecho comunitario figure el principio general de no discriminación, de ello no cabe deducir la ampliación analógica del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Sin embargo, otros autores (Gil Albuquerque, R., Gualda Alcalá, F., J., “¿Vulnera algún derecho fundamental el hecho de despedir al trabajador por causa de su enfermedad temporal?. Comentario a la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001”, *Revista de Derecho Social*, n. 21, 2003, p. 6 (versión online)) sostienen que utilizar el factor de la discapacidad como límite al tratamiento diferenciado en el ámbito de las relaciones laborales encaja difícilmente dentro de la garantía que establece el principio de igualdad. En la misma línea se pronuncia Fabris, P., *op. cit.*, p. 553) que pone en duda que la Directiva, en la manera en la que la interpreta el TJUE, sea conforme al principio general de igualdad. En opinión de Gil Albuquerque, R., Gualda Alcalá, F., J., *op. cit.*, p. 6 (versión online) ello supone una pauta interpretativa para concluir que también las limitaciones físicas del trabajador son un factor de discriminación que vulnera el derecho a la igualdad. Otros autores (Fabris, P., *op. cit.*, 551) apuntan que no puede negarse que el impedimento que provoca la enfermedad tenga la misma naturaleza que el provocado por las otras causas previstas de manera expresa por la Directiva. Además, la enfermedad presenta en el mundo del trabajo las mismas potencialidades de dar lugar a un tratamiento discriminatorio, tal y como definido en el art. 2 de la Directiva.

En este contexto, Pérez Anaya, R. M., *op. cit.*, p. 156, señala que esta situación provoca que la protección dispensada por la Unión Europea sea incompleta. Así las cosas, la misma autora interpreta que al recoger el art. 21 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, en su versión de 2010, una prohibición general de discriminación y después un elenco de algunas causas, entre las que se incluye la discapacidad, sería posible proteger también otras causas no recogidas expresamente.

A nivel internacional, a pesar de que no se prevé de manera expresa, una parte de la doctrina (Fabris, P., *op. cit.*, p. 551) sostiene que la salud puede considerarse incluida en la lista de motivos discriminatorios recogidos en el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, puesto que se trata de una lista ejemplificativa.

En España existe la misma situación que a nivel europeo ya que ni el art. 14 de la Constitución ni el art. 17 ET, en los que se realiza una enumeración de las causas de discriminación prohibidas, hacen referencia a la enfermedad como una de ellas. La doctrina mayoritaria realiza una interpretación restrictiva del art. 14 CE y, en especial, de la expresión “cualquier otra circunstancia personal o social”. En este sentido, véase Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M., *op. cit.*, p. 3 (versión web Wolters Kluwer) quien sostiene que el inciso final del art. 14 CE no puede interpretarse de forma tan extensiva que se confunda con la igualdad de trato, sino que únicamente impide utilizar factores de diferenciación que impliquen condiciones de opresión o segregación de determinados grupos de personas. En sentido contrario se pronuncia Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo...”, *op.cit.*, p. 150, quien puntualiza que el hecho de que la enfermedad no se incluya de manera expresa en el art. 14 CE no constituye un obstáculo insalvable para tutelar la salud a través de la prohibición de discriminación. La falta de mención expresa no excluye que el estado de salud del trabajador pueda ser una causa autónoma de discriminación implícita en la prohibición constitucional. Según esta autora, la lista de causas de discriminación prohibidas recogidas en la Constitución y en el ET tiene carácter declarativo por lo que la enfermedad o el estado de salud del trabajador podría considerarse incluida en las circunstancias personales mencionadas con carácter genérico en el art. 14 CE. Esta autora sostiene que para dar entrada a la tutela antidiscriminatoria resulta más adecuado considerar la enfermedad como causa de discriminación autónoma que equipararla a la discapacidad (Cfr. Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo...”, *op. cit.*, p. 156). La prohibición de discriminación estaría relacionada con el estado de salud y, por lo tanto, se trataría de considerarlo como una causa (emergente) de discriminación independiente y autónoma que, por lo tanto, estaría amparada por la regulación constitucional y estatutaria. En el mismo sentido se pronuncian Gil Alburquerque, R., Gualda Alcalá, F., J., *op. cit.*, p. 4 (versión online) mostrando su disconformidad respecto a la exclusión de la discriminación por enfermedad como causa que merezca la fundamental protección constitucional. Otra parte de la doctrina (Fabris, P., *op. cit.*, p. 553) puntualiza que el hecho de que no exista una ley ordinaria que especifique que la enfermedad es una causa de discriminación, no es un impedimento para considerar que el despido fundado en este motivo es nulo, puesto que existe otra ley en el ordenamiento jurídico español, el art. 55. 5 ET, que

declara la nulidad del despido que viola los derechos fundamentales. La misma línea es seguida por Ginès i Fabrellas, A., *op. cit.*, p. 15 (versión web Aranzadi) quien sostiene que la enfermedad o el estado de salud constituye claramente una condición o circunstancia personal incluida en el conjunto de factores de discriminación prohibidos por el art. 14 CE porque presupone la existencia de un elemento de segregación. Según esta autora, el elemento de segregación se vincula al estado de salud o enfermedad por dos motivos: rechazo y exclusión social derivada de la enfermedad, sobre todo en los trastornos psiquiátricos y síndromes depresivos, y en razón de la existencia de un grupo de sujetos afectados diferenciado del grupo de trabajadores sanos susceptible de sufrir algún tipo de segregación. En relación al primero de los aspectos, no solo las enfermedades especialmente estigmatizadas son susceptibles de generar rechazo social, sino que también aquellas de otro tipo pueden llegar a generar el mismo grado de exclusión social que la discapacidad.

Otra parte de la doctrina sostiene que la posición adoptada por los Tribunales es cuestionable porque simplifica demasiado al vincular la eventual inclusión de la enfermedad como factor protegido por el art. 14 CE a una ampliación desorbitada del principio de no discriminación que lo llevaría a la confusión con un mandato genérico de igualdad (Cfr. Sánchez Torres, E., “La enfermedad como causa “improcedente” de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia”, *Relaciones Laborales*, Wolters Kluwer, n. 2, 2006, p. 442). Estos autores señalan que, a pesar de que la mayoría de la doctrina apoya esta teoría, la misma presenta numerosas brechas o matices, en especial, en lo que se refiere a la necesidad de que la enfermedad que incapacita para el trabajo sea específica de un grupo o colectivo de personas segregadas.

La doctrina y la jurisprudencia sostienen que la la enfermedad no puede ser considerada causa de discriminación si se tiene en cuenta desde la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo (en este sentido Arenas Viruez, M., “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, *Relaciones Laborales*, Wolters Kluwer, n. 1, 2011, p. 10 (versión web Wolters Kluwer). Sin embargo, otros autores (Sánchez Torres, E., *op. cit.*, p. 430) rechazan esta idea.

En cuanto a la consideración de los enfermos crónicos como un colectivo discriminado, una parte de la doctrina (Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador

enfermo...”, *op. cit.*, p. 159) señala que no siempre es necesario (ni conveniente) vincular el padecimiento de una enfermedad a un colectivo tradicionalmente discriminado ya que se trata de una causa emergente de discriminación, actualmente en desarrollo y todavía por consolidar. Sin embargo, otros autores (en este sentido Sánchez Torres, E., *op. cit.*, p. 442) entienden que concurren elementos suficientes para considerar que el colectivo de trabajadores “no aptos” constituyen una categoría homogénea con especiales necesidades y con un sesgo de debilidad que los coloca en una situación de riesgo de exclusión, como así lo demuestra el hecho de que se les despida.

En cuanto a la necesidad de que la circunstancia discriminatoria se haya utilizado históricamente, Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo...”, *op. cit.*, p. 159, defiende que, a pesar de que la discriminación se manifiesta como un periodo o práctica social diferida en el tiempo, ello no significa que esta circunstancia deba convertirse en un requisito esencial del propio concepto de discriminación. De todas maneras, aunque así fuese, la enfermedad sí ha constituido tradicionalmente un factor de diferenciación tanto en el ámbito social como en el ámbito laboral. Otros autores (Gil Albuquerque, R., Gualda Alcalá, F., J., *op. cit.*, p. 5 (versión online)) precisan que parece poco discutible que la enfermedad haya sido históricamente una de las circunstancias socialmente excluyentes que más han afectado a las personas, en particular, en el supuesto de trabajadores que pierden la capacidad de mantener económicamente a sus familias. Estos autores no se refieren únicamente a las enfermedades que acarrear un estigma social sino a cualquier enfermedad funcionalmente limitante, puesto que aunque no sea definitivamente incapacitante, ha sido, y continua siendo, una causa habitual de ruina económica de los trabajadores.

En opinión de Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo...”, *op. cit.*, p. 160, lo que hace el TS al considerar que la enfermedad solo podrá constituir un factor discriminatorio en casos excepcionales, cuando se aprecie un elemento de segregación, es admitir expresamente que la enfermedad puede ser una causa autónoma de discriminación si se cumple con este requisito. Según esta autora, la enfermedad será causa de discriminación cuando se utilice como un elemento de segregación o estigmatización de la persona que la padece y, por lo tanto, completamente al margen de la aptitud del trabajador para desarrollar la prestación de servicios. En el mismo sentido se pronuncia Arenas Viruez, M., *op. cit.*, p. 10 (versión web Wolters Kluwer), quien

sostiene que la enfermedad solo podría ser considerada como factor discriminatorio si se utiliza como un elemento de segregación ligado a condiciones históricas que han estado ligadas a determinados grupos de personas y no si el despido se produce únicamente por el efecto incapacitante para el trabajo de la enfermedad.

Para algunos autores (Molins García-Atance, J., *op. cit.*, p. 5 (versión web Wolters Kluwer), uno de los riesgos de la inclusión de la enfermedad entre los motivos de discriminación prohibidos por la ley reside en la posibilidad de que la incapacidad temporal se convierta en una situación de refugio para que el trabajador goce de la máxima protección contra el despido aun cuando, en realidad, dicha tutela no esté justificada, pudiendo llegar a distorsionarse el verdadero objetivo de la norma. Esta problemática deriva de la imposibilidad de los médicos de atención primaria de compaginar sus dos funciones: velar por la salud de su paciente y determinar si la alteración de su salud le impide desarrollar la prestación laboral.

En relación al caso concreto del sobrepeso, en España, la legislación (Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición) prevé una protección específica frente a la discriminación por sobrepeso. Sin embargo, la doctrina (Rivas Vallejo, P., *op. cit.*, p. 13) apunta que la misma no parece haber tenido impacto en la práctica y además su encaje en el ámbito laboral no resulta fácil. En el mismo sentido véase Navarrete Molina, C., *op. cit.*, p. 3, que además añade que la seguridad alimentaria desborda los aspectos tradicionales para afrontar la existencia de riesgos sociales de segregación o marginación atendiendo a nuevas realidades a través de los “derechos de nueva generación”.

Por su parte, el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 10 de junio de 2011 intentó poner fin a este debate doctrinal ampliando el elenco de motivos de discriminación previstos en la CE con la introducción de tres nuevos, entre ellos, la enfermedad, debido a su relevancia social ya que es susceptible de afectar a todos los ciudadanos (Cfr. Molins García-Atance, J., “La enfermedad como causa de discriminación en el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n. 7584, 2011, p. 3 (versión web Wolters Kluwer). Sin embargo, este proyecto no fue posteriormente aprobado por el Congreso de los Diputados por lo que, a día de hoy, la enfermedad continúa sin estar presente de manera expresa como una causa de discriminación prohibida por la Constitución ni por las leyes.

Según una parte de la doctrina (Moreno Gené, J., “La “enfermedad asimilada a 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*, n. 2, 2016, p. 20) en aquellos casos en los que la enfermedad no puede ser asimilada a la discapacidad, los trabajadores se verían privados de cualquier tipo de tutela por lo que sería necesaria la intervención tuitiva del legislador contemplando la enfermedad o el estado de salud como factor de discriminación.

2. Derecho a la salud

El derecho a la salud incluye el derecho más específico al tratamiento médico en caso de enfermedad y se reconoce en numerosas fuentes internacionales como derecho fundamental de la persona y del trabajador en particular. El *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950* hace referencia de manera expresa al derecho a la salud y a su protección como derecho fundamental autorizando la imposición de límites a otros derechos fundamentales con el objetivo de protegerlo (véase Fabris, P., *op. cit.*, p. 550).

La protección de la salud es la base en la que se asientan el resto de los derechos reconocidos al trabajador enfermo. Sin embargo, lo importante es determinar si se trata de un bien jurídico tutelable en el ámbito laboral y si puede actuar como límite directo al ejercicio de las distintas facultades que integran el poder de dirección empresarial (en este sentido véase Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo...”, *op. cit.*, p. 148).

La normativa comunitaria no prevé una tutela específica para el trabajador enfermo. El derecho a la salud del trabajador no ha adquirido una autonomía específica ni una particular relevancia en el Derecho comunitario. Sin embargo, la parte relativa a la tutela de la salud en el trabajo, es decir, la seguridad en el trabajo, sí fue objeto de amplio desarrollo. Según la mentalidad del legislador comunitario, la asistencia sanitaria, y por lo tanto también el tratamiento y la prevención de enfermedades, es competencia de los Estados miembros. La enfermedad común del trabajador no tiene que gravar sobre el mercado, ni tampoco sobre el empresario, y por lo tanto, sobre la relación laboral. Sin embargo, la seguridad en trabajo está vinculada a la producción de

bienes o servicios por lo que es competencia del empresario. (véase Fabris, P., *op. cit.*, p. 546).

En España, el derecho a la salud se regula en el art. 43.1 CE que se sitúa en el Capítulo III del Título I de la CE dedicado a los principios rectores del orden social y económico. Al no incluirse en la Sección destinada a los derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han venido considerando que la salud es un derecho de eficacia mediata por lo que solo resulta aplicable en el ámbito laboral en los términos reconocidos por el legislador. Si bien en algunas ocasiones la doctrina consuetudinaria considera que el derecho a la salud está incluido en el derecho a la integridad física y moral regulado en el art. 15 CE (la STC 35/1996 declara que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal), no ocurre lo mismo en el ámbito de las relaciones laborales, pues el TC aclara que el art. 15 CE alcanza únicamente la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, mientras que el derecho a la integridad física y moral “no incluye el régimen de bajas por lesión o enfermedad regulado en el Derecho laboral y de Seguridad Social y por ello (el art. 15 CE) no contiene una suerte de derecho fundamental a la baja laboral”. En el mismo sentido se pronuncia el TS, que no acepta la asimilación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física con el derecho a la protección de la salud, pues si bien existe una indudable conexión entre ambos, al ser el primero un simple principio rector de la política económica y social, solo resulta exigible conforme a las leyes y disposiciones que lo desarrollen (Arenas Viruez, M., *op. cit.*, p. 13 (versión web Wolters Kluwer). De esta manera, al no tratarse el derecho a la salud, ni el derecho a la dignidad, de derechos fundamentales autónomos, no son susceptibles de dar lugar a la calificación del despido como nulo (véase Carrizosa Pietro, E., “Despido por incapacidad temporal...”, *op. cit.*, p. 280).

Sin embargo, otra parte de la doctrina (Gil Alburquerque, R., Gualda Alcalá, F., J., *op. cit.*, p. 5 (versión online)) sostiene que el art. 15 CE no puede limitarse a la garantía frente a las agresiones que menoscaban la integridad física sino que también debe tomar en consideración a aquellos trabajadores que pierden su empleo a consecuencia de limitaciones físicas temporales y no definitivamente invalidantes. Según estos autores, la protección de la integridad física debiera extenderse también a estos supuestos.

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con la calificación del despido del trabajador enfermo y, por ello, para una parte de la doctrina lo decisivo es que el legislador ha querido otorgar una protección diferente a la situación de IT y a la discapacidad y, por tanto, el despido en situación de IT no vulneraría el derecho a la integridad física y moral regulado en el art. 15 CE (Cfr. Enjuto Jareño, D., *op. cit.*, p. 5). Sin embargo, otra parte de la doctrina (véase Sánchez Torres, E., *op. cit.*, p. 429) sostiene que el derecho a la salud comprende el derecho del trabajador a verse protegido frente a los daños que sobre ésta pueda provocar la realización de la prestación laboral y el derecho a suspender la relación laboral para recuperarse de cualquier afectación física o psíquica derivada tanto de contingencias profesionales como comunes. En el mismo sentido se pronuncia Ginès i Fabrellas, A., *op. cit.*, p. 17 (versión web), quien sostiene que el derecho a la salud comprende también el derecho a suspender el contrato de trabajo para permitir la recuperación de cualquier afectación física o psíquica.

En Italia, el art. 32 *Costituzione* se dedica específicamente a la protección de la salud y establece que “la República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y en interés de la sociedad, y garantiza asistencia gratuita a los indigentes”. Sobre el derecho a la salud véase Ferrara, R., *Salute (diritto alla)*, en *Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. XIII, Turín, 1998.

Tradicionalmente, la doctrina consideraba que existían dos tipologías de derechos constitucionales, por una parte, “los derechos de libertad” y, por otra, “los derechos sociales”. Mientras que en un primer momento se sostenía que el derecho a la salud formaba parte de los denominados derechos sociales, posteriormente la mayoría de la doctrina apunta que se trata de un derecho de la personalidad, en razón de las características que lo vinculan con los principios fundamentales de la Constitución (para una reconstrucción histórica véase Montuschi, L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milán, 1976). La doctrina (Morana, D., *La salute come diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 1) considera que la salud se configura como un verdadero derecho subjetivo.

Por su parte, la jurisprudencia también evolucionó hasta que llegar a afirmar que el derecho a la salud se configura como un derecho fundamental y absoluto (para una reconstrucción de las distintas posiciones jurisprudenciales véase Bonacci, M., “La Cassazione sul diritto alla salute dopo la Carta di Nizza”, *Rivista giuridica del lavoro e*

della previdenza sociale, n. 4, 2011, p.634 y ss). La doctrina señala que, gracias a la jurisprudencia, el derecho a la salud ha adquirido la condición de derecho individual, primario y absoluto, objeto de protección directa por parte del art. 32 *Costituzione* (Morana, D., *op. cit.*, p. 8). La configuración del derecho a la salud y a la integridad física como derechos fundamentales ha permitido que los tribunales los apliquen de manera inmediata y directa (Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione...”, *op. cit.*, p. 299).

Otros autores (Morana, D., *op. cit.*, p. 30) puntualizan que, si bien es cierto que la salud no se agota en la integridad física, pues esta última se tutela aún en los casos en los que no entre en juego la salud del trabajador, existen espacios en los que existe una superposición entre las dos nociones. Esto ocurrirá cuando la integridad física tenga relevancia para la salud de la persona, por lo que sería necesaria en un momento determinado.

La doctrina apunta (Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione...”, *op. cit.*, p. 301) que la vía más adecuada para otorgar protección al trabajador enfermo es el reconocimiento de tutela constitucional al derecho a la salud.

Capítulo III

Medidas para promover el regreso al trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas: ajustes razonables y normativa de seguridad y salud en el trabajo

1. Importancia de las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo en el proceso de regreso al trabajo

La Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS) define el regreso al trabajo como “un pilar fundamental de una serie de procesos del lugar de trabajo diseñados para facilitar la reintegración en el lugar de trabajo de las personas que experimentan una reducción de su capacidad de trabajo como resultado de enfermedades o accidentes relacionados o no con el trabajo. Los procesos de regreso al trabajo, al tener en cuenta las necesidades individuales, el entorno laboral y las necesidades y responsabilidades legales de la empresa, constituyen un esfuerzo coordinado centrado en el mantenimiento del empleo como primera etapa para evitar que las personas que sufren una reducción de la capacidad de trabajo se retiren prematuramente de la vida activa” (AISS, *Directrices de la AISS. Regreso al Trabajo y Reintegración*, 2013, p. 5).

La mayor parte de los estudios llevados a cabo por la Psicología y la Medicina, la mayoría en relación al cáncer, ponen de manifiesto la importancia de la adaptación del puesto de trabajo para un adecuado regreso al trabajo, así como la incidencia de la presencia de condiciones de trabajo flexibles para que el paciente pueda seguir trabajando durante el tratamiento (Cfr. Mehnert, A., De Boer, A., Feurstein, M., “Employment Challenges for Cancer Survivors”, *Cancer*, vol. 119, 2013, p. 2153). Entre las medidas de adaptación más importantes identificadas por estos estudios destacan la posibilidad de fijar reuniones con el empresario, las condiciones de trabajo flexibles, el acceso a un periodo de incapacidad temporal pagado, asistencia en ciertas tareas y control sobre la carga de trabajo (Cfr. Tiedtke, C., Donceel, P., De Rijk, A., Dierckx de Casterlé B., “Return to work following breast cancer Treatment: The employer’s side”, *Journal of Occupational Rehabilitation*, n. 24, 2014, p. 399). Además, la puesta en práctica de medidas de ajuste razonable tiene efectos positivos en

la propensión de los trabajadores con cáncer a continuar trabajando, así como en su estado de salud (Cfr. Neumark, D., Bradley, C. J., Henry, M., Dahman, B., “Work continuation while treated for breast cancer: the role of workplace accommodations”, *ILR Review*, n. 4, 2015).

Si bien la puesta en práctica de medidas de adaptación puede suponer un coste para el empresario, el mismo será menor de los costes derivados de las incapacidades temporales que se prolongan en el tiempo (EU-OSHA, *Rehabilitation and return to work after cancer*, 2017, p. 7).

Las estadísticas muestran cómo, la mayoría de los trabajadores con enfermedades crónicas pueden continuar trabajando si bien sus ausencias al trabajo son mayores. En concreto, en uno de cada tres casos, una distribución del horario de trabajo inadecuada o lugares de trabajo no adaptados, son la mayor causa de su incapacidad para desempeñar su trabajo (Cfr. European Agency for Safety and Health at Work, *Assisting companies in taking better account of chronic diseases in the workplace: France*, Case Study, 18 diciembre 2015. <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/france-assisting-companies-taking-better-account-chronic/view>).

La doctrina (Hodges, A. C., *op. cit.*, p. 1100) apunta que, para los trabajadores con cáncer, es preferible intentar conservar el puesto de trabajo con el que ya cuentan, si es posible, a dejarlo y deber posteriormente buscar otro debido a las dificultades de probar la existencia de discriminación en los procesos de selección. A la misma conclusión llegan otros autores (Høgelund, J., Holm, A., “Worker adaptation and workplace accommodations after the onset of an illness”, *IZA Journal of Labor Policy*, n. 17, 2014, p.16), cuyo estudio empírico concluye que la duración de los contratos de los trabajadores enfermos que cambian de empresa se reduce, mientras que la adaptación de las condiciones de trabajo aumenta la duración del contrato con el empresario actual. Para lograr que el regreso al trabajo se produzca de manera exitosa, los estudios en la materia (Cfr. Taskila, T., Guilliford, J., Bevan, S., *op. cit.*, p. 5) señalan que es positivo que el trabajador empiece a pensar en su vuelta al trabajo ya desde las primeras semanas en las que se encuentra en situación de incapacidad temporal.

Estas medidas se actúan en las empresas a través de buenas prácticas (Cfr. European Network for Workplace Health Promotion (ENWHP), *op. cit.*). Dichas medidas también se podrían encauzar a través de la obligación de realizar ajustes razonables y de las obligaciones derivadas de la normativa en materia de Seguridad y

Salud en el trabajo. En este sentido, y en relación a las enfermedades músculo esqueléticas, el estudio de la *Fit for Work Europe*, sugiere que es necesario promover y reforzar la legislación que prevé la puesta en práctica de ajustes razonables para los trabajadores con dichas enfermedades (Cfr. Fit for Work Europe, *A Fit workforce for a fit economy...*, *op. cit.*, p. 4).

Las medidas de adaptación pueden ser de dos tipos: dirigidas a la persona (*person-directed*) o dirigidas al trabajo (*work-directed*) (Cfr. De Boer, A., Taskila, T., Tamminga, S. J., Frings-Dresen, M. H. W., Feurstein, M., *op. cit.*, p. 20). Las medidas dirigidas a la persona son aquellas que pretenden potenciar sus capacidades durante o después del proceso de recuperación de una enfermedad, a través de la rehabilitación para el trabajo. En este ámbito, la promoción de las capacidades y el life-long learning juegan un papel fundamental (Cfr. Mehnert, A., De Boer, A., Feurstein, M., *op. cit.*, 2152). Las medidas de adaptación dirigidas al trabajo consisten en la adaptación del ambiente de trabajo así como del tiempo de trabajo.

3. La obligación de realizar ajustes razonables

La obligación de realizar ajustes razonables surgió en Estados Unidos con la introducción en la *Employment Opportunity Act* de 1972 de la obligación para los empresarios de modificar las condiciones de trabajo para permitir a los trabajadores el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa (para una reconstrucción histórica de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU véanse Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, 2015 y Bribosia, E., Rorive, I., *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe*, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field, European Commission, Septiembre 2013, p. 12-13). Posteriormente, con la ADA (*American with Disabilities Act* de 1990), dicha obligación se extendió a las personas con discapacidad (Cfr. Burgdorf, R. L., “The Americans with disabilities Act: an analysis and implications of a second-generation civil rights statute”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 413, 1991).

Los diversos tipos de ajustes razonables contemplados en la ADA podrían dividirse en cinco categorías: realización de cambios en las facilidades ya existentes, ofrecimiento de instrumentos o personal que ayuden a las personas con discapacidad, modificación de las funciones, cambio de puesto de trabajo y la incapacidad temporal. De todas estas modalidades de ajustes razonables, el cambio de puesto de trabajo y la concesión de la incapacidad temporal con derecho a la conservación del puesto de trabajo han sido considerados por la doctrina cómo aquellos cuya aplicación resulta más gravosa. Esto se explica porque implican un nivel mayor de reorganización empresarial así como costes extra, tanto para el empresario como para los compañeros de trabajo (Befort, S. F., “The most difficult ADA reasonable accomodation issues: reassignment and leave of absence”, 37 *Wake Forest Law Review*, n. 439, 2002).

En EE.UU, los tribunales y la doctrina han analizado la posibilidad de considerar el teletrabajo como una medida de ajuste razonable para las personas con discapacidad. Se han pronunciado en manera favorable Sullenger, B. M., “Telecommuting: a reasonable accommodation under the Americans with Disabilities Act as technology advances”, *Regent University Law Review*, vol. 19, n. 533, quien además realiza una reconstrucción de las distintas posiciones mantenidas por los tribunales. Por su parte, Johnson, B. D., “There’s no place like work: how modern technology is changing the judiciary’s approach to work-at-home arrangements, as an ADA accommodation”, *University of Richmond Law Review*, vol, 49, n. 1229 señala que la manera en la que los tribunales determinan cuando el teletrabajo constituye una medida de ajuste razonable está sujeta a un cambio constante debido a la evolución de la tecnología.

Además, la doctrina estadounidense ha analizado de manera pormenorizada la interpretación que los tribunales y la EEOC han realizado de los distintos tipos de ajustes razonables y de su eficacia para la conservación del puesto de trabajo, en concreto, para los pacientes con cáncer (para un análisis individualizado de cada tipo de ajuste razonable véase: Hodges, A. C., *op. cit.*, p. 1077 y ss.).

La doctrina (Hodges, A. C., *op. cit.*, p. 1107) sostiene que para lograr adaptar, de manera efectiva, las condiciones de trabajo a las necesidades de los trabajadores con cáncer u otras enfermedades crónicas, los tribunales deberían reconocer que la organización del trabajo dentro de una empresa no puede ser considerada como intocable y debería poder ser modificada para responder a la obligación de realizar ajustes razonables para los trabajadores con discapacidad. Sin embargo, la definición de

discapacidad que recoge la ADA es potencialmente amplia, la manera en la que los tribunales interpretan la obligación de realizar ajustes razonables puede servir para limitar el número de personas que pueden acceder a las tutelas previstas para los discapacitados (en este sentido se pronuncia Porter, N. B., *op. cit.*, p. 2 (versión digital)).

El objetivo de la obligación de realizar ajustes razonables es garantizar el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida, bien sea en el mismo puesto de trabajo o en otro acorde con su capacidad, aunque el rendimiento sea inferior. Por este motivo, tienen que coordinarse dos intereses contrapuestos: el del empresario que debe admitir una disminución del rendimiento y el del trabajador al mantenimiento del empleo y del salario (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 110).

2. 1 Medida de lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad

A nivel internacional, los ajustes razonables se recogen en la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad que los define en su art. 2 como “las adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Dicha Convención señala de manera expresa que la negación de adoptar ajustes razonables constituye una forma de discriminación. Por este motivo, dicha obligación está incorporada de manera inequívoca en el principio de no discriminación (Cfr. European Commission, *Reasonable accommodation for disabled people in employment contexts. A legal analysis of EU Member States, Iceland Liechtenstein and Norway*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2016, p. 48).

La obligación de realizar ajustes razonables está relacionada con el principio de igualdad substantiva. Ciertos individuos poseen unas características personales específicas que implican que tengan que hacer frente a determinadas barreras para poder participar en la sociedad en igualdad de condiciones respecto al resto de las personas que no tienen esas características. La sociedad está pensada primordialmente para

responder a las necesidades de estas últimas por lo que la puesta en práctica de ajustes razonables permitiría a las primeras evitar las consecuencias negativas derivadas de sus características personales. Para lograr la igualdad y la inclusión social, en ciertas circunstancias es necesario tener en cuenta las características especiales de los individuos (Bribosia, E., Rorive, I., *op. cit.*, p. 8).

A nivel europeo, la obligación de realizar ajustes razonables no ha tenido el mismo desarrollo que en EE.UU o en otros países como Canadá donde existe el derecho de ajustes razonables por circunstancias diferentes de la discapacidad. En Europa, la obligación de ajustes razonables no se recogió de manera expresa hasta la Directiva 2000/78 y se refiere únicamente a los trabajadores con discapacidad en el contexto del empleo (Cfr. Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 87).

El art. 5 de la Directiva 2000/78/CE prevé la obligación del empresario de realizar ajustes razonables con la finalidad de garantizar el principio de igualdad de trato en relación a las personas con discapacidad. Dicha obligación es la consecuencia directa de la adopción del modelo social de discapacidad, pues la misma, tal y como exige la Directiva 2000/78/CE, forma parte del principio de igualdad de trato (Fernández Docampo, B., *op. cit.*, p. 10 (versión web)) y deriva del reconocimiento de que, en ocasiones, la interacción entre la deficiencia de un individuo y el ambiente físico o social puede conllevar la incapacidad de la persona para llevar a cabo la prestación laboral en la manera estándar (Cfr. Waddington, L., “Reasonable accommodation. Time to extend the duty to accommodate beyond disability?”, *TM/NJCM-Bulletin*, vol. 36, n. 2, 2011, p. 187).

Al contrario de lo que ocurre en la Convención ONU, y a pesar de que una de las cuestiones más debatidas en el momento de aprobación de la Directiva 2000/78/CE, finalmente se optó por regular separadamente la discriminación directa e indirecta, de la obligación de realizar ajustes razonables por lo que no se recoge de manera expresa que la denegación de los ajustes razonables constituya un acto discriminatorio (Cfr. Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 96). De esta manera, la legislación europea parece limitar la capacidad del juez a la hora de decidir si la discriminación se ha producido efectivamente o no, independientemente de la adopción de medidas de ajuste razonable (en este sentido, Quinn, G., Flynn, E., “Evolutions in antidiscrimination Law in Europe and North America: Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability”, *The American*

Journal of Comparative Law, winter, 2012). La doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 98) plantea la posibilidad de que, en la práctica, existan situaciones en las que no sea posible reconducir la negativa a realizar ajustes razonables a las tradicionales categorías de discriminación directa o indirecta y si, en este caso, sería necesario considerar que dicha negativa constituye en sí misma un acto discriminatorio. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 179) sostiene que lo más efectivo para garantizar la protección de las personas con discapacidad es considerar que la no realización de ajustes razonables es una forma de discriminación. Esta interpretación está avalada por la ratificación de la Convención de la ONU por parte de la Unión Europea, por lo que, está obligada a interpretar la Directiva 2000/78/CE, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Convención que, como ya se ha dicho, sí contempla la denegación de ajustes razonables como una forma de discriminación. Siguiendo esta línea, el TJUE ha interpretado que la obligación de realizar ajustes razonables forma parte de una obligación de no discriminación más amplia (Cfr. European Commission, *Reasonable accommodation for disabled people...*, *op. cit.*, p. 52). Así, la obligación de realizar ajustes razonables va más allá del mero hecho de que las autoridades públicas concedan a los empresarios incentivos y ayudas para adaptar el puesto de trabajo. Dicha obligación se coloca en el centro del sistema de la tutela antidiscriminatoria basada en la discapacidad (Cfr. Lughezzani, M., “Soluzioni ragionevoli e disabilità nella Direttiva 2000/78/CE: la condanna italiana”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, n. 4, 2013, p. 942).

Si bien la consagración de la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito de la normativa antidiscriminatoria ha tenido lugar en los últimos quince años, la puesta en práctica de medidas de adaptación no es un fenómeno reciente en el ámbito del Derecho. Existen diferentes normas, por ejemplo en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo que obligan al empresario a poner en práctica medidas específicas dirigidas a determinados grupos de trabajadores, como por ejemplo los jóvenes o las mujeres embarazadas. La doctrina considera que dichas previsiones pueden ser consideradas como medidas de adaptación que sirven para garantizar la igualdad de oportunidades de estos trabajadores en el mercado de trabajo y que pueden compararse con las medidas de adaptación puestas en práctica para los discapacitados (Ringelheim, J., “Adapter l’entreprise à la diversité des travailleurs: la portée transformatrice de la non-discrimination”, *Journal européen des droits de l’homme*, n. 1, 2013, p. 71). Otros

autores (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 195) observan que la obligación de ajustes razonables no solo emana del principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad sino que también fluye del concepto de tutela de la salud laboral. En este sentido, dicha obligación tendría una doble naturaleza, en tanto que entronca con el principio de tutela frente a la discriminación, pero también constituye un elemento imprescindible de la política de salud laboral. Sin embargo, otros autores consideran que la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el art. 5 de la Directiva 2000/78 constituye una figura jurídica específica que, a pesar de compartir rasgos con las figuras descritas, se caracteriza por su originalidad ya que su ámbito aplicativo, en razón de la diversidad de medidas que puede comprender, es mucho más amplio que el de las otras medidas descritas, además de que su duración tiende a ser definitiva mientras que la de las otras medidas es necesariamente temporal (Bribosia, E., Rorive, I., *op. cit.*, p. 40).

Una parte de la doctrina señala que la inclusión de la enfermedad crónica en el concepto de discapacidad llevada a cabo por el TJUE en sus últimas sentencias, implica que la obligación de realizar ajustes razonables pase a ser una acción integrante de la prohibición de discriminación que, por lo tanto, no se limita al cumplimiento de la normativa en materia preventiva que exige adaptar el puesto de trabajo a la persona (en este sentido Fernández Docampo, B., *op. cit.*, p. 15 (versión web)).

Una cuestión muy importante cuando se habla de ajustes razonables consiste en la definición de qué se entiende por razonable. En particular, el concepto de razonabilidad ha sido interpretado en manera diferente en los distintos Estados miembros por lo que esto da lugar a una gran confusión (para un análisis de las distintas maneras en las que los Estados miembros entienden el concepto de razonabilidad, véase: Waddington, L., “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 29, n. 3, 2008, p. 322). Del análisis comparado, puede extraerse que los Estados miembros adoptan tres perspectivas diferentes a la hora de entender el concepto de razonabilidad: 1) considerar que una medida de ajuste es razonable solo si no causa costes excesivos al empresario, 2) entender que una medida es razonable si es efectiva, es decir, si permite al trabajador con discapacidad llevar a cabo sus tareas, 3) utilizar una perspectiva que combina las dos anteriores, es decir, una

medida es razonable si es efectiva y, a su vez, no impone un coste excesivo al empresario.

La doctrina (Waddington, L., “Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion”, en Lawson, A., Gooding, C. (directoras), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, p. 125 y ss.) sostiene que, originariamente, la noción de razonable se refería a la efectividad de la medida, es decir, a su idoneidad para permitir que los discapacitados accedan a un trabajo y puedan mantenerlo. En cambio, el análisis del coste de estas medidas se situaba en un momento posterior, por lo que el coste económico es únicamente uno de los indicios de la razonabilidad. Según otra parte de la doctrina (Barbera, M., *op. cit.*, p. 108), la propia Directiva parece confirmar esta teoría ya que separa la noción de razonabilidad de la de coste desproporcionado.

El empresario no está obligado a llevar a cabo estos ajustes razonables en caso de que los mismos supongan una carga excesiva. Dicha carga no se considerará excesiva si está paliada en grado suficiente por las medidas existentes en la política sobre discapacidades en el Estado miembro. La doctrina (Pastore, M., *op. cit.*, p. 213) considera que, a pesar de que la Directiva intenta precisar el concepto de ajustes razonables ofreciendo ejemplos de los mismos y un baremo para valorar la carga económica que el empresario tiene que soportar para llevarlos a cabo, el art. 5 tiene un carácter totalmente indeterminado y la concreción sobre el alcance de los ajustes razonables va a depender de la definición concreta que adopte cada Estado miembro en la transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico interno. Eligiendo esta opción, la Directiva ha optado por un sistema flexible que da lugar a un sistema en el que la regla general es la diferencia entre los distintos países ya que no lleva a cabo una armonización de los derechos de todos los europeos que sufren de una discapacidad (Cfr. Barbera, M., *op. cit.*, p. 109).

La doctrina (Barbera, M., *op. cit.*, p. 82) sostiene que, a pesar de que el concepto de ajustes razonables esté todavía, en parte, por definir, en realidad, el ordenamiento comunitario, así como los ordenamientos de los distintos Estados miembros, ya ofrecen los materiales normativos necesarios para su interpretación, ejemplo de ello son las últimas sentencias del TJUE en este ámbito.

El considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE aporta mayor información sobre el tipo de medidas que podrían ser consideradas ajustes razonables. En este apartado, la Directiva no contiene una referencia detallada de las posibles medidas de ajuste razonable pero señala a título ejemplificativo cuáles podrían ser: adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación.

Ante esta situación, el TJUE ha sido llamado a pronunciarse acerca de cuáles son las medidas que han de considerarse incluidas en el concepto de ajustes razonables. Una parte de la doctrina (Bell, M., “Sickness absence and the Court of Justice...”, *op. cit.*, p. 653) sigue la interpretación del concepto de ajustes razonables realizada por el TJUE en la sentencia *HK Danmark* y sostiene que dicho concepto tiene que ser interpretado de manera amplia, por lo que puede incluir la reducción del horario de trabajo que reconduce al concepto de pautas de trabajo, siempre que no suponga una carga excesiva para el empresario. Sin embargo, no podrá exigírsele la provisión de un puesto de trabajo nuevo, sino que solo tendrá que proceder a la reubicación en caso de que efectivamente exista una vacante (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 112).

Para saber cuál es el tipo de ajuste razonable que va a permitir que la persona con discapacidad acceda y participe en el ámbito profesional, es necesario realizar un análisis del caso concreto que permita tener en cuenta la situación de la persona, de su ambiente de trabajo y de su formación. Por este motivo, la legislación no puede contener una lista definitiva de medidas que tienen que ser consideradas como ajustes razonables (en este sentido, Waddington, L., “When it is reasonable for Europeans to be confused...”, *op. cit.*, p. 320). Sin embargo, esta misma autora considera que lo que sí puede hacer el legislador es establecer una definición genérica de ajustes razonables, que venga acompañada que de una lista ejemplificativa de cuáles pueden ser estas medidas.

Uno de los problemas que surge a la hora de llevar a cabo ajustes razonables de las condiciones de trabajo es la contraposición con la normativa general relativa a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 110) sostiene que en dichos casos la normativa general no resulta aplicable pero esto no quiere decir que el trabajador quede privado de cualquier tipo de protección, a pesar de que, según esta autora, los límites a la obligación de realizar ajustes razonables parecen salvaguardar únicamente el interés empresarial.

Una parte de la doctrina (Davidov, G., Mundlak, G., “Accommodating All? (or: ‘Ask Not What You Can Do for the Labour Market; Ask What the Labour Market Can Do for You’”, en Blanpain, R., Hendrickx, F. (editores), *Reasonable Accommodation in the Modern Workplace. Potential and Limits of the Integrative Logics of Labour Law*, 93 *Bulletin of Comparative Labour Relations* 191, 2016, Wolters Kluwer, p. 194) considera que el hecho de que la obligación de adaptar las condiciones de trabajo se reserve únicamente a un grupo específico de trabajadores puede tener consecuencias negativas para ese grupo como por ejemplo, que los empresarios eviten contratarlos o los contraten para desempeñar ocupaciones con bajos salarios o condiciones de trabajo más negativas, o que sufran penalizaciones en lo que a la promoción profesional se refiere.

Tal y como señala la doctrina (Waddington, L., “Reasonable accommodation. Time to extend...”, *op. cit.*, p. 186), a consecuencia de la Directiva 2000/78/CE, los Estados miembros estaban obligados únicamente a adoptar ajustes razonables en relación a las personas con discapacidad. Esto ha motivado que, a pesar de las sugerencias del Comité de las Regiones y del Parlamento Europeo, no se haya dedicado mucha atención a la posibilidad de extender el abanico de beneficiarios de los ajustes razonables (Bribosia, E., Rorive, I., *op. cit.*, p. 37). Sin embargo, la potencial utilidad de dicha obligación, ha llevado a algunos a cuestionar si dicha medida se deba extender también a otros sujetos distintos de las personas con discapacidad. Esta es la situación existente en otros ordenamientos jurídicos, como Canadá y EE.UU, donde existe una obligación de realizar ajustes razonables que se aplica también a otros sujetos y no solo a los discapacitados (Cfr. Waddington, L., “Reasonable accommodation. Time to extend...”, *op. cit.*, p. 190).

Siguiendo las experiencias existentes a nivel internacional, una parte de la doctrina (véase Davidov, G., Mundlak, G., *op. cit.*, p. 200) sostiene que se debería potenciar la universalización de la obligación de adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de todos los trabajadores en lugar de limitarla a grupos vulnerables específicos. Esta obligación universal iría más allá y acabaría con el mito del “trabajador ideal” y obligaría a los empresarios a cambiar la estructura del trabajo, en particular en lo que se refiere al horario de trabajo. Este autor apunta que para justificar el carácter universal de la obligación de adaptación, habría que extraerla del contexto de la normativa antidiscriminatoria en el empleo y recolocarla en el contexto de la estructura básica de

los contratos. A pesar de que admite que la obligación general de adaptación podría resultar extraña y dar la sensación de que deja al empresario a merced de las solicitudes de adaptación de los trabajadores, ello no sería así, ya que el empresario también puede llevar a cabo cambios de las condiciones de trabajo amparándose en su poder de dirección. En este sentido, ambas prerrogativas serían igual de extrañas y razonables. En este sentido, sería necesario cambiar la perspectiva y, en lugar de preguntarnos como puede adaptarse el trabajador a las exigencias fijadas de manera predeterminada por el empresario, deberíamos preguntarnos como puede el empresario adaptarse a las exigencias de los trabajadores. El único límite a la obligación universal de adaptación sería la razonabilidad de la medida. Una de las críticas que el mismo autor reconoce que puede hacerse a este sistema es el coste para los empresarios, pues si el mismo es demasiado alto el objetivo de fomentar la empleabilidad de los trabajadores se vería reducido, produciéndose una reducción de los puestos de trabajo disponibles.

En el mismo sentido se pronuncia Asheley Stein, M.; Silvers, A.; Areheart, B. A.; Pickering Francis, L., “Accommodating Every Body”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, 2014, quien, en relación al caso de EE.UU, sostiene que la obligación de adaptación de las condiciones de trabajo debería preverse con independencia de la pertenencia a un grupo determinado. Para ello sería necesario extender la obligación de adaptación de la ADA a todos los sujetos que necesiten de dichas adaptaciones para acceder al mercado de trabajo, sin necesidad de que cumplan con los requisitos exigidos por la ADA para ser considerados discapacitados.

A pesar de que en otros ordenamientos, como es el caso del español, la obligación de realizar ajustes razonables se ha reconocido únicamente de manera expresa para las personas con discapacidad, la doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 105) considera que, estando ligada en sus orígenes, a la necesidad de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa a colectivos minoritarios, esta técnica podría tener gran transcendencia a la hora de garantizar el ejercicio de otros derechos como la conciliación o la educación. Así, en relación a la conciliación, la doctrina (Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 30) apunta que las políticas de conciliación y de igualdad de oportunidades deberían ser revisadas para que dejarasen de centrarse únicamente en la perspectiva de género, y adoptasen la óptica de un *work-health-life-balance* que tuviese en cuenta la diversidad presente en la empresa en clave de prevención y calidad y sostenibilidad del trabajo.

En este sentido, una parte de la doctrina (Sargeant M., “Older workers and the need for reasonable accommodation”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 9, 2008) plantea la posibilidad de que la obligación de realizar ajustes razonables resulte aplicable también a otras personas que sufran un trato discriminatorio y no únicamente a las personas con discapacidad. Este autor, sostiene que la obligación de realizar ajustes razonables debería extenderse también a las personas de mayor edad, en razón de la clara relación que existe entre edad y discapacidad y, además, no niega que dicha obligación pueda extenderse también a otros colectivos merecedores de protección. Para este autor, reconocer la obligación de ajustes razonables únicamente a las personas con discapacidad implica otorgar una protección una vez se es considerado persona con discapacidad, pero no durante el proceso hasta llegar a dicho reconocimiento.

2.2 Regulación de la obligación de realizar ajustes razonables a nivel nacional

En la mayoría de los Estados, no existía una obligación de realizar ajustes razonables antes de la recepción de la Directiva 2000/78/CE.

Este no era el caso del Reino Unido, donde ya desde la *Disability Discrimination Act* 1995 preveía la obligación de realizar ajustes razonables aunque esta no era totalmente idéntica a la actual regulación recogida en la Sección 20 de la *Equality Act* (Cfr. Bell, M., “Mental Health at Work...”, *op. cit.*, p. 199).

La Sección 20 de la *Equality Act* señala que los empresarios están obligados a adoptar ajustes razonables cuando: 1) una disposición, criterio o una práctica aplicada por o en nombre del empleador pone a una persona con discapacidad en una desventaja considerable en comparación con aquellos que no son discapacitados, 2) una característica física pone a una persona con discapacidad en una situación de desventaja considerable en comparación con aquellos que no son discapacitados, 3) una persona con discapacidad, de no existir una disposición o una ayuda auxiliar, estaría en una situación de desventaja sustancial en comparación con aquellos que no son discapacitados.

Si el empresario no cumple con la obligación de realizar ajustes razonables ello constituye discriminación por lo que dicho incumplimiento adquiere relevancia por sí mismo como acto discriminatorio (Cfr. Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 98).

Se han planteado dudas acerca de qué debe entenderse por disposición, criterio o práctica. Pues bien, el *Employment Statutory Code of Practice* de la *Equality Act* (disponible en el siguiente link <https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/employercode.pdf>) establece que dicho concepto incluye, por ejemplo, todas las políticas de empresa formales o informales, las normas, prácticas, criterios, condiciones prerequisites o previsiones, entre otras.

El empresario está obligado a poner en práctica ajustes razonables siempre y cuando tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador. A pesar de que el médico del trabajo puede ofrecer asesoramiento sobre la capacidad del trabajador y hacer propuestas, la decisión sobre la realización de los ajustes razonables corresponderá siempre al empresario. Sin embargo, consultar al trabajador sobre esta cuestión ha sido considerada una buena práctica debido al efecto positivo que tiene ya que, si el empresario no consulta con el trabajador y con el médico del trabajo corre el riesgo de que incumpla su obligación de llevar a cabo ajustes razonables por falta de conocimiento de cuáles serían estos ajustes (Cfr. Kloss, D., “Disability management..”, *op. cit.*, p. 86). Además, también se considera una práctica el hecho de poner en práctica ajustes razonables aun cuando existen dudas acerca de si el trabajador cumple los requisitos para ser considerado discapacitado.

El principal objetivo de la obligación de realizar ajustes razonables es facilitar que la persona con discapacidad conserve su trabajo o regrese al mismo, por lo que las medidas que no persigan este objetivo no serán consideradas como ajustes razonables, por ejemplo el ofrecimiento de acceso a una pensión por enfermedad (Cfr. Kloss, D., “Disability management..”, *op. cit.*, p. 87). Los tribunales realizan una interpretación amplia de la adaptación de las condiciones de trabajo con el objetivo de evitar que un trabajador que pierda la capacidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo pueda ser despedido (Hughes, P., “Disability Discrimination and the Duty to Make Reasonable Adjustments: Recent Developments”, *Industrial Law Journal*, vol 33, n. 4, 2003, p. 360).

En Reino Unido se ha planteado la posibilidad de considerar la extensión del periodo máximo pagado en situación de incapacidad temporal como un ajuste razonable, sin embargo, esta posibilidad ha sido rechazada por los tribunales, que se han mostrado contrarios alegando que esto podría dar lugar a un trato diferenciador respecto al resto de trabajadores y se estaría “usurpando” al empresario de su capacidad de organización de la actividad empresarial. Además, si se admite que el objetivo de los ajustes razonables es promover el regreso al trabajo, la extensión del periodo máximo en situación de incapacidad temporal actuaría como un desincentivo a dicho regreso Bell, M., “Mental Health at Work...”, *Industrial Law Journal*, vol. 44, n. 2, 2015, p. 212). Por el contrario, el regreso progresivo al trabajo después de un periodo prolongado de tiempo en situación de IT es uno de los ajustes razonables más comunes y está diseñado para que los trabajadores se reincorporen poco a poco al trabajo para evitar que dicho regreso resulte demasiado oneroso y los considere en una situación de desventaja (Cfr. Kloss, D., “Disability management...”, *op. cit.*, p. 88).

Otras de las medidas que ha sido considerada como ajuste razonable en el caso *Archibald v. Fife Council* (2004), IRLR 651 es el cambio de puesto de trabajo cuando hay una vacante existente en la empresa, aunque esta sea de un grupo profesional superior y sin necesidad de superar entrevista alguna. El cambio de puesto de trabajo no tiene por qué ser únicamente a otro del mismo nivel profesional, sino que puede ser tanto a uno superior como inferior por lo que dicha medida se ha considerado razonable en este caso. Esto deriva del hecho de que la realización de ajustes razonables no solo está permitida sino que el empresario está obligado a tratar a los discapacitados de manera más favorable que al resto de los trabajadores no discapacitados, pues de lo contrario, la igualdad de trato no conduciría a una igualdad de resultados (Hughes, P., *op. cit.*, p. 361).

La *Disability Discrimination Act* recogía una lista no exhaustiva de medidas que podrían ser considerados ajustes razonables. Sin embargo dicha lista ha sido eliminada de la *Equality Act* e introducida en el *Employment Statutory Code of Practice*.

Otro de los criterios que hay que tener en cuenta a la hora de decidir acerca de la razonabilidad de un ajuste razonable es la posibilidad de que el mismo incremente el riesgo para la seguridad y salud en el trabajo de cualquier persona, incluido el trabajador con discapacidad. Por este motivo, la evaluación de riesgos adquiere un papel fundamental para determinar si dicho riesgo puede incrementarse o no (Cfr. Kloss, D.,

“Disability management...”, *op. cit.*, p. 92). Por este motivo, es necesario encontrar un equilibrio entre la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo y la normativa antidiscriminatoria, tarea que no siempre será fácil. En el Reino Unido, la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo prevalece sobre cualquier otro aspecto. Los mayores problemas se plantean en caso de que el empresario no conozca las circunstancias que implican una mayor sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo y su relación con el deber de confidencialidad (Cfr. Christie, A., Riley, D., *op. cit.*, p. 27).

Sin embargo, en Italia, el legislador nacional, en el Decreto legislativo 216/2003 de transposición de la Directiva 2000/78, se limita a reproducir el principio general relativo a la obligación de poner en práctica ajustes razonables, mientras que, de manera notoria, la transposición de una Directiva, que no es aplicable de manera directa en los Estados miembros, hace necesaria una regulación más exhaustiva y detallada (en este sentido, Digennaro, P., *op. cit.*, p. 860). El legislador italiano había omitido incluir la obligación del empresario de realizar ajustes razonables. La doctrina (Barbera, M., *op. cit.*, p. 81) ha interpretado esta omisión, no como una mera transposición incompleta de la Directiva, sino como una decisión consciente del legislador que no ha deseado incluir en el ordenamiento jurídico italiano, el concepto comunitario de discriminación. De esta manera, antes de la sentencia del TJUE de 4 de julio de 2013, asunto C-312/2011, Comisión Europea contra República italiana, no existía una disposición que obligase a todos los empresarios a adoptar ajustes razonables para hacer frente a las necesidades de todos los discapacitados (Cfr. Pastore, M., *op. cit.*, p. 222), sino que solo existían medidas de naturaleza pública de incentivo y de apoyo. Algunos autores (Barbera, M., *op. cit.*, p. 112) apuntan que, a pesar de la falta de una correcta transposición de la Directiva, para lograr la compatibilidad con el Derecho Comunitario podrían tomarse en consideración las medidas recogidas en la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68, así como en la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, que prevé la adaptación del trabajo a la persona, así como el resto de normas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, el TJUE concluye que en dichas normas no es posible encontrar una disposición que efectivamente imponga a todos los empresarios la obligación de introducir medidas razonables adecuadas a las exigencias de los discapacitados y que resulten aplicables a todos (Cfr. Lughezzani, M., *op. cit.*, n. 4, 2013, p. 942).

En la mencionada sentencia, el TJUE concluye que una de las razones de la falta de adecuación de la trasposición de la obligación de realizar ajustes razonables deriva del ámbito de aplicación subjetivo limitado del empleo protegido (Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68) que solo se aplica a personas con un determinado nivel de discapacidad reconocida, mientras que, en sus últimas sentencias, el TJUE está utilizando una definición amplia de discapacidad. Sin embargo, una parte de la doctrina ha sostenido que la interpretación del concepto de discapacidad en manera conforme a la doctrina sentada por el TJUE no puede implicar la ampliación del ámbito subjetivo de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68 (Cfr. Cimaglia, M. C., *op. cit.*, p. 405).

La regulación en materia de discapacidad en Italia ha debido ser reformada después de la sentencia del TJUE que la ha condenado por una insuficiente actuación de la prohibición de discriminación por discapacidad recogida en la Directiva 2000 (para un análisis de la sentencia del TJUE de 4 de julio de 2013, asunto C-312/2011, Comisión Europea contra República italiana, véase Marasca, M., “La Corte di giustizia boccia l’Italia: verso i disabili un “irragionevole” trattamento sul luogo di lavoro”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 3, 2013, p. 633). En este sentido, el nuevo art. 3 *bis* del Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216 referido a la obligación del empresario de realizar ajustes razonables (modificado por el art. 9. 4 *ter* del Decreto Legislativo de 28 de junio de 2013, n. 76) utiliza una fórmula genérica y reconduce a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por ese motivo, la doctrina ha interpretado que dicha obligación resultará aplicable a todos los sujetos que respondan a la definición de discapacidad de la citada Convención, es decir, que quedan incluidas aquellas personas que ya eran discapacitadas en el momento de la estipulación del contrato de trabajo pero también aquellas que se convierten en incapaces permanentes durante la duración de la relación laboral, con excepción de las que lo sean solo únicamente de manera temporal (Cfr. Digennaro, P., “Il licenziamento del lavoratore disabile tra modifiche normative e riscontri giurisprudenziali”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 8-9, 2015, p. 863). En la misma línea se pronuncia Giubboni, S., “Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2016, p. 637) quien sostiene que la obligación general de adoptar ajustes razonables se refiere a un noción amplia y dinámica de discapacidad, ciertamente más extensa de la utilizada en la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68. En este sentido, todas las personas que por una minoración física, psíquica, sensorial o

intelectual sufran de un déficit de integración en la vida profesional o en la relación laboral, entran en la noción de discapacidad a la que se refiere la Directiva y, por tanto, están protegidas por la obligación de adoptar ajustes razonables tras puesta por el Decreto Legislativo de 28 de junio de 2013, n. 76.

En España, la Directiva 2000/78 se traspuso mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que reformó la LISMI. Más allá del ámbito específico del empleo, la LIONDAU también se refiere a la obligación de realizar ajustes razonables. Como ya se ha dicho, ambas normas fueron refundidas mediante el LGPD que define la obligación de realizar ajustes razonables en su art. 2 m) de la siguiente manera: “son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”. El art. 62 LGPD señala que la no realización de un ajuste razonable supone una vulneración del principio de igualdad de oportunidades, al igual que la discriminación directa o indirecta. Además, el art. 66 de la misma norma apunta que el contenido de las medidas antidiscriminatorias podrá consistir en la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y en la obligación de realizar ajustes razonables. A la luz de esta normativa, la doctrina (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 179) sostiene que parece que la realización de ajustes razonables es una medida antidiscriminatoria autónoma, no necesariamente ligada a la definición de discriminación directa e indirecta. En todo caso, al haber ratificado España la Convención de la ONU, el rechazo a la puesta en práctica de un ajuste razonable tiene que ser considerado como forma de discriminación. Sin embargo, la doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 104) también apunta que, hubiese sido oportuno aprovechar la promulgación de la LGPD, para incluir de manera expresa la negativa a realizar ajustes razonables como conducta discriminatoria.

En relación al ámbito específico del empleo, en la valoración de la discriminación indirecta entra en juego lo establecido en el art. 40 LGDP, según el cuál “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada

situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. La doctrina ha considerado que este artículo parece recoger el concepto de ajustes razonables aplicado al ámbito laboral (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 165).

Las principales cuestiones que se han planteado en relación a la obligación de realizar ajustes razonables, y que se han visto agravadas en razón de las diversas normas que regulan esta figura, se refieren al concepto mismo de ajuste razonable y a las consecuencias de la negativa a realizar ajustes razonables Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 166).

El legislador ofrece una definición general de ajustes razonables y no establece ningún tipo de clasificación. La doctrina (Gutiérrez Colominas, D., *op. cit.*, p. 19 (versión online)), ha criticado este aspecto. Dicha omisión condiciona la eficacia del cumplimiento de la realización de ajustes razonables puesto que impide la delimitación efectiva del objeto de la obligación. Asimismo, no permite establecer prioridades entre las distintas tipologías de adaptaciones a realizar, con la finalidad de modular la carga excesiva.

En relación a la razonabilidad de la medida, el legislador español vincula la definición de razonable a la de carga excesiva, es decir, será razonable si es necesaria, adecuada, eficaz y práctica y, siempre y cuando, no suponga una carga excesiva. La LGDP ha sustituido el concepto de “carga desproporcionada”, recogido en la normativa anterior, por el de “carga excesiva”. Según la normativa anterior, si bien las medidas suponían un coste alto, podrían ser consideradas proporcionadas si permitían neutralizar el efecto discriminatorio. A pesar de haberse cambiado el término, el art. 66.2 LGDP, establece que hay que tener en cuenta los efectos discriminatorios que suponga la no adopción de la medida de ajuste razonable para las personas con discapacidad. La doctrina (véase Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 166) interpreta esta disposición en términos favorables a la adopción de la medida.

A la hora de valorar si los ajustes suponen una carga excesiva para el empresario, el art. 40.2 LGPD establece que “se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y

el volumen de negocios total de la organización o empresa”. La doctrina (véase Gutiérrez Colominas, D., *op. cit.*, p. 22 (versión online) critica el hecho de que el legislador no haya establecido un criterio de prioridad en la valoración de los factores mencionados puesto que, de esta manera, se genera inseguridad jurídica a los operadores que no tienen ninguna referencia acerca de cómo valorar y qué importancia dar a cada uno de estos condicionantes.

En España, el concepto de carga excesiva no es estático ni uniforme, pues depende del coste de la medida, de la existencia de ayudas externas y, por último, de la propia capacidad y la entidad de la empresa. De tal manera que una determinada medida podrá ser calificada como razonable en una gran empresa pero no en una de menores dimensiones si supone un coste que no es razonable (Cfr. Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 107).

El legislador español no ha recogido un elenco, nisiquiera a modo de ejemplo, de las posibles medidas de ajuste razonable. Por este motivo, cabe imaginar cualquier tipo de medida, ya sea de adaptación física del puesto de trabajo o de adaptación organizativa, siempre que respete el requisito de la razonabilidad presentado anteriormente. Estas medidas podrían ser, por ejemplo, reorganización de jornada, horarios o cambio de turnos, reasignación de funciones e incluso reubicación (véase Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 172).

En relación a la reubicación, que solo cabrá en caso de que exista una vacante, puesto que no se podrá exigir al empresario que cree un nuevo puesto de trabajo adaptado al trabajador. Los mayores problemas se plantean cuando la reubicación del trabajador con discapacidad implique una preferencia respecto de los otros trabajadores puesto que podría suponer una vulneración del principio de igualdad. De esta manera, las medidas de ajuste razonable se convertirían en medidas de acción positiva. Sin embargo, considerando la interpretación restrictiva de las medidas de acción positiva que el TJUE ha realizado en relación a las mujeres, cabe plantearse si la misma es extrapolable a las personas con discapacidad. De ser así, podría impedirse la reubicación como ajuste razonable si hay otro trabajador que tiene más méritos. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 174) considera que en el ordenamiento jurídico español existen argumentos suficientes para defender que las medidas que dan prioridad al trabajador discapacitado, teniendo en cuenta que

también existen otras medidas de acción positiva, como lo son cuotas de reserva obligatorias para la contratación de discapacitados.

Otro supuesto problemático lo es la posibilidad de consierar la suspensión del contrato de trabajo como medida de ajuste razonable a pesar de que este supuesto no esté previsto en el art. 45 ET. Esta medida será particularmente eficaz cuando la discapacidad tenga su origen en enfermedades que requieren periodos de cura o que dan lugar a brotes puntuales que impiden el desempeño del trabajo. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 175) interpreta que, al reconocerse de manera expresa el derecho al ajuste razonable, la suspensión del contrato de trabajo podría considerarse una medida más de ajuste razonable, que más allá de los términos estrictos en los que se regula la incapacidad temporal, siempre y cuando no suponga una causa excesiva para el empresario.

La doctrina (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 171) apunta que si bien el ordenamiento jurídico español no lo recoge de manera expresa, la puesta en práctica de ajustes razonables tiene que llevarse a cabo en el respeto de la normativa en materia de Seguridad y salud en el trabajo. La cuestión que se plantea es si la carga excesiva y la razonabilidad de la medida también tienen que tenerse en cuenta a la hora de poner en práctica medidas de adaptación en virtud de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo, en concreto el art. 25 LPRL, puesto que en este ámbito no se ha introducido de manera expresa el límite de la razonabilidad. La doctrina (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 172) considera que no cabe imponer al empresario la obligación de llevar a cabo todo lo que la técnica le permita en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y, fijar el límite de lo razonable cuando se trata de proteger el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

4. La protección de los trabajadores con enfermedades crónicas por parte de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo

La Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el

trabajo hace referencia en su art. 15, sin definirlos, a los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles, quienes deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. A pesar de ello, otras Directivas aprobadas en los años noventa sí contienen disposiciones específicas para determinadas categorías de trabajadores consideradas especialmente vulnerables, en particular, las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia (Cfr. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia). Además, la European Commission, *Guidance on risk assessment at work (Directive 89/391/EEC)*, Directorate-General V Employment, industrial relations and social affairs, Luxembourg, 1996, especifica que los discapacitados también forman parte de los grupos especialmente sensibles a los riesgos (Cfr. European Parliament, *Occupational health and safety risks for the most vulnerable workers*, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Economic and Scientific Policy, 2011, p. 19).

La Estrategia de la Unión Europea (Cfr. Comisión Europea, Europa 2020, Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones) afirma que ciertas categorías de trabajadores continúan estando demasiado expuestos a los riesgos profesionales y enumera algunos de los grupos vulnerables que requieren atención específica, entre ellos, a los efectos que aquí interesan por similitud respecto al tema estudiado, los trabajadores de mayor edad. Los trabajadores de mayor edad tienen más problemas de salud que los trabajadores más jóvenes, entre otros motivos, porque el desarrollo de las enfermedades está vinculado a una exposición a largo plazo a los riesgos derivados del trabajo.

La Directiva 2000/54 de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, se refiere de manera expresa a los trabajadores “cuya sensibilidad pueda verse afectada por alguna causa, como patología previa, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia”, excluyéndolos a la hora de realizar la clasificación de los agentes biológicos, que se basa en los efectos que dichos agentes tienen sobre los trabajadores sanos. El riesgo adicional para dichos trabajadores debe considerarse parte

de la evaluación del riesgo establecida por la Directiva. Sin embargo, no se recoge mayor información sobre la forma en la que el empresario tendrá que identificar estos riesgos adicionales (véase Christie, A., Riley, D., “Legal inconsistency: an overview of UK health & safety and disability discrimination legislation”, *Modus Operandi*, Leeds, 1997, p. 13). A pesar de ello, existe una Guía elaborada por el *US Center for Disease Control and Prevention* (CDC), referida a las personas con VIH (Cfr. *USPHS/IDSA Guidelines for the Prevention of Opportunistic Infections in Persons Infected with Human Immunodeficiency Virus: A Summary*, Morbidity and Mortality Weekly Report, 14 de julio de 1995, disponible en <https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/00038328.htm>) que identifica 17 posibles infecciones que dichas personas pueden contraer por su exposición a los riesgos derivados del trabajo. A pesar de que dicha Guía se refiere a las personas con VIH, la doctrina (véase Christie, A., Riley, D., *op. cit.*, p. 3) apunta que el VIH no es la única causa que compromete la inmunidad de las personas, por lo puede ser tomada como ejemplo, y los resultados que se extraigan del estudio de la misma, pueden aplicarse también a otras condiciones o circunstancias.

La normativa de Seguridad y Salud en el trabajo vigente prevé la figura del trabajador especialmente sensible para ofrecer una tutela mayor a los trabajadores con características personales que impliquen una mayor sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo. En materia de Seguridad y Salud en el trabajo rige el principio genérico de adaptación del trabajo a la persona que está recogido en la Directiva 89/391/CEE y que ha sido traspuesto en los diferentes ordenamientos jurídicos. En este sentido, la normativa relativa a los trabajadores especialmente sensibles, y a la protección específica a la que los mismos tienen derecho, es una concreción del principio general de adaptación (Cfr. García Perrote, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” en Casas Baamonde, M. E. (directora), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, p. 39). La obligación general del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores se manifiesta de manera más concreta en el caso de los trabajadores especialmente sensibles, no porque las medidas a adoptar sean distintas, sino porque tienen un carácter más específico e intensificado (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 72).

En España la categoría de trabajadores especialmente sensibles se regula en el art. 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que establece que “el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. La LPRL no establece de manera clara quiénes son los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el trabajo, de ahí la necesidad de realizar una delimitación para poder elaborar, con seguridad jurídica, un concepto de trabajadores especialmente sensibles (en este sentido Moreno Solana, “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 27). De manera preliminar, resulta necesario aclarar que la LPRL se basa en el principio de generalidad según el cual la protección frente a los riesgos derivados del trabajo no se reserva a los trabajadores considerados como tales por el Derecho del Trabajo, es decir, aquellos en los que concurre la nota de la laboralidad, sino que lo relevante es el criterio sustantivo relativo a la forma en la que se prestan los servicios. Por este motivo, trabajador especialmente sensible no tendrá por qué ser necesariamente el trabajador por cuenta ajena sino que también lo podrán ser otros sujetos como los trabajadores autónomos (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 30-31).

A la hora de determinar quiénes son los trabajadores especialmente sensibles es necesario decidir si dicha condición tiene que tener carácter colectivo o individual. En este sentido, la Directiva comunitaria se refiere a grupos expuestos por lo que la mera pertenencia a dicho grupo determina el acceso a una protección específica. Por su parte, la LPRL en lugar de limitarse a otorgar protección a los colectivos especiales de riesgo, protege tanto a estos colectivos como a todas las personas que por sus características personales o individuales, presenten una sensibilidad especial a los riesgos derivados

del trabajo (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 70). Al fijar la LPRL una serie de requisitos y circunstancias personales que si concurren determinan la existencia de la especial sensibilidad, la doctrina (Sempere Navarro, A. V.; García Blasco, J.; González Labrada, M. (et. Al.), *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 234 y Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 42) se decanta por el carácter individual de la condición de especial sensibilidad.

A raíz de lo expuesto, la doctrina (Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 40; Meléndez Molillo-Velarde, L., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Sempere Navarro, A. (director), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 406 y 407) ha considerado que el art. 25 LPRL es un “cajón de sastre” ya que contempla un supuesto genérico y de aplicación expansiva. Otros autores (Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, J. F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada 1998, p. 143) lo han calificado como norma subsidiaria y “escoba” que permite proteger a grupos no previstos en otras normas y que están expuestos a riesgos específicos. Ello implica una mayor protección, pues pueden tener cabida otros supuestos distintos de los recogidos de manera expresa en la norma (discapacitados, mujeres embarazadas y jóvenes) que sin pertenecer a un colectivo, también sean considerados trabajadores especialmente sensibles. En el mismo sentido se pronuncian (Cfr. García Perrote, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” en Casas Baamonde, M. E. (directora), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, p. 35 y Rodríguez Ramos, M. J., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en Ojeda-Aviles, A., Alarcon Caracuel, Rodriguez Ramos, M. J. (coordinadores), *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, 1996, p. 407), quienes sostienen que, al no establecer la LPRL una lista cerrada de colectivos especialmente sensibles a los riesgos laborales, se deja la puerta abierta a la posibilidad de incluir también a otros sujetos que sean particularmente vulnerables a los riesgos. En este amplio abanico de supuestos quedaría incluida la reducción de la capacidad física o intelectual del trabajador, ya sea una dolencia más o menos transitoria o permanente (Cfr. Gómez-Millán Herencia, M. J., “Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de

prevención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 7, 2011, p. 6 (versión web). Esta misma autora señala que sería posible determinar la existencia de una obligación empresarial de recolocar al trabajador por razones de enfermedad, pues este factor se incluye entre las características personales que son susceptibles de una protección específica por el riesgo que implican a la hora de desarrollar la prestación laboral.

En prevención de riesgos laborales, la sensibilidad es una condición personal que se materializa en una mayor receptividad a los riesgos del trabajo a los que está expuesto el trabajador. En estos casos, los riesgos laborales afectan a estos trabajadores en mayor medida que al resto de sus compañeros y por eso mismo el nivel de protección que tiene que ofrecerles el empresario tiene que ser mayor y superar el estándar preventivo fijado por la normativa de seguridad y salud en el trabajo para el conjunto de trabajadores (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 32-34). A pesar de que todos los trabajadores pueden tener circunstancias personales que los hagan susceptibles de presentar algún tipo de sensibilidad a un riesgo laboral, ello no les condiciona a la hora de realizar el trabajo. Sin embargo, el trabajador especialmente sensible presenta una mayor susceptibilidad al riesgo particular, que es superior a la media o estándar, y ello se convierte en un condicionante para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo (Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 39).

La especial sensibilidad es una circunstancia subjetiva que se haya en el propio trabajador y no en el puesto de trabajo o en el trabajo concreto a desarrollar (Cfr. García Perrote, I., *op. cit.*, p. 37-38). Ello se pone de manifiesto en la literalidad del art. 25 LPRL, pues si el trabajo fuera desempeñado por otro trabajador que no fuera especialmente sensible, no serían necesarias medidas específicas de protección. Además, si se analizan los grupos especialmente sensibles recogidos de manera expresa en la LPRL queda claro cómo lo relevante no es el trabajo que estos realicen sino sus circunstancias subjetivas (en este sentido Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 45). Sin embargo, esto no quiere decir que el trabajo a realizar, es decir, el criterio objetivo, no tenga relevancia a la hora de determinar la tutela que habrá que conceder al trabajador especialmente sensible. Lo que ocurre es que la condición que provoca la especial sensibilidad aparece antes de entrar a valorar el puesto de trabajo y las funciones que realiza el trabajador, que tendrán que ser valoradas en un momento posterior y no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de considerarlo un

trabajador especialmente sensible. Ahora bien, puede ocurrir que las particularidades del trabajador considerado especialmente sensible no le impidan realizar las funciones del puesto de trabajo en las mismas condiciones que sus compañeros, sino que lo que puede pretenderse con su calificación como tal es el acceso a medidas específicas (evaluación de riesgos y vigilancia de la salud) que tengan en cuenta su condición subjetiva (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 49).

Otra de las cuestiones que se plantea en relación a los trabajadores especialmente sensibles es la necesidad de determinar si la especial sensibilidad tiene que ser permanente o temporal. Una parte de la doctrina ha defendido que el art. 25 LPRL solo se refiere a situaciones transitorias por lo que si la situación se convierte en previsiblemente definitiva lo que procedería sería la tramitación de una incapacidad en sus diferentes grados (en este sentido Agustí Julia, J., “Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. La protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., *Estudio de la prevención de los riesgos laborales*, Madrid, 1999, p. 163). Sin embargo, otros autores han sostenido que el trabajador incapacitado permanente parcial también tiene derecho a ser recolocado en la empresa hasta que recupere su capacidad (Cfr. Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, J. F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada 1998, p. 151). Siguiendo esta línea, otra parte de la doctrina (Moreno Solana, A., “Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista de Información Laboral*, n. 7/2014, p. 3 (versión web)) considera que la interpretación que realizan algunas sentencias en las que se concluye que el art. 25 LPRL otorga protección solo a situaciones transitorias es errónea y sostiene que el condicionante que padece el trabajador no tiene porqué ser necesariamente transitorio sino que podría derivar de un problema de salud del trabajador que puede ser incluso permanente. En la misma línea se pronuncian Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 77, quienes sostienen que esta interpretación de los tribunales está incorporando un nuevo requisito no previsto en la definición general que lleva a conclusiones incoherentes, ya que no cabría reconocer el carácter de colectivo especialmente sensible a los discapacitados y después exigir que la sensibilidad sea transitoria. Además, las características personales que implican la mayor sensibilidad serán, en la mayoría de los casos, permanentes.

No es necesario que las características del trabajador, que lo hacen especialmente sensible al riesgo, tengan origen laboral ya que el ámbito de aplicación del art. 25 LPRL no se limita a las dolencias procedentes de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo sino que se extiende a la protección de la salud en general (Cfr. Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010, p. 3 (versión web)). Ni siquiera es necesario que en el entorno laboral concurra el riesgo de una enfermedad calificada como tal, lo que ha llevado a la doctrina a señalar las diferencias existentes entre la normativa preventiva y la de protección social en este aspecto (Cfr. Agra Viforcós, B., “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunia. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y empresariales*, n. 7, 2008, p. 6).

A pesar de que se tiende a pensar solamente en condiciones limitantes, la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 72) señala que al no introducir la LPRL limitaciones al respecto, en el concepto de característica personal también pueden incluirse condiciones personales que forman parte de la personalidad y que no implican ningún tipo de minusvalía o, en general, una menor capacidad. Tales condiciones pueden ser la edad, el peso o la estatura de la persona. En el mismo sentido se pronuncia Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 50, quien apunta que también es posible que cualquier otro condicionante consecuencia de una enfermedad dé lugar a la existencia de especial sensibilidad.

Tal y como se ha señalado, los discapacitados son considerados uno de los colectivos especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo a nivel europeo. El primer problema que se plantea en relación a los trabajadores con discapacidad es la falta de existencia de una definición de discapacidad a nivel europeo. Además de las definiciones ofrecidas por el TJUE en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria (supra 1.1.3), en lo que a la seguridad y salud en el trabajo se refiere, la EU-OSHA sostiene que un trabajador es discapacitado cuando padece una limitación física o mental que puede obstaculizar la prestación laboral, haciendo hincapié en que la discapacidad es un proceso a largo plazo por lo que quedan incluidas en dicho concepto las personas con enfermedades crónicas o progresivas (Cfr. EU-OSHA, *Workers with disabilities*, OSH WIKI, disponible en https://oshwiki.eu/wiki/Workers_with_disabilities#Definition_of_disability). Sin

embargo, siguiendo una perspectiva restrictiva, solo los trabajadores que tienen una limitación permante pueden solicitar una adaptación del puesto de trabajo que contribuya a reducir los riesgos a los que están expuestos. Esto es particularmente problemático en el caso de los trabajadores de mayor edad que tienen pequeñas limitaciones que no son consideradas discapacidad (Cfr. European Parliament, *Occupational health and safety risks for the most vulnerable workers...*, *op. cit.*, p. 62).

En España, el art. 25 LPRL señala de manera expresa que quedan incluidos en el concepto de trabajadores especialmente sensibles los trabajadores que tengan reconocida alguna discapacidad física, psíquica o sensorial. Una parte de la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 76) sostiene que no hubiese sido necesaria esta inclusión expresa, pues los discapacitados quedarían incluidos en el colectivo amplio de trabajadores con alguna característica personal que determina la especial sensibilidad.

Lo determinante a la hora de delimitar este concepto será decidir si con la expresión “discapacidad reconocida” el legislador está pensando en la obtención formal de la condición de discapacitado o si es suficiente el reconocimiento por cualquier medio la afectación de la capacidad del trabajador. Una parte de la doctrina (López Ahumada, J.E., *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 53) sostiene que bastará el reconocimiento a través de cualquier medio, con la finalidad de garantizar la protección ofrecida por la norma a cualquier sujeto con una discapacidad con independencia de su grado. En este sentido, algunos autores (Ginès Fabrellas, A., Luque Parra, M., Serrano Olivares, R., *op. cit.*, p. 25) consideran que hay trabajadores especialmente sensibles que no son personas con discapacidad reconocida pero que entrarían dentro del concepto amplio de personas con discapacidad si se realiza una interpretación amplia del mismo. Por este motivo, después de las últimas sentencias del TJUE y a pesar de la letra literal del art. 25 LPRL, el empresario deberá adaptar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad reconocida o no, incluso a través del cambio de puesto de trabajo, si el mismo se considera razonable (Cfr. Ginès Fabrellas, A., Luque Parra, M., Serrano Olivares, R., *op. cit.*, p. 75). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 76; Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 324), atendiendo a la literalidad del art. 25 LPRL,

considera que la “discapacidad reconocida” implica el sometimiento al correspondiente procedimiento de valoración para la obtención de la declaración de discapacitado. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 324 sostiene esta posición en aras de una mayor certeza jurídica y de una mejor delimitación subjetiva de este colectivo, a pesar de que el art. 25.1 LPRL no hace referencia de manera expresa a la necesidad de que la persona discapacitada tenga reconocido un determinado grado de minusvalía, y a pesar de que la mayoría de las resoluciones judiciales que resuelven esta cuestión no exigen dicho reconocimiento. Los autores que defienden esta posición (Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 325, Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 76) apuntan que la misma no implica que aquellos a los que no se haya reconocido un grado de minusvalía queden privados de cualquier tipo de tutela desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, sino que les resultaría aplicable la obligación de adaptación del trabajo a la persona e incluso podrían ser calificados como trabajadores especialmente sensibles individualmente considerados.

En los casos de limitaciones psicofísicas que den lugar a situaciones incapacitantes de hecho o no declaradas y que impliquen una mayor sensibilidad al riesgo, en opinión de la doctrina (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 227) se debería reconocer la activación de los mecanismos previstos en el art. 25 LPRL. En el mismo sentido se pronuncia Agra Viforcós, B., *op. cit.*, p. 16, quien considera que las enfermedades crónicas, que no son equiparables conceptualmente a las situaciones de discapacidad, sí pueden serlo a la especial sensibilidad a los riesgos laborales a la que se refiere el art. 25 LPRL, por lo que en estos casos es necesario llevar a cabo una evaluación específica del puesto de trabajo con el fin de procurar evitar el riesgo hipotético que se podría generar para el trabajador como consecuencia del factor que lo sitúa en ese nivel de “especial sensibilidad” y que le da derecho a acceder a las medidas específicas a las que se refiere el art. 25 LPRL.

La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 76) puntualiza que no todo trabajador discapacitado viene considerado automáticamente especialmente sensible a los riesgos, sino que será necesario analizar cada caso concreto para determinar si la condición de discapacidad, junto con los riesgos concretos existentes en el puesto de trabajo, implican la consideración como trabajador especialmente sensible. En el mismo sentido se pronuncian Ginès Fabrellas, A., Luque

Parra, M., Serrano Olivares, R., *op. cit.*, p. 26, quienes sostienen que a pesar de que la situación normal será que un trabajador con discapacidad sea considerado trabajador especialmente sensible, esto no tiene porqué ser siempre así.

La normativa en materia de prevención de riesgos laborales no puede dar respuesta a problemas que trasciendan del ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Esto porque el objetivo principal de esta normativa es proteger al trabajador frente a los riesgos laborales y no facilitar la participación y permanencia en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Por lo tanto, solo resultará aplicable en caso de que la enfermedad implique una especial sensibilidad al riesgo (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 78). Los mayores problemas se plantean en los casos en los que la enfermedad no implica claramente un riesgo para la salud del trabajador sino simplemente una reducción del rendimiento. Una parte de la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 78) considera que habría que apostar por una interpretación amplia del concepto de trabajador especialmente sensible para no dejar sin protección a estas situaciones. Para ello, estos autores apuntan que cabe entender que, aunque de una manera diferida, la condición del trabajador que implica reducción del rendimiento, acaba generando efectos perjudiciales en su salud. En España, una vez que se ha determinado que estamos ante un trabajador especialmente sensible, el art. 25 LPRL impone al empresario la obligación de adoptar medidas preventivas y de protección necesarias. Sin embargo, el artículo no establece cuáles tienen que ser dichas medidas preventivas necesarias. Esto ha sido criticado por la doctrina (en este sentido Igartua Miró, M. T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, Laborum, Murcia, 2000, p. 181), pues la inconcreción del artículo plantea importantes problemas de aplicación práctica que tendrán que ser resueltos por los tribunales. La falta de concreción de dicho artículo plantea, en primer lugar, la duda acerca de la existencia de un verdadero derecho del trabajador especialmente sensible a la adaptación del puesto de trabajo y sobre cuál es el alcance de la obligación empresarial de adoptar dichas medidas. Pues bien, la doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 198) concluye que una interpretación acorde con el resto de principios inspiradores de la LPRL lleva a considerar que existe un auténtico derecho a la adaptación del puesto de trabajo a las particulares características del trabajador. En el mismo sentido se pronuncia Carrero Domínguez, C., “La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo”, *Revista Doctrinal*

Aranzadi Social, n. 7, 2013, p. 5 (versión web)), quien señala que el art. 25 LPRL impone un verdadero derecho del trabajador a la adaptación de su puesto de trabajo cuando se den las circunstancias en él descritas por lo que si no hay una auténtica adaptación, no solo se está limitando el derecho subjetivo del trabajador sino que el empresario está incumpliendo una obligación positiva y clara.

En la normativa española, la obligación de adaptación del empresario se justifica en base a diversos preceptos de la LPRL, entre ellos, el art. 14.2 que otorga al empresario la obligación de crear y mantener un entorno laboral seguro, por lo que tendrá que llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias para garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo a los trabajadores especialmente sensibles. La obligación del empresario también deriva de los principios expresados en el art. 15 LPRL, en particular, el deber de adaptación del trabajo a la persona, por lo que la modificación contractual constituye una manifestación de la aplicación de este principio (Cfr. Agra Viforcós, B., *op. cit.*, p. 12 y ss.). A pesar de que los niveles de riesgo resulten aceptables puede que sea necesario, de igual manera, llevar a cabo la adecuación del puesto de trabajo en base al art. 15 LPRL. Sin embargo, si los niveles de afectación superan el límite estándar las adaptaciones se realizarían por aplicación del art. 25 LPRL (véase Carrero Domínguez, C., *op. cit.*, p. 5 (versión web)).

La ausencia de especificación en el art. 25 LPRL acerca de cómo articular las medidas de prevención conduce a la necesidad de recurrir a otros preceptos normativos. Pues bien, por este motivo, la doctrina (Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 72 y Cos Egea, M., *op. cit.*, p. 7 (versión web)), siguiendo la línea interpretativa de los tribunales, ha optado por la aplicación por analogía del art. 26 LPRL que sí hace referencia a cuáles tienen que ser las medidas preventivas a adoptar en caso de que exista riesgo laboral para la trabajadora en situación de riesgo derivado de embarazo o lactancia. Sin embargo, es necesario poner de manifiesto las diferencias que existen entre los supuestos de hecho regulados por los arts. 25 y 26 LPRL. Las diferencias fundamentales consisten en la duración de la especial sensibilidad, pues en caso de embarazo o lactancia la misma tiene un carácter necesariamente transitorio, así como en el acceso a la prestación de Seguridad Social, que solo opera en caso de que sea necesaria la suspensión de la relación laboral en caso de embarazo o lactancia, mientras que no existe para los trabajadores especialmente sensibles en general (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 200). Por ello, la doctrina

(Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 201) sostiene que a pesar de que el art. 26 LPRL puede servir como patrón inspirador para seleccionar las medidas preventivas a adoptar en caso de trabajadores especialmente sensibles, no resultaría oportuna una aplicación en bloque de dicho artículo.

La evaluación de riesgos se trata de la primera de las medidas que se tienen que realizar y los resultados de la misma van a condicionar el resto de medidas a adoptar. Esta evaluación de riesgos no tiene como finalidad detectar si los trabajadores tienen características que los hacen especialmente sensibles, sino que se parte del presupuesto de que el empresario ya está en conocimiento de que el trabajador es especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo (Cfr. Cos Egea, M., *op. cit.*, p. 6 (versión web)). En la evaluación de riesgos inicial y en las evaluaciones periódicas será necesario determinar los riesgos presentes en caso de puestos de trabajo ocupados por trabajadores especialmente sensibles. Además, hay que realizar otra evaluación de riesgos específica para el concreto trabajador sensible. En dicha evaluación específica habrán de recogerse las medidas preventivas que es necesario adoptar para el concreto trabajador sensible, las cuales deberían tomarse de forma escalonada, es decir, cuando no sea posible, de manera justificada, adoptar la primera de ellas habrá que pasar a la segunda y así sucesivamente (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 72).

Las medidas de adaptación para los trabajadores especialmente sensibles podrían ser de dos tipos. Por una parte, medidas de adaptación física del puesto y de eliminación de barreras y, por otra parte, medidas organizativas dirigidas a adaptar la jornada y el horario, así como las funciones del puesto (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 199). Una vez que se ha decidido que una medida es adecuada para el trabajador especialmente sensible habrá que optar por aquella que implique menores cambios en las condiciones de trabajo y que, al mismo tiempo sea razonable desde el punto de vista del coste que implica para el empresario (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 204 y 205).

En relación a las medidas de adaptación física, las mismas se refieren al diseño del puesto de trabajo o a la provisión del trabajador con los equipos necesarios para que pueda llevar a cabo su prestación laboral en condiciones de seguridad. Si dichas medidas son eficaces no será necesario plantearse la adopción otras de carácter organizativo, sin embargo, será necesario valorar si responden al objetivo perseguido y

si son efectivas para la protección de la salud del trabajador Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 206 y 207, quienes reportan casos prácticos resueltos por la tribunales laborales).

En cuanto a las medidas organizativas, la primera de ellas se refiere a la adaptación del tiempo de trabajo. La adaptación del tiempo de trabajo ya se preveía en el ET, en el art. 36.4, que reconoce a los trabajadores nocturnos el derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno en caso de que dicho turno les provoque problemas de salud (Cfr. Agra Viforcós, B., *op. cit.*, p. 9). Por este motivo, se ha planteado si las adaptaciones del tiempo de trabajo pueden quedar incluidas en las medidas de adaptación a las que hace referencia el art. 25 LPRL o si, por el contrario, cuando se pretende poner en práctica dichas adaptaciones habrá que acudir a la regulación contenida en el ET (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 208). A pesar de que ciertas sentencias realizan una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación objetivo del art. 25 LPRL considerando que la normativa de prevención de riesgos laborales no podría amparar adaptaciones del puesto de trabajo que consistan en cambios en el tiempo del trabajo puesto que las mismas deberían llevarse a cabo siguiendo las normas que establece el ET, la doctrina (Cos Egea, M., *op. cit.*, p. 8 (versión web); Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 209) se ha mostrado contraria a esta interpretación realizada por los tribunales. En este sentido, Cos Egea, M., *op. cit.*, p. 8 (versión web) considera que la protección que otorga el art. 25 LPRL a los trabajadores especialmente sensibles resulta aplicable también en los supuestos en los que los que los riesgos a los que están expuestos los trabajadores especialmente sensibles deriven de la distribución del tiempo de trabajo y Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 209 argumenta que está claro que entre las medidas a las que se refiere el art. 25 LPRL quedan incluidas las modificaciones de las condiciones de trabajo referidas a jornada u horario.

Estas medidas organizativas plantean problemas en la medida en que las mismas tengan efectos sobre otros trabajadores de la empresa y en el caso de que impliquen un cambio en las funciones que venía desarrollando el trabajador especialmente sensible (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 211).

La segunda de las medidas preventivas a adoptar sería el cambio de puesto de trabajo. La recolocación del trabajador enfermo que tiene dificultades para desarrollar la prestación laboral con normalidad ha sido considerada como unas de las medidas que le

permitirían conservar su trabajo. El art. 25 LPRL no se refiere expresamente a la reubicación laboral como medida de adaptación, sin embargo, teniendo en cuenta el resto de principios preventivos, la doctrina (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 212) deduce que el cambio de puesto constituye una de las medidas de adaptación a las que hace referencia dicho artículo.

Sin embargo, esta no es una cuestión pacífica a nivel jurisprudencial ya que el TS no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Por este motivo existen dos líneas interpretativas contrapuestas seguidas por los Tribunales Superiores de Justicia. La primera de ellas considera que el art. 25 LPRL impone al empresario únicamente el deber de adaptación de las condiciones de trabajo mientras niega que esté obligado a ofrecer al trabajador especialmente sensible un cambio de puesto de trabajo o de funciones, salvo que así se prevea en convenio o pacto colectivo o individual. Sin embargo, según la segunda de las líneas interpretativas, el empresario debe realizar el cambio de puesto de trabajo cuando sea técnica y objetivamente posible y la adaptación de las condiciones de trabajo no haya sido posible o suficiente para evitar los riesgos (Cfr. Ginès Fabrellas, A., Luque Parra, M., Serrano Olivares, R., *op. cit.*, p. 74).

La normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo no establece de manera general la obligación de recolocar a los trabajadores que sufren una reducción de su capacidad laboral, bien sea temporal o permanente, sino que el derecho a la recolocación para los enfermos temporales o crónicos solo existe en caso de que se demuestre que las tareas que le han sido encomendadas impliquen una especial sensibilidad al riesgo. En este sentido, solo pronunciamientos judiciales aislados han reconocido la obligación del empresario de recolocar al trabajador cuando la incapacidad temporal se cronifica (Cfr. Millán Herencia, M. J., “Recolocación por razones de enfermedad...”, *op. cit.*, 2011, p. 8 (versión web)).

Este caso es un supuesto especial de movilidad funcional por razones de salud, es decir, es una movilidad funcional peculiar porque no se trata de una decisión unilateral del empresario basada en causas organizativas o técnicas (art. 39 ET) ni tampoco en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), sino que el motivo que justifica la movilidad es estrictamente la salud del trabajador y la misma viene impuesta por una norma (el art. 25 LPRL) que protege la salud y la integridad física y psíquica del trabajador, que es un bien jurídico superior (en este sentido Moreno Solana, A., “Las diversas controversias...”, *op. cit.*, p. 4 (versión web)). Por ello, para llevar a

cabo la adaptación del puesto de trabajo de los trabajadores especialmente sensibles no será necesario cumplir el procedimiento establecido en el art. 41 ET relativo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 204 que se refiere a la última doctrina del TS sobre este asunto).

Para que el empresario tenga que proceder al cambio de puesto de trabajo del trabajador especialmente sensible es necesario que se cumplan dos requisitos: por un lado que exista en la empresa un puesto de trabajo exento de riesgos para el trabajador especialmente sensible y, por otro, que cuente con una certificación médica que acredite que el cambio de puesto de trabajo es necesario para salvaguardar la salud del trabajador (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 73). El cambio de puesto de trabajo tiene que serlo a otro de la misma categoría o grupo profesional y solo en caso de que esto no pueda llevarse a cabo, se debe intentar el cambio a una categoría o grupo profesional distinto. Este cambio tendrá carácter temporal pues su finalidad es salvaguardar la salud del trabajador y no su reubicación definitiva o el cambio permanente de funciones (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 74). Sin embargo, la recolocación del trabajador también presenta una serie de obstáculos puesto que el trabajador tendrá que realizar unas funciones compatibles, no solo con su salud, sino también con sus competencias profesionales por lo que habrá que comprobar que el trabajador cuenta con los títulos necesarios para desempeñar el nuevo puesto de trabajo en el que ha sido recolocado. Además, la recolocación puede suponer un mayor coste para el empresario en términos de formación, no solo de cualificación profesional sino también en materia de prevención de riesgos laborales (Cfr. Millán Herencia, M. J., “Recolocación por razones de enfermedad...”, *op. cit.*, 2011, p. 10 (versión web)). La obligación de adaptación del empresario, a pesar de amparar la alteración funcional, no conlleva la obligación de crear *ex novo* un puesto de trabajo acorde con el estado de salud del trabajador especialmente sensible, correspondiendo al empresario la carga de demostrar que no existe en la empresa un puesto de trabajo acorde con el trabajador especialmente sensible (Cfr. Agra Viforcós, B., *op. cit.*, p. 18).

En el caso de los trabajadores especialmente sensibles sí que puede ser posible acceder a la prestación por incapacidad temporal aunque se plantea la duda de si cabe el recurso a la misma ya que en estos casos no existe en sentido estricto una enfermedad

sino una especial sensibilidad al riesgo (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 215). También cabrá plantearse la relación de prelación que existe entre la suspensión del contrato por IT y la adopción de medidas de ajuste. La doctrina (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 216) sostiene que no será posible establecer una conclusión definitiva al respecto puesto que habrá que atender al caso concreto para determinar la idoneidad de la medida, su impacto y su viabilidad.

En el caso de los discapacitados que tengan la consideración de trabajadores especialmente sensibles, la suspensión del contrato de trabajo y el recurso a la incapacidad temporal no están pensadas como medida preventiva sino solo para el caso de que su salud empeore y no puedan realizar su trabajo (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 75).

La doctrina apunta que, en la práctica, los trabajadores con circunstancias personales que los limitan para el trabajo lo que hacen es recurrir al sistema de Seguridad Social que viene a cubrir las lagunas del sistema de Prevención de Riesgos Laborales. Además, en el peor de los casos, si al trabajador no puede aplicársele ninguna medida de prevención ni tampoco quedar encuadrado en alguna de las situaciones protegidas por la Seguridad Social, la única medida que puede proteger la salud del mismo es la extinción del contrato de trabajo (Cfr. Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 75). En estos casos, el empresario está legitimado a proceder al despido objetivo del trabajador especialmente sensible (Cfr. Cos Egea, M., *op. cit.*, p. 7 (versión web)). Se abre así la puerta a la legitimidad de la extinción de la relación laboral por incapacidad permanente (art. 49 ET) o por despido fundado en la ineptitud sobrevenida del trabajador (Agra Viforcós, B., *op. cit.*, p. 20). A pesar de ello, la imposibilidad de llevar a cabo la adaptación de las condiciones de trabajo para tutelar de manera integral la salud y la integridad del trabajador no determina, sin más, la justificación de una suspensión o extinción de la relación laboral puesto resultaría imprescindible intentar la movilidad funcional o geográfica a pesar de todos los inconvenientes que puedan concurrir (Cfr. Agra Viforcós, B., *op. cit.*, p. 17).

La doctrina (Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *op. cit.*, p. 108) considera que la manifestación normativa más parecida a la obligación de realizar ajustes razonables se encuentra en la normativa de prevención de riesgos laborales que recoge el principio de adaptación del trabajo a la persona y, en consecuencia, la obligación del empresario de

adaptar el trabajo a las características particulares del trabajador. Sin embargo, a pesar de que existe abundante literatura a nivel europeo acerca de la obligación de realizar ajustes razonables, la misma raramente afronta los aspectos de seguridad y salud en el trabajo (Cfr. European Parliament, *Occupational health and safety risks for the most vulnerable workers...*”, *op. cit.*, p. 63).

En el Reino Unido, el Reglamento *Management of Health and Safety at Work Regulations 1999* no contiene una definición de trabajador especialmente sensible en general, sino que solo recoge la obligación para el empresario de llevar a cabo una evaluación de riesgos específica antes de contratar a un trabajador joven o en el caso de trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente (Cfr. Selwyn, N., *The Law of Health & Safety at Work*, Croner, Health & Safety in Practice, Londres, 2002, p. 315 y 361). El Código *The Management of Health and Safety at Work Approved Code of Practice* (ACOP-L21) establecía que a la hora de llevar a cabo la evaluación de riesgos, el empresario tendrá que identificar a aquellos trabajadores particularmente expuestos al riesgo, como por ejemplo los trabajadores jóvenes o los discapacitados (véase Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 168). Sin embargo, este Código fue eliminado el 31 de julio de 2013. Posteriormente, la Guía actualizada del *Health and Safety Executive* (HSE) que recibe el nombre de *Managing for Health and Safety (HSG65)* (disponible en el siguiente link <http://www.hse.gov.uk/pubns/priced/hsg65.pdf>) ha señalado que el empresario no puede olvidarse de estudiar cómo el riesgo puede afectar a los diferentes grupos de trabajadores presentes en el lugar de trabajo como los jóvenes o trabajadores sin experiencia, las mujeres embarazadas, los trabajadores con discapacidad, los inmigrantes o los trabajadores de mayor edad.

En el Reino Unido, a pesar de que la ley solo prevé la obligación para el empresario de llevar a cabo una evaluación de riesgos específica antes de contratar a un trabajador joven o en el caso de trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente, existen guías elaboradas por el Health Safety Executive (HSE) que se refieren de manera específica a la Seguridad y Salud en el trabajo de las personas con discapacidad (Cfr. HSE, *Health and safety for disabled workers and people who work with them: An easy read guide*, disponible en <http://www.hse.gov.uk/disability/easyread.pdf>). Esta Guía establece que en la mayoría de los casos va a ser necesario realizar cambios en el

lugar de trabajo para permitir que los trabajadores con discapacidad, así como sus compañeros, continúen trabajando de manera segura. En este sentido, la evaluación de riesgos permite conocer cuáles son los cambios necesarios que el empresario tiene que llevar a cabo. El empresario no está obligado a llevar a cabo una evaluación de riesgos específica para los trabajadores con discapacidad, sin embargo, en el caso de que conozca que el trabajador, u otras personas presentes en el lugar de trabajo, tienen una discapacidad, tendrá que revisar la evaluación de riesgos existente para comprobar que se han tenido en cuenta los riesgos que podrían afectarles de manera particular (Cfr. HSE, *Health and safety for disabled workers and people and their employers*, disponible en <http://www.hse.gov.uk/disability/largeprint.pdf>).

A la hora de realizar la evaluación de riesgos, no puede presumir que el trabajador con discapacidad no va a poder desempeñar un cierto trabajo a consecuencia de su discapacidad. Por este motivo, resulta tan importante centrar la atención en el caso concreto (Cfr. HSE, *Health and safety for disabled workers and people who work with them...*, *op. cit.*, p. 6). El empresario tiene que prestar especial atención a las necesidades de los trabajadores con discapacidad en lo que a la seguridad se refiere. Las obligaciones del empresario son personales frente a cada trabajador por lo que tendrá que ofrecer un trato especializado en caso de que la discapacidad de la persona implique particulares problemas en lo que a la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo se refiere, de especial manera en situaciones de emergencia, si la discapacidad impide al trabajador reaccionar ante las señales de emergencia. En estos casos, el empresario deberá acudir a los servicios médicos para que lo asesoren sobre cuál será el trabajo más adecuado que puede desempeñar el trabajador con discapacidad. Sin embargo, en determinados casos, la seguridad del trabajador debe prevalecer sobre cualesquiera otras consideraciones y, en caso de que no exista una vacante en la empresa que permita al trabajador desarrollar la prestación laboral en condiciones de seguridad, el trabajador podrá ser despedido de forma legítima, en razón de su propio interés y en el de terceros (Selwyn, N., *op. cit.*, p. 346).

El concepto de enfermedad ha sido abordado en el marco laboral a nivel europeo, principalmente, por parte de la normativa de seguridad y salud en el trabajo que está orientada a la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo y que, por lo tanto, adopta una perspectiva prevalentemente preventiva. La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas

para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo se basa en el principio de “prevención absoluta” e impone al empresario la obligación de adoptar medidas preventivas pero no se ocupa de gestionar las consecuencias en caso de que una persona ya padezca una enfermedad (en este sentido Favalli, S.; Ferri, D., *op. cit.*, p. 20). En el mismo sentido véase Bell, M., “Sickness absence and the Court of Justice...”, *op. cit.*, p. 642 quien apunta que la normativa europea de seguridad y salud en el trabajo se centra en proteger a los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo, en lugar de ofrecer respuestas válidas que les permitan continuar trabajando una vez que dichos riesgos se han materializado. Además, dicha normativa tiene como objetivo únicamente prevenir las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, en lugar de pretender gestionar de la mejor manera posible las ausencias al trabajo derivadas de cualquier tipo de enfermedad, con independencia de que esta esté relacionada o no del trabajo. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Carrizosa Prieto, E., “Discapacidad, discriminación e indemnidad...”, *op. cit.*, p. 7) puntualiza que si bien es cierto que en el conjunto de obligaciones que la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo impone al empresario prevalecen aquellas destinadas a la prevención, no se puede decir que la regulación descuide las medidas de adaptación del puesto de trabajo a las características del trabajador, circunstancia que deriva de la obligación de adaptación del trabajo a la persona y de la protección de los trabajadores especialmente sensibles.

Tradicionalmente, la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo se ha basado en la prevención de los riesgos físicos, sin embargo, con los cambios producidos en las formas de trabajar derivados del paso de un modelo industrializado y fordista a otro post-fordista y basado en mayor medida en la economía del conocimiento, el impacto de los riesgos físicos, a pesar de no haberse eliminado, se ha ciertamente reducido por lo que han cobrado mayor importancia los denominados riesgos psicosociales que impactan negativamente en la salud mental de los trabajadores. Esto ha puesto de manifiesto la relevancia de la salud del trabajador así como la necesidad de abordar las cuestiones relacionadas con las enfermedades de larga duración (Cf. ACAS, *The future of health and wellbeing in the workplace*, Acas Future of Workplace Relations discussion paper series, April 2012, p. 2). En el mismo sentido se pronuncia Bullinger, H. J., “The changing world of work: prospects and challenges for health and safety”, *The changing world of work*, Magazine of the European Agency for Safety and Health

at Work, 2000, p. 10, quien señala que la salud del trabajador va a adquirir un papel central en las nuevas formas de trabajo, en razón de los cambios demográficos en acto que implican una incidencia mayor de los problemas de salud de los trabajadores, y en particular de las enfermedades crónicas. Siguiendo esta misma línea, Black, D. C., *Working for a healthier tomorrow*, Dame Carol Black's Review of the health of Britain's working age population, Londres, 17 Marzo 2008, p. 53, apunta que si bien, indudablemente la prevención de las enfermedades profesionales y de los accidentes es muy importante para reducir los costes empresariales, para aumentar la productividad, las organizaciones deberían centrar sus prioridades también en la salud y el *wellbeing*.

Una de las opciones para responder a estos retos podría encontrarse en la integración de la protección y de la promoción de la salud, lo que permitiría tanto prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, como avanzar en la promoción del bienestar en el trabajo y de la salud (Cfr. Sorensen, G., et. al., "Integration of Health Protection and Health Pro-motion", *Journal of Occupational Medicine*, vol. 55, n. 12, 2013, quien analiza los beneficios de dicha integración en relación al caso americano).

En lo que respecta al caso particular de los discapacitados, en muchas ocasiones, la seguridad ha sido considerada una barrera a la hora de contratar a trabajadores con discapacidad (Cfr. Dench, S.; Meager, N.; Morris, S., *The Recruitment and Retention of People with Disabilities*, Institute for Employment Studies, n. 301, 1996), sin embargo, en realidad, raras veces los problemas planteados desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo resultan insuperables, por lo que no resulta muy probable que exista un verdadero conflicto entre las normas de seguridad y salud en el trabajo y la normativa antidiscriminatoria (Cfr. McGeer, P., Fidderman, H., *Fit for the job: health, safety and disability at work*, Eclipse Group Ltd, Londres, 2000, p. 4).

En Italia, la figura de los trabajadores especialmente sensibles se regula en el art. 28 del Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 81, relativo a la evaluación de riesgos. La doctrina (Montuschi, L., *op. cit.*, p. 385 y ss) sostiene que la evaluación de riesgos se coloca en el punto de intersección entre la salvaguardia de la persona y la planificación de la organización empresarial.

El art. 28 establece que la evaluación de riesgos tiene que tener en cuenta todos los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, incluidos aquellos grupos de

trabajadores expuestos a riesgos particulares, entre los que se encuentran los relacionados con el estrés, los relativos a las trabajadoras embarazadas, a las diferencias de género, a la edad, a la procedencia de otros países y, por último, los relacionados con la específica tipología contractual a través de la que se lleva a cabo la prestación laboral (véase Monda, G. M., “La valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori”, en Zoppoli, L., Pascucci, P., Natullo, G. (directores), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, IPSOA, Wolters Kluwer, Milán, 2010, p. 398). Ya en el momento de la aprobación de este artículo se sostuvo que el elenco no es exhaustivo y no constituye un *numerus clausus* por lo que podría ser integrado en sede aplicativa (en este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina, véase Ferrua, S.; Giovannone, M.; Tiraboschi, M., “Gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari e tipologie di lavoro flessibile: la valutazione del rischio”, en Tiraboschi, M., Fantini, L., *Il testo unico della salute e sicurezza su lavoro dopo il correttivo (D.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè Editore, Milán, 2009, p. 570 y Bacchini, F. “La valutazione dei rischi”, *ISL. Igiene & Sicurezza del lavoro*, n. 5, 2008).

La doctrina (Olivelli, F., “La valutazione dei rischi”, en Persiani, M., Lepore, M. (directores), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, UTET Giuridica, Wolters Kluwer, 2012, p. 280) valora de manera positiva la referencia a la tutela del embarazo y las diferencias ligadas a la edad del trabajador a pesar de reconocer que el elenco tiene carácter ejemplificativo por lo que la evaluación tendrá que tener en cuenta cualquier posible riesgo que pueda existir. En particular, en relación a las diferencias de edad, este autor señala que, al existir ya una normativa relativa al trabajo de los menores, la referencia a la edad pone de manifiesto que el legislador está tomando conciencia del problema de los trabajadores ancianos puesto que, al aumentar la edad de jubilación, será mayor el número de trabajadores de edad avanzada que continuarán en la empresa y para los que será necesario prever tareas, lugares u horarios de trabajo más adecuados. En el mismo sentido se pronuncia Bacchini, F., *op. cit.*, p. 265, quien señala que no hay que infravalorar la posibilidad de realizar intervenciones de adaptación ergonómica de los lugares y horarios de trabajo para adaptarlos a las exigencias relacionadas con la edad.

Otros autores (Bertocco, S., “Contenuto della valutazione dei rischi”, en Carinci, F., Gragnoli, E. (directores), *Codice Commentato della sicurezza sul lavoro*, UTET Giuridica, Turín, 2010, p. 300) apuntan que tanto los trabajadores jóvenes hasta los 24

años (se recuerda que para los menores y adolescentes sigue vigente la normativa específica que obliga a realizar una evaluación de riesgos específica) como los trabajadores de mayor edad, si bien por motivos diversos, necesitan una formación particular, los primeros a causa de su inexperiencia laboral y de su todavía incompleto desarrollo físico, los segundos para mantener actualizadas sus competencias y conocimientos.

Sin embargo, otra parte de la doctrina (Timellini, C., “Il contenuto dell’obbligo di sicurezza”, en Galantino, L. (director), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, UTET Giuridica, 2009, p. 68) señalan que al existir una normativa que ofrece tutelas específicas solo para los trabajadores menores, la referencia a la edad en el Texto Único no es clara.

Otros autores (Martinelli, M., “I lavoratori disabili”, en Carinci, F. (director), *Diritto del lavoro*, vol. VII, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Riusciano M., Natullo, G. (directores), Turín, 2007, p. 419) critican el hecho de que algunas categorías de trabajadores, en particular los trabajadores discapacitados, queden fuera del elenco contenido en el art. 28.

Sin embargo, para otros autores (Gagnoli, E., “Valutazione dei rischi”, en Montuschi, L. (director), *La nuova sicurezza sul lavoro. D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli Editore, Turín, 2011, p. 397), desde el punto de vista sistemático y estilístico, el elenco contenido en el art. 28 supone una reiteración de la idea de la omnicomprensión del objeto de la evaluación de riesgos. El empresario tiene que tener en cuenta cualquier factor que incida en la seguridad con independencia de su naturaleza y del hecho de que el mismo dependa de la organización, de los instrumentos de trabajo, de la actividad o de las condiciones físicas de los trabajadores. Además, esta obligación ya deriva del art. 2.1 de la misma norma que afirma de manera clara que la evaluación de riesgos es global y documenta todos los riesgos.

El concepto de grupos de trabajadores expuestos a riesgos particulares ya se contenía en la normativa anterior y se explicaba en la Circular del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social de 7 de agosto de 1995, n. 102, según la cual “en la noción de grupos particulares se incluyen aquellas categorías de trabajadores para los cuales, respecto a la media de los trabajadores, los riesgos relativos a un mismo peligro son comparativamente mayores por causas subjetivas que dependen de los propios trabajadores y que se ponen de manifiesto a raíz de la evaluación de riesgos”. Para esta

Circular son relevantes únicamente las condiciones subjetivas en las que se encuentra el trabajador durante periodos temporales o definitivos (Ferrua, S.; Giavannone, M.; Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 570).

En Italia, el médico competente es el encargado de llegar a cabo la vigilancia de la salud que puede dar lugar a las siguientes declaraciones sobre la capacidad del trabajador: 1) idoneidad, 2) idoneidad parcial, temporal o permanente, con prescripciones o limitaciones 3) inidoneidad temporal, 4) inidoneidad permanente. El médico competente también cumple con la tarea de indicar cuáles son las cautelas que el empresario tiene que tener en cuenta para tutelar la salud de los trabajadores que se ven afectados por una vulnerabilidad física particular. Esta norma está en perfecta armonía con el art. 2087 *Codice Civile* que es la norma de cierre de toda la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo y prevé la obligación del empresario de tutelar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores (Del Nevo, M., “Certificati di idoneità con prescrizioni e reali obblighi del datore di lavoro”, *ISL. Igiene & Sicurezza del lavoro*, n. 5, 2003).

El art. 42 del Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 81 establece que, en caso de que el médico competente, en sede de vigilancia sanitaria, declare la ineptitud sobrevinida del trabajador, el empresario tiene que destinarlo, en el caso de que sea posible, a tareas equivalentes o, si estas no existen, a otras incluso inferiores, garantizándole la remuneración originaria. La doctrina (Monda, P. “La sorveglianza sanitaria”, en Zoppoli, L., Pascucci, P., Natullo, G. (directores), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, IPSOA, Wolters Kluwer, Milán, 2010, p. 345) sostiene que la atribución a tareas inferiores solo resulta posible cuando el trabajador no puede exprimir su propia profesionalidad en el ámbito de la organización productiva.

CAPÍTULO IV

Consecuencias del no funcionamiento de las medidas de adaptación: extinción del contrato de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas

En la disciplina del despido la condición de salud del trabajador interesa desde diferentes puntos de vista: superación del periodo máximo en situación de incapacidad temporal, ineptitud sobrevenida y tutela reservada a los discapacitados, entre otros. Sin embargo, no existe un cuerpo normativo orgánico en esta materia sino únicamente disposiciones dispersas en la legislación que se han ido acumulando a lo largo de los años. Todas ellas tienen en común una razón inspiradora, esto es, la especial sensibilidad que asume la tutela de la persona al tratarse de cuestiones relacionadas con la condición física o psíquica, ya sea transitoria o permanente (véase Casale, D., “Malattia, inidoneità psicofisica e hándicap nella novella del 2012 sui licenziamenti”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2, 2014, p. 401).

A pesar de que en ningún país de la Unión Europea se recoge la posibilidad de despedir al trabajador por el mero hecho de padecer una enfermedad. Esto se explica porque la causalidad constituye una de las manifestaciones de la estabilidad en el empleo y va unida a la génesis del Derecho del Trabajo. La misma está relacionada con la función tuitiva del Derecho del Trabajo que, a diferencia del Derecho civil, nace para proteger a la parte débil del contrato, es decir, al trabajador. La causalidad se utiliza como un instrumento para equilibrar la posición de las partes en el contrato de trabajo (Cfr. Toledo Oms, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, 2009).

El despido motivado por las consecuencias del padecimiento de una enfermedad se reconduce a la figura del despido objetivo ya que la enfermedad se manifiesta independientemente de la voluntad del trabajador. En líneas generales, la doctrina (Ichino, P., “Sulla nozione del giustificato motivo oggetivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 2002, p. 474) sostiene que el despido objetivo puede operar únicamente en caso de que continuar con el contrato laboral conlleve una pérdida para la empresa superior a un determinado umbral. Por este motivo, se plantean diversos problemas a la hora de valorar cuando el despido objetivo motivado por la enfermedad del trabajador es proporcionado o no.

La doctrina apunta que si se quiere fomentar de manera seria la inclusión de los trabajadores vulnerables y preservar la inversión pública realizada para promover el empleo de estas personas, el siguiente paso tiene que consistir en abordar más de cerca la posibilidad de reformar la disciplina del despido y mejorar los aspectos relacionados con la retención de estos trabajadores derivados de la normativa antidiscriminatoria (Puttick, K., *op. cit.*, p. 395).

En el binomio discapacidad-empleo, entendido en sentido amplio, existen dos intereses contrapuestos, por una parte el derecho a la dignidad de dichos trabajadores y su derecho a obtener los ajustes razonables necesarios y, por otra parte, el interés del empresario a gestionar su negocio en la manera más efectiva y eficiente posible. Por este motivo, en ciertos casos puede plantearse la cuestión de la terminación de la relación laboral en razón del interés del negocio (Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 93).

En los siguientes apartados se realiza un análisis de los distintos tipos de despido que están relacionados con las consecuencias derivadas del padecimiento de una enfermedad crónica.

1. El despido relacionado con la capacidad del trabajador

La doctrina define la ineptitud sobrevenida como la inhabilidad del trabajador para el desarrollo de la prestación objeto del contrato de trabajo (Toscani Giménez, D., Alegre Nueno, M., *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 101). Por su parte, Arias Domínguez, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador* (ineptitud, falta de adaptación y absentismo), Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 106 señala que la ausencia en el trabajador de las condiciones necesarias para continuar desarrollando el trabajo satisfactoriamente como hasta entonces lo había venido prestando, determina la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida ya que dicha pérdida supone la ruptura del contenido sinalagmático del contrato.

Otros autores como Gorelli Hernández, J., “Causas de despido objetivo”, en Gorelli Hernández (coord.) *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 380, apuntan que es necesario relativizar el tema y que habrá que atender al caso

concreto para poder analizar si la falta de capacidad del trabajador le impide alcanzar el objeto del contrato o si, por el contrario, a pesar de esta limitación puede lograrlo igualmente. En el mismo sentido se pronuncia Linares, R. y Mortara, V., “Abilità, idoneità, capacità, validità: problematiche dell’inserimento, riammissione e reinserimento al lavoro”, en F. Pelone (director), *Atti VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale*, INAIL, 2009, p. 303 que señala que el concepto de idoneidad del trabajador, que en su origen era genérico, ha evolucionado y a día de hoy está siempre más relacionado con la tarea específica.

Existe otra parte de la doctrina que considera que la interpretación que se realiza de la ineptitud sobrevenida del trabajador podría ser renovada a través de la utilización activa de los principios y de los remedios delineados en la normativa antidiscriminatoria. En este sentido véase Giubboni, S., “Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione “adeguatrice””, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, n. 2, 2012, p. 290.

Asimismo, resulta necesario diferenciar la ineptitud sobrevenida de otras figuras presentes en los diferentes ordenamientos jurídicos. Así, la ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo es un supuesto que se diferencia claramente de la enfermedad. La enfermedad no tiene por qué dar lugar necesariamente a ineptitud laboral en todos los casos. Al contrario, teniendo en cuenta las características propias de la actividad laboral, pueden darse supuestos en los que la enfermedad haya remitido, pero la ineptitud persista, pudiendo verse perjudicado el derecho a la salud y existiendo mayores probabilidades de recaída (Cfr. Tatarelli, M., *op. cit.*, p. 38). Mientras la enfermedad conlleva la imposibilidad total de llevar a cabo la prestación laboral de manera temporal, la ineptitud sobrevenida tiene carácter permanente y duración indeterminada o indeterminable y aunque no tiene por qué implicar la imposibilidad total de llevar a cabo la prestación laboral, sí da lugar a un supuesto de resolución del contrato de trabajo, independientemente de la superación del periodo máximo en situación de incapacidad temporal (Cfr. Topo, A., “Licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile”, *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2014, p. 1 (versión online)), quien utiliza la diferenciación entre enfermedad e ineptitud sobrevenida realizada por la jurisprudencia italiana). La ineptitud sobrevenida, a diferencia de la enfermedad, no da derecho a la conservación del puesto de trabajo por un periodo mínimo de tiempo, por lo que, el trabajador está expuesto de manera

inmediata al riesgo de extinción de la relación laboral (véase Voza, R. “Sopravvenuta inidoneita psicofísica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5, 2015, p. 772.

En España, los despidos relacionados con la capacidad del trabajador se regulan en el art. 52.a) ET que enumera entre las causas de despido objetivo la “ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”. Tal y como señala Sánchez Trigueros, C., “La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 1, 1998, p. 2 (versión web Aranzadi), a pesar de la rúbrica del artículo, “extinción del contrato por causas objetivas”, es doctrina consolidada que en realidad se está ante una modalidad de despido, pues con independencia de la causa en la que se funde, la extinción del contrato se produce por decisión unilateral del empresario.

La ausencia de definición legal expresa de la ineptitud sobrevenida ha determinado que hayan sido la doctrina y la jurisprudencia las que se hayan encargado de ofrecer un concepto de la misma. Por ello, hay autores como Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 105 que señalan que resulta más sencillo describir las características de la institución a través de una jurisprudencia esencialmente casuística, que definirla dogmáticamente. Ahora bien, es común entre la doctrina y la jurisprudencia sostener que para que la ineptitud sobrevenida pueda ser causa justificativa de despido es necesario que se cumplan una serie de requisitos (Sempere Navarro, A. V., Charro Baena, P., Rodrigo Martínez Jiménez, J. C., San Martín Mazzucconi, C., “Comentario al artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Extinción del contrato por causas objetivas”, en Sempere Navarro, A. V. (director), *Estatuto de los trabajadores*, Colección Códigos con jurisprudencia Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2009, p. 411). En primer lugar, tiene que ser permanente y no meramente circunstancial; verdadera y no disimulada; general, es decir, afectar a la totalidad de las tareas atribuidas al trabajador o, por lo menos, a las principales y prevalentes, es decir, aquellas que constituyen la parte esencial de la actividad laboral; de suficiente entidad, implicando una aptitud inferior a la de la media normal de cada momento, lugar y profesión; independiente de la voluntad del trabajador, no debida a un actuar deliberado

y consciente del sujeto, lo que permite su diferenciación del despido disciplinario; referida al trabajador y no a los medios materiales o al medio de trabajo.

La doctrina diferencia tres grupos de motivos que dan lugar a la ineptitud sobrevenida: falta de aptitud, habilidad o preparación del trabajador para llevar a cabo los cometidos propios de su categoría profesional; carencia de facultades debida a la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales y la tercera de ellas, el supuesto de ineptitud derivada de una alteración en el estado de salud del trabajador (Toscani Giménez, D., *op. cit.*, p. 86).

Para ciertos autores (Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 87), la apreciación de la ineptitud se basa únicamente en los resultados por lo que es indiferente el motivo que haya dado lugar a dicha ineptitud. En el mismo sentido se pronuncia González Ortega, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 127, 1980, p. 210, quien al considerar que en caso de despido por ineptitud sobrevenida el punto nuclear del análisis se desplaza de las causas de la ineptitud a las consecuencias de la misma, desaparece la ineptitud como causa de despido y se diluye en otra nueva, mucho más genérica, a pesar de su pretendida objetividad, esto es, la disminución del rendimiento. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, p. 377) señala que ineptitud y disminución del rendimiento no deben confundirse, pues la causa del despido es la ineptitud del trabajador, mientras que la disminución del rendimiento es la consecuencia o manifestación de dicha ineptitud. La ineptitud sobrevenida se manifestaría en la disminución del rendimiento del sujeto afectado, que conlleva la imposibilidad sobrevenida de dar cumplimiento al contenido sinalagmático objeto del contrato de trabajo, circunstancia por la que se permite la extinción del mismo por excesiva onerosidad sobrevenida.

Además de las características enumeradas con anterioridad, para que la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida esté justificada, el empresario tendrá que probar la disminución del rendimiento sin que, en ningún caso, se pueda presumir (Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, p. 378). Otros autores (Sánchez Torres, E., *op. cit.*, p. 427), cuestionan que se pueda acudir a la rentabilidad o a la productividad para justificar el despido por ineptitud o incapacidad del trabajador, apuntando que sería

necesario que el empresario acreditase el perjuicio económico que la falta de productividad le produce para poder medir la proporcionalidad de la decisión extintiva.

La doctrina (Fernández Docampo, B., *op. cit.*, p. 15) señala que la calificación de un despido por ineptitud del trabajador por razones de salud queda supeditada a la comprobación del cumplimiento del deber empresarial de adaptar el puesto de trabajo a su particular situación mediante la realización de ajustes razonables. Si dichos ajustes no se han producido o no han sido suficientes, el despido podría ser calificado como nulo por discriminatorio. Si bien es cierto que una empresa no está obligada a mantener en su puesto de trabajo a un trabajador que no pueda desempeñarlo eficazmente, incurrirá en discriminación si no ha introducido previamente los mecanismos de ajuste correspondientes (en este sentido Cabeza Pereiro, J., Fernández Docampo, B., *op. cit.*, p. 687). Otros autores (véase Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 422) lamentan que el art. 52. a) ET no haya incluido la obligación del empresario de realizar los ajustes razonables a los que lo obliga la Directiva 2000/78/CE, pues considera que, sistemáticamente, este debería ser su lugar. Además, el legislador no ha aprovechado la ocasión de trasladar esta obligación recogida en la LGPD a la versión de 2015 del ET. Esta autora denuncia la pésima técnica del legislador del ET que debería haber llevado a cabo una labor de integración entre los diferentes textos aplicables en esta materia y no lo ha hecho.

En España, al no ofrecer el ET una definición específica de ineptitud sobrevenida se han venido planteado dudas acerca de la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de que el trabajador le sea reconocida la incapacidad permanente en sus diversos grados, en caso de incapacidad temporal o por disminución continuada y voluntaria del rendimiento. La doctrina (Toscani Giménez, D., Alegre Nuevo, M., *op. cit.*, p. 101 y Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 120) ha señalado que la incapacidad permanente en sus grados de total o absoluta y la gran invalidez, declaradas mediante un acto administrativo o judicial constituyen una causa suficiente y autónoma para extinguir por sí mismas la relación laboral en base al art. 49 ET y dan lugar a la aplicación del régimen de Seguridad Social, por lo que no sería posible reconducir estas figuras al despido por ineptitud sobrevenida del art. 52 ET, ya que existe independencia entre ambas (Cfr. Sánchez Trigueros, C., *op. cit.*, p. 5 (versión web Aranzadi)). Algunos autores (Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 90) puntualizan que la ineptitud sobrevenida se mueve precisamente en el terreno conceptual que se encuentra entre la inhabilidad

para trabajar que repercute en el resultado productivo de la prestación laboral y la declaración oficial de que el trabajador padece una circunstancia que impide la continuación de la relación laboral, de ahí las dificultades para establecer márgenes de diferenciación. Sin embargo, otros autores (Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, p. 386; “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n. 16, 1989, p. 52) mantienen que nada impediría al empresario optar por el despido objetivo en vez de por la simple extinción por incapacidad permanente. Estos autores consideran que ambos institutos no son compartimentos estancos y que además, el despido objetivo tendría el efecto positivo de facilitar al trabajador una indemnización por la extinción.

En cuanto a la incapacidad permanente parcial, cuya declaración no da lugar a la extinción automática del contrato de trabajo, una parte de la doctrina (Toscani Giménez, D., Alegre Nuño, M., *op. cit.*, p. 103) sostiene que esta no basta por sí sola para justificar un despido objetivo puesto que el propio concepto de incapacidad permanente parcial conlleva de manera implícita la disminución del rendimiento normal del trabajador para su profesión habitual pero, a pesar de ello, esta disminución es compatible con el desempeño de la prestación laboral por lo que un despido objetivo por esta causa no estaría justificado. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 132; Quesada Segura, R., *op. cit.*, p. 52) señala que el empresario tiene la posibilidad de acudir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida debido a la situación declarada de incapacidad permanente parcial, ya que puede suponer la pérdida del rendimiento óptimo de aquel. En este caso, la doctrina (Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, p. 387; Quesada Segura, R., *op. cit.*, p. 55) puntualiza que la declaración de incapacidad permanente parcial no puede dar lugar de manera automática al despido objetivo, sino que será necesario que el empresario demuestre que la incapacidad del trabajador le impide alcanzar el objeto del contrato.

Los mayores problemas en torno al despido por ineptitud sobrevenida se plantean cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) le ha reconocido al trabajador aptitud para su trabajo habitual, a pesar de padecer una enfermedad que limita en algún modo capacidad laboral. Ante esta situación, una parte de la doctrina (Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 121) considera que puede operar de igual modo la ineptitud para el trabajo como motivo extintivo ya que la ineptitud no queda desvirtuada

por el hecho de que el INSS no haya reconocido grado alguno de invalidez en vía administrativa. Por su parte, otros autores (Toscani Giménez, D., Alegre Nueno, M., *op. cit.*, p. 104) han sostenido la posición contraria, señalando que si las lesiones que sufre el trabajador no han dado lugar al reconocimiento de la incapacidad permanente ni siquiera en el grado de parcial, no podrían servir para justificar el despido por ineptitud sobrevinida derivado de la inoperatividad del trabajador.

Por su parte, en el Reino Unido la Sección 98 de la *Employment Rights Act 1996* señala que el despido será legítimo cuando se base en circunstancias relacionadas con la capacidad o las calificaciones del trabajador requeridas para poder llevar a cabo la prestación laboral para la que fue contratado. La capacidad de un trabajador se refiere a las competencias requeridas, a su aptitud, salud o a cualquier otra cualidad física o mental.

Los despidos derivados de los problemas de salud de los trabajadores representan un área particularmente compleja ya que el trabajador pierde su empleo por unas circunstancias que no dependen de su propia voluntad (Cfr. Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 253). Un despido derivado de los problemas de salud del trabajador puede constituir un despido justificado por circunstancias relacionadas con la capacidad del trabajador (Cfr. Lamont, M., “Staying on the right side of the law”, *Occupational Health*, vol. 57, Supplement, 2005, p. 19-21).

Los despidos relacionados con la capacidad del trabajador normalmente derivan de tres circunstancias: incapacidad para llevar a cabo las tareas propias del puesto de trabajo debido a la falta de competencias o cualificaciones, conjunto de ausencias al trabajo intermitentes que implican que el trabajador no pueda cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo o enfermedad de larga duración (Lamont, M., *op. cit.*, p. 19-21).

Las decisiones judiciales de referencia en esta materia son *Spencer v Paragon Wallpapers Ltd* (1976), IRLR 373 y *East Lindsey District Council v GE Daubney* (1977), IRLR 181. Ambas otorgan gran importancia a la necesidad de consultar y discutir la situación con el trabajador antes de proceder al despido para poder ponderar la situación, teniendo en cuenta que el empresario necesita que el trabajo se lleve a cabo y el trabajador necesita tiempo para recuperar su salud. El empresario tendrá que fijar una reunión con el trabajador en la que, a pesar de que los asuntos a tratar pueden variar

considerablemente en función del caso concreto, normalmente se centrará en el análisis de la posición que el trabajador ocupa en la empresa. La consulta con el trabajador constituye un elemento importante a la hora de decidir si el despido basado en la falta de capacidad del trabajador es legítimo o no a pesar de que el trabajador lleve relativamente poco tiempo en situación de incapacidad temporal, (Kelman, G. R., *op. cit.*, p. 30). Esta consulta es considerada una buena práctica, sin embargo la misma no representa un requisito para la calificación del despido como lícito, puesto que podrá serlo igualmente aunque dicha consulta no se haya producido en el caso concreto, en particular, si se considera que el periodo de consulta no hubiese podido cambiar la decisión del empresario (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 254). Sin embargo, el trabajador con una enfermedad crónica puede oponerse a fijar un encuentro con el empresario. En estos casos, el trabajador puede acusar al empresario de acoso o de incrementar el nivel de estrés bajo el que ya se encuentra a causa de la enfermedad. A pesar de ello, el empresario tiene derecho a contactar con el trabajador de manera razonable. Si el trabajador no quiere asistir al encuentro podrá nombrar a otra persona para que lo haga (Lamont, M., *op. cit.*, p. 19-21).

Las circunstancias más importantes en los despidos derivados de los problemas de salud de los trabajadores son la naturaleza del trabajo que desempeña y la naturaleza de la enfermedad del trabajador. El tamaño de la empresa también desempeña un papel fundamental a la hora de valorar la legitimidad del despido, pues la puesta en práctica de medidas que permitan que el trabajador con una enfermedad crónica conserve el trabajo siempre serán más fáciles en una de gran tamaño que en una pequeña o mediana empresa (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 253). En los casos de despidos relacionados con la capacidad del trabajador, para que el mismo pueda ser considerado lícito, las grandes empresas tienen que realizar un esfuerzo mayor para analizar si existen tareas alternativas que puedan ser desarrolladas por el trabajador con capacidad reducida antes de proceder al despido, circunstancia que no exige a las empresas de tamaño reducido. Esto da lugar a la existencia de unas normas para las grandes compañías y otras para las pequeñas y medianas empresas (Cfr. Lamont, M., *op. cit.*, p. 19-21).

Cuando un empresario está considerando si despedir o no a un trabajador enfermo tiene que tener en cuenta dos cuestiones: por una parte, cuál es el estado de salud del trabajador y cuáles son sus capacidades y, por otra, si es apto para llevar a cabo el

trabajo para el que fue contratado o si puede desempeñar otro que esté disponible. Cuando el trabajador no puede llevar a cabo la prestación laboral en las mismas condiciones que antes de la ausencia por enfermedad no basta con que el empresario se limite a despedirlo por este motivo sino que primero tendrá que intentar recolocarlo (Cfr. Bell, M., *Sickness absence and the Court of Justice...*, *op. cit.*, p. 653). Los tribunales dan importancia al hecho de que el empresario obtenga asesoramiento por parte del médico de trabajo de la empresa (*occupational health physician*) antes de proceder al despido para que pueda hacerse una idea correcta del estado de salud del trabajador. Además, este profesional juega un papel fundamental a la hora de asesorar acerca de cuáles son los puestos de trabajo disponibles que podrían ser adecuados para el trabajador enfermo (Kelman, G. R., *op. cit.*, p. 31). El médico de trabajo no da al empresario informaciones detalladas sobre el estado de salud del trabajador sino que se limita a valorar si es apto para trabajar o no, sino que únicamente proporciona un resumen del problema de salud del trabajador y de su pronóstico, siempre con el consentimiento del trabajador. Si bien el médico de trabajo ofrece asesoramiento profesional al empresario, la decisión de despedir o no al trabajador va a depender siempre de este y no del médico. Sin embargo, en caso de que el médico sostenga que el trabajador no es apto para trabajar, la discrecionalidad del empresario va a verse reducida porque continuar la relación laboral con un trabajador que ha sido declarado no apto para trabajar puede dar lugar a responsabilidades legales frente al mismo o frente a terceros (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 255).

En los casos de despido de un trabajador con una discapacidad seria y con efectos prolongados en el tiempo habrá que tener en cuenta las disposiciones de la normativa antidiscriminatoria, es decir, la *Equality Act*, para analizar en qué casos dicho despido puede constituir un acto discriminatorio (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 260). Para los empresarios resulta particularmente complejo entender las dinámicas del despido justificado basado en la capacidad del trabajador y su obligación de no discriminar a los trabajadores con discapacidad (Howard, G., “Disability discrimination and absence”, *Occupational Health Review*, n. 122, 2006, p. 39). Si bien en un primer momento se consideraba que la obligación de realizar ajustes razonables no resultaba aplicable en caso de despido, el *Employment Statutory Code of Practice* es claro cuando en su Sección 6.8 señala que la obligación de realizar ajustes razonables resulta aplicable en todas las fases de la relación laboral, incluido el despido (Jackson,

K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 93). En este sentido, el empresario tendrá que intentar realizar todos los ajustes razonables posibles, incluida la recualificación y el cambio de puesto de trabajo, antes de proceder al despido del trabajador con discapacidad, el despido sería el último recurso al que el empresario podría acudir. Esta es la opción adoptada por los tribunales ingleses tal y como demuestra el caso *Archibald v. Fife Council* (2004, UKHL 32). Sin embargo, una vez que el empresario ha intentado poner en práctica los ajustes y ello no resulta razonable, el mismo puede ser considerado lícito por basarse en la reducida capacidad del trabajador (Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 94). Por este motivo, una parte de la doctrina considera que a pesar de que los empresarios estén obligados a poner en práctica ajustes razonables, en realidad, estos no tienen un gran poder de disuasión ni los incitan a buscar medidas alternativas al despido para intentar retener a sus trabajadores. De hecho, este es uno de los factores que contribuyen al fenómeno según el cual, a pesar de que los trabajadores con limitaciones perceptores de subsidios logran entrar en el mercado de trabajo, lo abandonan de manera más o menos rápida y vuelven a obtener dichos subsidios. Esto es lo que se denomina “incapacity benefits dependency” (Cfr. Puttick, K., “Empowering the Incapacitated Worker? The Employment and Support Allowance and Pathways to Work”, *Industrial Law Journal*, n. 3, 2007, p. 394).

En Reino Unido, los despidos derivados del estado de salud del trabajador son calificados normalmente como ilícitos en caso de que no se haya obtenido un certificado médico que acredite la imposibilidad del trabajador de llevar a cabo la prestación laboral (en caso de que se obtenga un certificado en este sentido, el despido puede ser calificado potencialmente como lícito), no se haya fijado una reunión con el trabajador en el que puede asistir acompañado por un compañero de un trabajo o por un representante de los trabajadores, no haber intentado buscar un puesto de trabajo alternativo disponible o no haber dado posibilidad de contestación (Cfr. Kloss, D., Ballard, J., “Introduction to discrimination law”, en Kloss, D., Ballard, J. (directores), *Discrimination Law and Occupational Health Practice*, The At Work Partnership Ltd, 2012, p. 13). Otra parte de la doctrina (Lockwood, G.; Henderson, C.; Thornicroft, G., *op. cit.*, p. 183) apunta que el despido derivado de una condición médica será calificado como nulo por discriminatorio, salvo que el empresario pueda demostrar que la enfermedad del trabajador le impide llevar a cabo la prestación laboral.

En caso de haya más de una razón para proceder al despido, no es necesario que la intención discriminatoria sea la principal sino que basta con que esté presente. En este sentido, bastará probar que el empresario tenía la intención de discriminar al trabajador por su discapacidad en el momento en el que tomó la decisión de despedirlo y que la discapacidad ha influenciado de manera significativa al empresario (Jackson, K., Banerjee, L., *op. cit.*, p. 94).

En Italia, la Ley de 15 de julio de 1966, n. 604. *Norme sui licenziamenti individuali*, que regula el despido por motivos objetivos, no hace referencia de manera expresa a la ineptitud sobrevenida. Sin embargo, a pesar de que en un primer momento la jurisprudencia reconducía la ineptitud sobrevenida a la disciplina civilista sobre la imposibilidad sobrevenida de cumplir con la prestación recogida en los arts. 1256, 1463 y 1464 *Codice Civile* (para consultar un elenco de las sentencias que sostenían esta posición véase Cangemi, V., “Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psico-fisica: tra ingiustificatezza e discriminatorietà”, *ADL: Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1, 2016, p.170), posteriormente la ineptitud sobrevenida ha sido considerada de manera pacífica por parte de la doctrina y de la jurisprudencia como una de las causas que justifican un despido objetivo (Cfr. Voza, R., “Sopravvenuta inidoneità...”, *op. cit.*, p. 773). La Ley de 28 de junio de 2012, n. 92, conocida como Ley Fornero confirma definitivamente la configuración de la ineptitud sobrevenida como motivo de despido objetivo apartándola del ámbito del Derecho común (véase Ferraresi, M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla Legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappiechelli Editore, Turín, 2016, p. 126).

La identificación de cuáles son los límites que tiene que respetar el empresario a la hora de despedir a un trabajador por ineptitud sobrevenida es una operación compleja ya que entran en juego un amplio número de disposiciones que tienen objetivos diferentes y que pertenecen a distintos momentos de evolución del ordenamiento jurídico, entre otras, la normativa en materia de discapacidad, Seguridad y Salud en el trabajo y la normativa antidiscriminatoria de origen comunitario. Además, esta hipótesis de justificación del despido está estrechamente vinculada con la tutela del derecho al trabajo de los discapacitados y el principio de la igualdad de trato (Giubboni, S., “Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento”, *op. cit.*, p. 628). De hecho, el tema de la ineptitud sobrevenida y de los límites del poder del empresario de rescindir el

contrato impone la coordinación entre diversas disposiciones normativas, pues esta figura jurídica se regula en la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68, en el Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 8 y en las normas en materia de tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad, esto es, en el Decreto legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216 (véase Bresciani, I., “L’onere della prova in tema ri ripescaggio in un caso di sopravvenuta inidoneità alle mansioni”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1, 2017, p. 328).

La jurisprudencia italiana ha fijado una serie de principios consolidados en relación al despido por ineptitud sobrevenida (para una reconstrucción de los mismos véase Spolverato, G., “Malattia del lavoratore e licenziamento”, *Inserto di Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 16, 2010). Estos principios se resumen del siguiente modo: la determinación de la imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo la prestación laboral a consecuencia de una enfermedad tiene que realizarse en un momento en el cual sea posible llegar un juicio preciso y razonable acerca de la duración de la misma, es decir, no puede realizarse durante el estado agudo de la misma; la ineptitud no tiene por qué tener necesariamente carácter permanente y absoluto; en caso de ineptitud parcial, el empresario tendrá que demostrar que no tiene interés en continuar utilizando las capacidades del trabajador de manera parcial; la imposibilidad de atribuir al trabajador actividades equivalentes o, en caso de que ello no sea posible, incluso a otras inferiores (se trata del denominado *obbligo di repêchage*); no existe una obligación que exija al empresario adoptar nuevas tecnologías no presentes en la empresa para permitir al trabajador con ineptitud sobrevenida desempeñar su prestación puesto que la tutela de los trabajadores no puede llegar al punto de imponer una determinada modalidad de organización empresarial.

La jurisprudencia italiana también ha configurado, desde la sentencia de la Corte di Cassazione, Sezione Unite, 7 agosto 1998, n. 7755 el denominado *obbligo di repêchage*. Es necesario señalar que el problema del eventual *obbligo di repêchage* surge únicamente cuando el trabajador lo pone de manifiesto, en caso contrario, el empresario está legitimado a despedir independientemente de cualquier otra circunstancia (véase Persiani, M., “Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage”, *Giurisprudenza italiana*, n. 5, 2016, p. 1168). Se trata de una obligación para el empresario que implica que antes de proceder al despido tenga que realizar una evaluación objetiva sobre la posibilidad de asignar al trabajador otras

actividades equivalentes y compatibles con su capacidad laboral residual, siempre y cuando ello no implique una modificación de la organización empresarial. Posteriormente, esta obligación ha sido interpretada de una manera más bien restrictiva por parte de la jurisprudencia para no poner en discusión la libertad del empresario a la hora de decidir sobre la organización empresarial. Por ello, podría decirse que para la Corte di Cassazione, el *obbligo di repêchage* se traduce únicamente en la obligación del empresario de identificar si existen otras tareas en la empresa que puedan ser atribuidas al trabajador, pero, en una óptica micro, sin modificar su puesto de trabajo y la modalidad de desarrollo de la prestación y, en una óptica macro, tampoco la organización empresarial (véase Digennaro, P., *op. cit.*, p. 861). La doctrina apunta que, en especial en el caso de ineptitud sobrevenida permanente del trabajador parece difícil llevar a cabo la recolocación del mismo sin realizar ninguna variación organizativa en la empresa, ya sea creando un nuevo puesto de trabajo, o solamente de tareas nuevas, o incidiendo en la posición de otros trabajadores. Por lo tanto, persiste el problema de la tensión entre la libertad de iniciativa económica y el interés a la estabilidad del trabajo (Cfr. Voza, R., “Sopravvenuta inidoneità...”, *op. cit.*, p. 775).

La doctrina (Forlivesi, M., “Brevi riflessioni su sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione, repêchage e “patto di dequalificazione””, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, n. 1, 2014, p. 12), llevando a cabo un análisis de la jurisprudencia existente en esta materia, sostiene que existe un principio de Derecho según el cual, en caso de que el trabajador se convierta en físicamente inidóneo para la prestación laboral, no podrá ser despedido a no ser que el empresario pruebe que no existen en la empresa otras tareas equivalentes a las suyas y compatibles con la organización empresarial. De esta manera, el despido se configura como *extrema ratio* que puede adoptarse únicamente cuando no sea posible evitarlo a través de la asignación al trabajador de tareas diferentes, incluso inferiores (véase Voza, R., “Sopravvenuta inidoneità...”, *op. cit.*, p. 778). Una parte de la doctrina (Pisani, C., “L’ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 Cod. Civ.”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, 2016, p. 544) se ha mostrado contraria a la posibilidad de extender el *obbligo di repêchage* a tareas inferiores, puesto que se impondría al empresario una modificación del contrato. Según este autor, al no existir una norma, como ocurre en el caso del art. 4 de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68 que lo prevea de manera

expresa, no parece que dicha obligación pueda ser introducida en el ordenamiento jurídico italiano por vía interpretativa.

En relación a la carga de la prueba, tradicionalmente la jurisprudencia y la doctrina habían adoptado una solución intermedia según la cual, si bien el empresario está obligado a cumplir con el *obbligo di repêchage*, corresponde al trabajador identificar cuáles son los puestos de trabajo disponibles en la empresa que podría ocupar a fin de evitar el despido. Sin embargo, la *Corte di Cassazione* ha cambiado recientemente su posición al respecto rechazando la solución intermedia adoptada anteriormente y ha sostenido que la carga de la prueba corresponde de manera exclusiva al empresario. La *Corte di Cassazione* argumenta que esta obligación deriva de la interpretación de la ley y no de razones sociales puesto que el *obbligo di repêchage* forma parte de la figura jurídica del despido objetivo. Por lo tanto, el empresario tiene que probar la existencia de todos los motivos que dan lugar al despido objetivo, incluida la imposibilidad de recolocar al trabajador en otras tareas. Una parte de la doctrina (Persiani, M., *op. cit.*, p. 1169) se ha mostrado contraria a la posibilidad de extender el *obbligo di repêchage* a tareas inferiores, puesto que se impondría al empresario una modificación del contrato. Así, al no existir una norma, como ocurre en el caso del art. 4 de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68, que se verá más adelante, que lo prevea de manera expresa, no parece que dicha obligación pueda ser introducida en el ordenamiento jurídico italiano en vía interpretativa. Según este autor, en caso de recurso contra el despido, el empresario tendrá que alegar y probar únicamente la existencia de los motivos que justifican el despido objetivo, y corresponderá al trabajador alegar la existencia de una ocupación alternativa, circunstancia que impide el ejercicio del poder de despedir del empresario que, en caso contrario, sería legítimo. Este hecho pone de manifiesto que el *repêchage* no es un elemento del despido objetivo, sino una figura jurídica diferente y sucesiva. Siguiendo esta misma línea, Bresciani, I., *op. cit.*, p. 335, sostiene que esta interpretativa parece coherente con la finalidad protectora de la normativa en materia de ineptitud sobrevinida que pretende tutelar al trabajador que ya se encuentra en una condición de dificultad, por lo que aumentar sus obligaciones en materia probatoria vendría a empeorar todavía más su situación.

Con la reforma del art. 2103 *Codice Civile*, la identificación de estos puestos de trabajo ha cambiado, pues ya no tiene que respetarse una rigurosa equivalencia, sino que basta con que se trate de tareas que el trabajador esté dispuesto a desempeñar, las cuales

podrían ser de ínfimo valor profesional (Persiani, M., *op. cit.*, p. 1167). Sin embargo es necesario respetar una serie de límites: quedan excluidas del *obbligo di repêchage* aquellas que, a pesar de pertenecer a su mismo grupo profesional, requieren que el empresario ofrezca al trabajador una formación específica, puesto que no existe una obligación del empresario de formar al trabajador para permitir que pueda conservar su puesto de trabajo. El *obbligo di repêchage* se refiere solamente a las tareas que el trabajador puede desarrollar utilizando sus actitud y la formación adquirida. Afirmar lo contrario supondría imponer la obligación al empresario de recolocar requalificando en lugar de despedir y contratar a personal ya formado, obligación que no parece posible deducir de la regulación del despido por motivos objetivos. En este caso el problema estaría en determinar hasta qué punto puede imponerse al empresario el coste económico derivado de la obligación de formar al trabajador sin entrar en colisión con el art. 41 *Costituzione italiana* (Cfr. Pisani, C., *op. cit.*, p. 540; Persiani, M., *op. cit.*, p. 1167).

La doctrina (Digennaro, P., *op. cit.*, p. 860) apunta que el legislador italiano ha introducido el *obbligo di repêchage* en el ordenamiento jurídico italiano con el art. 4 de la Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68 que contiene un límite al poder del empresario de despedir al trabajador por motivos objetivos. Este artículo se aplica a los trabajadores que se convierten en inhábiles para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo a causa de una enfermedad o de un accidente de trabajo, que han sufrido una reducción de la capacidad laboral inferior al 60% o cuya inhabilidad deriva del incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del empresario. Estos trabajadores no pueden ser objetivo de un despido por motivo objetivo si existen en la empresa otras tareas equivalentes o, incluso inferiores, compatibles con su capacidad laboral residual.

El *obbligo di repêchage* también ha entrado a formar parte del ordenamiento jurídico italiano gracias al art. 42 del Decreto legislativo de 9 de abril 2008, n. 81 analizado con anterioridad en la parte relativa a la seguridad y salud en el trabajo. Este precepto, a diferencia del anterior, no contiene ninguna limitación en relación a la condición de discapacidad (originaria o sobrevenida) (Giubboni, S., “Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento”, *op. cit.*, p. 638), por lo que extiende este principio más allá del ámbito de aplicación de la contratación obligatoria de las personas con discapacidad (Cfr. Bresciani, I., *op. cit.*, p. 329).

Ambos preceptos del ordenamiento jurídico italiano representan un límite sustancial al poder del empresario de rescindir el contrato de trabajo por motivos objetivos y tienen como finalidad la conservación del puesto de trabajo del trabajador con ineptitud sobrevenida. Los mismos se ven reforzados por la obligación de adoptar ajustes razonables de carácter organizativo que, a su vez, es expresión de la prohibición general de discriminación por razón de discapacidad (Giubboni, S., “Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento”, *op. cit.*, p. 638).

El Decreto legislativo n. 23 de 4 de marzo de 2015 (*Jobs Act*), que ha reformado las consecuencias en caso de despido ilegítimo, ha eliminado la referencia a la “ineptitud física o psíquica del trabajador” recogida en el art. 18 *Statuto Lavoratori*, después de haber sido modificado por la Ley Forneroy la ha sustituido por la expresión “discapacidad física o psíquica del trabajador”. La doctrina se ha interrogado acerca de las implicaciones prácticas de dicho cambio en la terminología utilizada. La mayoría de la doctrina (véase, entre otros, Giubboni, S., “Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento”, *op. cit.*, p. 637;) ha sostenido que ambos conceptos tienen el mismo significado y que la nueva expresión “discapacidad física o psíquica” en realidad se refiere a una misma situación que tradicionalmente ha sido definida como ineptitud. El autor basa esta posición en el hecho de que ambas disposiciones reenvían a los supuestos recogidos en Ley de 12 de marzo de 1999, n. 68 en materia de discapacidad. Otra parte de la doctrina (Casale, D., *op. cit.*, p. 410) apunta que en las situaciones que dan lugar a un despido por ineptitud sobrevenida subsiste casi siempre un “handicap” a pesar de que no venga certificado como tal. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Voza, R., “Sopravvenuta inidoneità...”, *op. cit.*, p. 788) apunta que dicho cambio terminológico podría ser interpretado totalmente en sentido contrario, es decir, que el legislador haya querido cambiar el régimen de la tutela en caso de despido ilegítimo, reservando la reintegración en el puesto de trabajo a los casos de despido basados en la discapacidad, utilizando una expresión selectiva que no incluye la mera ineptitud. Partidario de esta última perspectiva se muestra también Lambertucci, P., “Il lavoratore disabile tra disciplina dell’avviamento al lavoro e tutela contro i licenziamenti: brevi note a margine dei provvedimenti attuativi del c.d. *Jobs Act* alla “prova” della disciplina antidiscriminatoria”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6, 2016, p. 1163.

2. El despido derivado de las ausencias al trabajo

La doctrina (Toledo Oms, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, 2009, p. 194) pone de manifiesto que cuando un trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal son varios los intereses en juego: su interés en conservar su puesto de trabajo y el del empresario en la obtención del máximo rendimiento posible, así como, en última instancia, el de la Seguridad Social en reducir la elevada parte del presupuesto que invierte en este tipo de prestaciones. Todos ellos son intereses contrapuestos por lo que habrá que encontrar un equilibrio entre los mismos.

Por este motivo, la doctrina (Paredes Rodríguez, J. M.; Doctor Sánchez-Migallón, R., *La gestión y el control de la incapacidad temporal*, Aranzadi Social, 2006) apunta que sería necesaria una mejor gestión de la prestación por incapacidad temporal y del absentismo laboral, circunstancia que tendría beneficios para todos los sujetos implicados: el trabajador realmente imposibilitado para trabajar, la empresa que mejoraría su competitividad, así como la Administración del Estado y las mutuas que podrían garantizar prestaciones a los trabajadores que realmente lo necesiten.

Por lo anteriormente expuesto, el despido del trabajador mientras se encuentra en situación de IT es, en palabras de la doctrina que ha tratado el tema, una zona gris, puesto que, a pesar del derecho del empresario a obtener la prestación de trabajo y a extinguir el contrato de trabajo cuando concurre alguna de las causas previstas en el ET, la función tuitiva del Derecho del Trabajo lleva a plantearse si dicha decisión empresarial no estaría vulnerando los derechos fundamentales del trabajador, como lo son el derecho a la salud y a la integridad física, así como el derecho a no ser discriminados o incluso la garantía de indemnidad (Velasco Portero, T, *op. cit.*, p. 144).

El derecho del trabajador a la conservación de su puesto de trabajo durante el periodo de ausencia justificada derivada del padecimiento de una enfermedad y, en consecuencia, la imposibilidad del empresario de rescindir el contrato de trabajo automáticamente en estos casos, han sido considerados históricamente como uno de los aspectos en los que el tratamiento dispensado al contrato de trabajo ha empezado a diferenciarse del Derecho General de Obligaciones (Cfr. Voza, R., “Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 248, 2015, p. 1 (de próxima publicación en “Raccolta di scritti in onere di Raffaele De Luca

Tamajo”). La excepción a la regla general se justifica por la necesidad de garantizar el equilibrio entre las partes implicadas en el contrato de trabajo. Sin embargo, el problema surgirá a la hora de decidir cuando se rompa el equilibrio que se ha querido buscar con la introducción de la excepción. La doctrina (Del Valle Villar, J. M.; Sagardoy y Bengoechea, J. A., *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. Estudio del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1988, p. 23) considera que no es posible ofrecer una solución aritmética a esta cuestión, pues habrá que atender al caso concreto ya que una ausencia breve puede resultar muy gravosa para un empresario, mientras que una ausencia más prolongada puede resultar perfectamente soportable para otro. En el mismo sentido se pronuncia Kelman, G. R., “Fair and unfair dismissal on health grounds”, *Journal of the Society of Occupational Medicine*, n. 33, 1983, p. 30.

En caso de declaración de incapacidad temporal el riesgo de la enfermedad del trabajador se transfiere de manera temporal al empresario (Cfr. Tatarelli, M., *op. cit.*, p. 5). Por este motivo, una parte de la doctrina (Del Valle Villar, J. M.; Sagardoy y Bengoechea, J. A., *op. cit.*, p. 20) apunta que habría que aceptar como posibles supuestos de enfermedad también otros casos que no implican la declaración de incapacidad temporal pero que imposibilitan al trabajador para realizar la prestación laboral, poniendo de manifiesto la situación de desprotección que se produce en aquellos casos en los que la declaración de incapacidad temporal no coincide con el verdadero inicio de la patología. Además, el despido de un trabajador que padece una enfermedad no siempre se produce mientras este se encuentra en situación de incapacidad temporal por lo que la casuística es más amplia y son más los derechos que pueden entrar en conflicto (en este sentido Velasco Portero, T., *op. cit.*, p. 145).

El derecho a la conservación del puesto de trabajo mientras se está en situación en IT se ha desarrollado, generalmente, en modo similar en los distintos Estados. Así, en España, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo constituye, según Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo...”, *op. cit.*, p. 138, la garantía más importante, cuando no la única, que el ET, en su art. 45, ofrece para tutelar al trabajador enfermo. El objetivo principal de esta institución es proteger la estabilidad en el empleo en caso de que se produzcan circunstancias que afecten al trabajador o al empresario. La suspensión del contrato de trabajo conlleva una interrupción temporal de la ejecución de

las obligaciones fundamentales derivadas de la relación laboral, pero no conlleva la extinción del vínculo jurídico que permanece intacto. Esto implica que solo quedan en suspenso la obligación de realizar la prestación de servicios y la obligación de remunerar el trabajo pactado pero siguen vigentes el resto de derechos y deberes que derivan de la relación laboral como el deber de buena fe y los derechos fundamentales del trabajador. En particular, cuando se trate de acontecimientos que impidan al trabajador continuar llevando a cabo la prestación laboral, por ejemplo en caso de incapacidad temporal, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo evita que se extinga automáticamente la relación laboral.

La doctrina (Arias Domínguez, A., *op. cit.*, p. 121) señala que la incapacidad temporal no puede operar como motivo que justifique la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, entre otras cosas porque constituye uno de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.c)). Una parte de la doctrina (Toscani Giménez, D., *op. cit.*, p. 87) señala que en este caso se plantean problemas en la medida en que cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal declarada entran en conflicto dos preceptos laborales, el que admite el despido por ineptitud sobrevenida y el que permite disfrutar de ausencias temporales al puesto de trabajo cuando se está en situación de incapacidad temporal. Este autor señala que a pesar de que es cierto que no existe una regla específica para resolver este conflicto, el art. 3.3 ET estipula que los conflictos entre dos normas laborales, tanto estatales como pactadas, deberán resolverse aplicando la norma más favorable para el trabajador, en este caso la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal. Por lo tanto, resultaría jurídicamente injustificable conceder al empresario la facultad de resolver el contrato de trabajo por el mismo motivo que ha justificado el reconocimiento de la situación de incapacidad temporal. A pesar de que la alteración de la salud impida al trabajador realizar su cometido, al tratarse de una circunstancia transitoria, no puede equipararse a la ineptitud definitiva y real por no cumplirse el requisito de la permanencia exigido por la doctrina y la jurisprudencia. En este mismo sentido se pronuncia Sánchez Torres, E., *op. cit.*, p. 426, que señala que resultaría paradójico que la rentabilidad de la empresa se utilice para negar protección al colectivo de incapacitados temporalmente cuando precisamente es esta la razón fundamental que subyace en los límites que tienen otros colectivos para acceder al mercado de trabajo en

condiciones de igualdad, provocando o agudizando la segmentación profesional contra la que pretende luchar el art. 14 CE.

En España existe una causa específica de despido relacionada con las ausencias al trabajo. Así, el art. 52. d) ET prevé la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda 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 período de doce meses”. El ET añade que “no se computarán como faltas de asistencia (las) que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”. Este precepto permite proceder al despido del trabajador una vez que se constata que las faltas de asistencia al trabajo suponen una excesiva onerosidad para el empresario, amparándose más aún, si cabe, el interés del mismo en extinguir la relación laboral que se considera excesivamente onerosa, frente al interés del trabajador en conservar su puesto de trabajo. Se introduce así una fuerte presión para que el trabajador renuncie a las ausencias al trabajo, aun en el caso de que estas estén perfectamente justificadas, por el miedo a superar los umbrales establecidos en la normativa y poder ser despedido por este motivo, fomentándose, de este modo, el fenómeno del “presentismo” (Cfr. Moreno Gené, J., *op. cit.*, p. 4). Otra parte de la doctrina concluye que la finalidad de la norma es clara y lo que pretende es establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración lo que representa una evidente contradicción entre este precepto y el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles (Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, n. 57, 2012, p. 13). Una de las vías que han utilizado los tribunales para justificar su inaplicación en los casos en los que las ausencias deriven de una enfermedad crónica o de larga duración es la doctrina del TJUE relativa a la ampliación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78 que pasa a incluir a las enfermedades de larga duración (véase Moreno Gené, J., *op. cit.*, p. 8). La inaplicación del art. 52.d) ET en los supuestos en los que las ausencias al trabajo se deben a una enfermedad crónica o de larga duración se configura como una de las primeras manifestaciones del cambio de doctrina que ha llevado a cabo la sentencia del TJUE *Ring* (Moreno Gene, J., *op. cit.*, p. 19).

En Italia, el art. 2110 CCI (*Codice Civile* – Código Civil italiano) impide al empresario rescindir el contrato de trabajo del trabajador que se encuentra en situación de IT durante un periodo de tiempo determinado, llamado *periodo di comporta*. Según la doctrina (veáse Magrini, S., “Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia), *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, n. 1, 2015, p. 146), la superación del denominado *periodo di comporta* constituye por sí misma motivo objetivo de despido que no necesita de ningún tipo de justificación a mayores. Sin embargo, la obligación de conservación del puesto de trabajo no implica que el despido del trabajador esté prohibido en todo caso, puesto que la relación contractual podrá extinguirse en el supuesto de que concurra una justa causa (en este sentido, Voza, R., “Licenziamento e malattia...”, *op. cit.*, p. 4). En los demás casos, el art. 2110 CCI prevalece, en cuanto normativa de carácter especial, tanto sobre la normativa de Derecho común en materia de resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1464 CCI), como sobre las causas de despido objetivo (art. 3 de la Ley de 15 de julio 1966, n. 604) (Cfr. Iaurussi, D., “Licenziamento per malattia: l’art. 2110 c.c. prevale sulla disciplina dei licenziamenti e sulla risoluzione ex art. 1464 c.c.”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 7, 2012, p. 694).

En este caso, el legislador tutela al trabajador frente al riesgo a ser despedido, no porque su enfermedad no obstaculice, no incida negativamente, no produzca daños o un irregular funcionamiento en la empresa (Napoli, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milán, 1980), sino porque la tutela de la enfermedad prevalece respecto a cualquier otro interés de la empresa durante el periodo máximo en situación de IT. El interés de la empresa vuelve a prevalecer sobre el derecho del trabajador a no sufrir perjuicios a causa de su enfermedad, solo una vez que ha finalizado el periodo máximo en situación de IT previsto (Cfr. Loy, G., *La capacità fisica...*, *op. cit.*, p. 263).

El art. 2110 CCI tiene como objetivo compatibilizar dos intereses contrapuestos: el del empresario a conservar en la empresa a trabajadores que efectivamente trabajan y producen, y el del trabajador, a disponer de un periodo de tiempo para curarse sin perder su empleo ni los medios para mantenerse (en este sentido Talarico, M., “Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità”, *Rivista giuridica del lavoro e della*

previdenza sociale, n. 1, 2015, p. 75 que sigue la teoría utilizada mayoritariamente en la jurisprudencia).

La disciplina del art. 2110 CCI presupone que el trabajador no puede llevar a cabo la prestación laboral de manera temporal y, por este motivo, no entra en el ámbito de aplicación de este artículo el supuesto de ineptitud física o psíquica al trabajo, es decir, la pérdida total o parcial de la capacidad laboral derivada de la enfermedad, pero que tenga carácter definitivo o cuya duración sea indeterminada o indeterminable (Cfr. Tatarelli, M., *op. cit.*, p. 42). De esta manera, el despido durante el periodo en situación de IT no entraría dentro de los supuestos de despido objetivo (Cfr. Loy, G., *La capacità fisica...*, *op. cit.*, p. 260) aunque subsistan las condiciones previstas por la ley para el despido por motivo objetivo o aunque el empresario ya no tenga interés en continuar con el contrato de trabajo (en este sentido Tatarelli, M., *op. cit.*, p. 6).

El art. 2110 CCI tampoco indica cuál es el periodo máximo durante el cual el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo. Dicha determinación corresponderá a la contratación colectiva que identifica dos maneras de calcular la duración del periodo de conservación del puesto de trabajo. Una de ellas es el denominado en italiano *periodo di comporta secco* y la otra el *periodo di comporta per sommatoria*. El art. 2110 CCI presenta particulares problemas en relación a las enfermedades que se suceden de manera reiterada o intermitente en el tiempo y que, por lo tanto, a pesar de no superar el denominado *periodo di comporta secco* pueden causar perjuicios en la empresa.

En particular, a lo largo de los años, la jurisprudencia ha tenido que resolver casos en los que el empresario ha despedido al trabajador mientras este se encontraba en situación de IT, a pesar de no haber superado el periodo máximo durante el cual existe el derecho a la conservación del puesto de trabajo.

En el pasado, antes de la sentencia *Sezioni Unite* de 29 marzo de 1980, n. 2072, existía una posición jurisprudencial según la cual las ausencias por enfermedad del trabajador, a pesar de que no hayan dado lugar a la superación del periodo máximo en situación de IT ni al incumplimiento contractual, pueden constituir motivo objetivo de despido en caso de que supongan un obstáculo para el funcionamiento de la empresa. La causa de la resolución del contrato de trabajo no es la enfermedad en sí misma, sino el perjuicio, en términos de no utilidad en la organización empresarial. A favor de esta posibilidad véase Gragnoli, E., “Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato

motivo oggettivo – il commento”, *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 1, 2015. Los instrumentos utilizados por parte de la jurisprudencia para evitar la aplicación del art. 2110 CCI han sido la reducción del rendimiento, el despido objetivo y la disciplina de Derecho común relativa a la imposibilidad de llevar a cabo la prestación (Cfr. Loy, G., *La capacità fisica...*, *op. cit.*, p. 259).

Después de la sentencia *Sezioni Unite*, la jurisprudencia mayoritaria ha reconducido el despido por enfermedad del trabajador (entendido como un despido realizado por una causa derivada de la enfermedad – en este sentido Magrini, S., *op. cit.*, p. 145) mientras este se encuentran en situación de IT al art. 2110 CCI, en su calidad de norma de carácter especial, como ya señalado, respecto al art. 3 de la Ley de 15 de julio 1966, n. 604 (Cfr. Talarico, M., *op. cit.*, p. 73).

La *Corte di Cassazione* lleva a cabo una interpretación amplia del concepto de enfermedad utilizado en el art. 2110 CCI por lo que entrarían en este concepto también aquellos supuestos en los que una misma enfermedad se repite a lo largo del tiempo o se suceden diferentes enfermedades. Estos casos responderían al concepto de *eccessiva morbilità* (Cfr. Riva Sanseverino, L., “*Eccessiva morbilità e ordinamento applicabile*”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1980, p. 420). A dicho concepto no es atribuible un contenido claro, sino que se define en contraposición al concepto de morbilidad considerada normal. La morbilidad excesiva es entendida como el estado de salud que da lugar a ausencias del trabajo de carácter no continuado ya que se intercalan con periodos en los que es posible retomar la actividad laboral. Dicho estado de salud da lugar a una disponibilidad intermitente e impredecible de la prestación laboral a la que un determinado sujeto se ha obligado. La enfermedad, independientemente de la forma en la que se manifieste, debe reconducirse al art. 2110 CCI por lo que también sería ilegítimo el despido del trabajador derivado de la morbilidad excesiva que se produce antes de la superación del periodo máximo en situación de IT.

El despido solo podría producirse una vez superado el denominado *periodo di comparto*, tanto si se trata de una enfermedad única como de otra que se prolonga a lo largo del tiempo con carácter fraccionado. En estos casos se debe prescindir de cualquier tipo de valoración de los efectos de la ausencia en la actividad productiva, en la organización del trabajo o en el funcionamiento regular de la empresa (Cfr. Magrini, S., *op. cit.*, p. 146). Este autor rechaza la tesis que sostiene que en estos casos no se

trataría de un despido “en” situación de incapacidad temporal sino de un despido “por” estar en situación de incapacidad temporal basado en un motivo objetivo de despido.

Otra posibilidad que se ha planteado sería la de utilizar las normas del Derecho común relativas a la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de imposibilidad total o parcial del desarrollo de la prestación laboral. En contra de esta posición se muestra Lama, R., “Trent’anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, n. 4, 2014, quien recuerda que la enfermedad del trabajador implica una protección especial por parte del ordenamiento jurídico que impide que las ausencias derivadas de la misma puedan dar lugar a la extinción de la relación laboral por voluntad del empresario ante la imposibilidad parcial o temporal de la prestación.

Tal y como señala la doctrina, recientemente, la *Corte di Cassazione*, con sentencia de 4 de septiembre de 2014, n. 18678 ha vuelto a utilizar el razonamiento anterior a la sentencia *Sezioni Unite*. A pesar de que tradicionalmente el despido por disminución del rendimiento había sido considerado como un motivo de despido disciplinario vinculado a un incumplimiento contractual negligente del trabajador, esta sentencia relaciona el despido por disminución del rendimiento a las consecuencias derivadas de una serie de ausencias al trabajo no culpables pero que, de manera objetiva, no resultan suficientes para cumplir con la prestación laboral y causan importantes perjuicios en la organización empresarial. Por lo tanto, lo que está haciendo la *Corte di Cassazione* es considerar la reducción de rendimiento autónomamente como una hipótesis de despido objetivo y no como despido disciplinario (Cfr. Talarico, M., *op. cit.*, p. 75). Esta sentencia considera que lo determinante a la hora de apreciar la existencia de un motivo objetivo de despido no es que la reducción del rendimiento derive de la enfermedad, ni siquiera que dichas ausencias no hayan dado lugar a la superación del periodo máximo en situación de IT, sino que lo único relevante es el perjuicio que los cambios en la prestación laboral a consecuencia de la enfermedad causan en la organización empresarial (para un comentario de esta sentencia véanse Lama, R., *op. cit.*; Gragnoli, E., *op. cit.*; Talarico, *op. cit.*). La sentencia considera que las ausencias por enfermedad de duración breve pero continuada pueden dar lugar a un despido objetivo según el art. 3 de la Ley de 15 de julio 1966, n. 604. Las ausencias reiteradas por enfermedad podrían justificar un despido por reducción de rendimiento en caso de que impliquen

una falta de idoneidad objetiva que provoque que la prestación resulte inservible para el empresario (Avondola, A., “Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1, 2015, p. 144).

Una parte de la doctrina (Talarico, *op. cit.*, p. 75) no considera acertado que la *Corte di Cassazione* condicione la existencia del despido objetivo por reducción de rendimiento al carácter intermitente o no de las ausencias por enfermedad. Además, valorar únicamente las consecuencias derivadas de las ausencias en términos de menor resultado productivo significaría vaciar de contenido las reglas del art. 2110 CCI. Este razonamiento podría dar lugar al nacimiento de una discriminación en el régimen jurídico aplicable a las enfermedades largas y breves que no responde a ningún tipo de fundamento lógico. Otros autores (Cfr. Magrini, S., *op. cit.*, p. 148) han considerado que este cambio de la *Corte di Cassazione* respecto al precedente jurisprudencial consolidado a partir de la sentencia *Sezione Unite* 1980 se trata de una verdadera “revolución silenciosa”. A pesar de que la *Corte di Cassazione* hace referencia de manera textual a la posición mantenida en sentencias anteriores, en este caso, apoya su decisión precisamente en el principio opuesto. Con esta sentencia se pone de manifiesto que la *Corte di Cassazione* está dispuesta a cambiar a los principios asentados en sentencias anteriores, incluso en detrimento del principio de certeza del Derecho.

Otra parte de la doctrina (Ichino, P., “Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2, 2003) sostiene que la reducción de rendimiento es susceptible de constituir, al mismo tiempo, causa objetiva y subjetiva de despido. En sentido contrario se pronuncia Napoli, M., *op. cit.*, p. 353 y ss que considera que no sería posible comprender entre las causas de despido objetivo otras hipótesis que pertenecen al ámbito de los motivos de despido subjetivo o a la resolución por justa causa y que, por lo tanto, no tienen relevancia para la extinción del contrato de trabajo desde un punto de vista objetivo. Este mismo autor considera que la prestación del trabajador no podría ser evaluada utilizando criterios del Derecho común porque, en caso de que el empresario haya perdido el interés en continuar con el contrato de trabajo, el trabajador está tutelado principalmente por el Derecho del Trabajo, con modalidades diferentes a las previstas por el Derecho Civil para el resto de contratos. Por este motivo, la doctrina (Avondola, A., *op. cit.*, p. 135) sostiene que sería

un error justificar la resolución del contrato por reducción del rendimiento sin utilizar los instrumentos específicos que el Derecho del Trabajo ha previsto expresamente en materia de despidos, sobre todo, en los casos en los que el empresario vincule la reducción del rendimiento a las causas objetivas de despido, es decir, sin que exista una conducta culpable del trabajador. Además, las sentencias que han sostenido esta posición se caracterizan por una falta de claridad expositiva ya que para justificar el despido se refieren a motivos de carácter subjetivo contaminados de elementos de naturaleza objetiva (Cfr. Avondola, A., *op. cit.*, p. 143).

La reducción del rendimiento deriva de una gran desproporción entre los objetivos fijados por los programas de producción y el trabajo efectivamente realizado por el trabajador durante el periodo de tiempo que se toma en consideración. Esta circunstancia tiene que ser valorada teniendo en cuenta los datos globales relativos a la actividad media del conjunto de los trabajadores (Cfr. Talarico, M., *op. cit.*). La reducción del rendimiento debe diferenciarse del incumplimiento de la obligación laboral fijada en el contrato. No puede considerarse que el trabajador esté incumpliendo sus obligaciones laborales atendiendo exclusivamente a los datos cuantitativos y estadísticos. De hecho, los defectos en la capacidad del trabajador no tienen relevancia *di per sé* sino que para que puedan constituir una hipótesis de despido por reducción de rendimiento deberían constituir un incumplimiento contractual notable (Cfr. Avondola, A., *op. cit.*, p. 130).

En Reino Unido, las ausencias al trabajo pueden dar lugar a un despido motivado en alguna de las siguientes razones: conducta (Sección 98.2.b) *Employment Rights Act 1996*), capacidad (Sección 98.2.a) *Employment Rights Act 1996*), cualquier otra razón substancial (Sección 98.1.b) *Employment Rights Act 1996*). Esta última causa opera cuando las ausencias al trabajo afecten de manera irrazonable a la eficiencia del negocio (véase Othen, V., “A guide to “incapacity dismissals an how employers can avoid adding the cost of litigation to their sickness absence losses”, *Occupational Health*, vol. 64, n. 2, 2012, p. 10).

En Reino Unido no existe la prohibición de despedir al trabajador durante el período de tiempo en el que se encuentra en situación de IT remunerada pero tampoco el derecho automático de despedirlo una vez que dicho período ha expirado. Habrá que atender siempre a las circunstancias del caso concreto y a las pruebas médicas. Esto

implica que un despido producido mientras el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser lícito mientras que uno producido cuando dicho período ha expirado puede ser ilícito (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 253).

Especial atención hay que prestar a aquellos casos en los que el trabajador está cubierto por un seguro privado de salud (*Permanent Health Insurance*) circunstancia muy común en las empresas de Reino Unido. En estos casos, el trabajador solo puede obtener los beneficios derivados de dicho seguro en caso de que la relación laboral continúe vigente. Por este motivo, el despido mientras el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal solo será posible por alguno de los siguientes motivos: las razones que justifican un despido sumario (*summary dismissal*), por motivos económicos que hacen que la prestación laboral del trabajador ya no resulte útil para el empresario (*redundancy dismissal*) o por cualquier otra justa causa (*good cause dismissal*). Un despido producido por un motivo diferente de los tres señalados y que implica que el trabajador deje de tener derecho a percibir los beneficios derivados del seguro de salud permanente podría dar lugar a una demanda por incumplimiento contractual por parte del trabajador (Cfr. Othen, V., *op. cit.*, p. 11).

Si bien el despido derivado de ausencias persistentes al trabajo puede ser lícito según la norma que permite el despido por motivos relacionados con la capacidad del trabajador, también cabe la posibilidad de que constituya un acto discriminatorio a la luz de la normativa antidiscriminatoria vigente en Reino Unido. Esto ocurrirá si las ausencias al trabajo tomadas en consideración para motivar el despido derivan del padecimiento de una enfermedad considerada discapacidad por la *Equality Act* y el empresario no tiene una justificación para hacerlo. Esto no quiere decir que la normativa antidiscriminatoria impida que el empresario tome en consideración las ausencias derivadas de una discapacidad para justificar un despido por ausencias intermitentes al trabajo pero, para hacerlo, tendrá que contar con una causa justificada (Howard, G., *op. cit.*, p. 40).

En Reino Unido, en los casos en los que la enfermedad del trabajador provoque una serie de ausencias al trabajo de corta duración a lo largo del tiempo y que no son suficientes para obtener la declaración de incapacidad temporal por parte del médico competente, los empresarios pueden usarlas para justificar un despido disciplinario. Sin embargo, en estos casos el empresario tendrá que probar que las ausencias al trabajo son constitutivas de mala conducta, circunstancia que en muchas ocasiones será difícil

probar. En todo caso, el empresario debería reunirse con el trabajador para avisarlo de que si continua faltando tanto al trabajo procederá a despedirlo (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 261).

Uno de los casos que ofrecen orientación en caso de despidos por ausencias intermitentes al trabajo es *Lynock v Cereal Packaging Ltd* (1988), IRLR 511. Para poder proceder a un despido disciplinario en estos casos hay que tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: la naturaleza de la enfermedad, la probabilidades de recurrencia o de que aparezcan otras enfermedades, la duración de las ausencias al trabajo y los periodos de mejoría entre las mismas, la necesidad del empresario de que el trabajador desempeñe su trabajo, el impacto de las ausencias en los compañeros de trabajo (Kloss, D., *Occupational Health Law...*, *op. cit.*, p. 262).

Los estudios sobre el despido mientras el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal en Holanda y Dinamarca revelan que la protección frente al despido es mucho más estricta en Holanda que en Dinamarca. Esto explica por qué el número de despidos es mayor en Dinamarca que en Holanda y también por qué en Dinamarca dichos despidos tienen lugar cuando el trabajador se ha ausentado del trabajo durante un periodo de tiempo menor. Los factores que influyen en la decisión del empresario de proceder al despido son, en primer lugar, la productividad del trabajador, pues aquellos con una productividad menor serán más fácilmente sustituibles. Sin embargo, también existen otros factores importantes como lo es la posibilidad de encontrar un nuevo trabajo, las reglas generales del despido independientemente de las ausencias al trabajo, el sistema de protección por desempleo y el sistema de compensación en caso de despido. En conclusión, aquellos ordenamientos jurídicos que otorgan una protección mayor a los trabajadores frente al despido mientras que se encuentran en situación de incapacidad temporal hacen que los empresarios se abstengan en mayor medida de despedirlos. De esta manera, la legislación incrementa la responsabilidad de los empresarios frente a los trabajadores enfermos induciéndolos a darles una segunda oportunidad de regresar al trabajo (sobre este tema véase Høgelund, J., *In search of effective disability policy: comparing the developments and outcomes of Dutch and Danish disability policies*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2003, p. 114 y ss.).

Los datos muestran que las posibilidades de regresar al trabajo son mayores para aquellos trabajadores enfermos que no han sido despedidos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que son varios los factores que influyen en las posibilidades de regresar al trabajo. Por ejemplo, en el caso de trabajadores con bajos niveles de educación que son despedidos mientras se encuentran en situación de IT es su nivel de educación el factor que dificulta su regreso al trabajo (véase Høgelund, J., *op. cit.*, p. 138).

CAPÍTULO V

Trabajadores con enfermedades crónicas y Seguridad Social

La doctrina (Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 14) apunta que los sistemas de Seguridad Social han venido afrontado el tema del padecimiento de enfermedades crónicas por parte de la población económicamente activa utilizando una perspectiva de “medicalización del problema”. El término “medicalización” se define como la actitud propia de las sociedades occidentales que, en lugar de promover la salud y el bienestar de las personas, se centra de manera excesiva en la enfermedad, optando por tratamientos muchas veces inútiles (Cfr. Moynihan, R., Smith, R., “Too Much Medicine?”, *British Medical Journal*, n. 13, 2002, p. 859 y 860, Brownlee, S., *Why Too Much Medicine Is Making Us Sicker and Poorer*, Bloomsbury Publishing, 2010).

Los sistemas de Seguridad Social continúan adoptando hoy en día un modelo estático y estándar, denominado *one-size-fits-all*, que no prevé evaluaciones dinámicas que se centren, no solo en la persona, sino también en su actitud para el trabajo, en el tipo de ocupación, en su oficio, en la tipología contractual, en la flexibilidad del horario de trabajo y en el ambiente laboral (Tiraboschi, M., *op. cit.*, p. 14). Esto lleva a que un gran número de personas que pueden conservar una capacidad laboral parcial sean consideradas por los sistemas de Seguridad Social como incapaces de trabajar de manera definitiva cuando en realidad esto no tendría por qué ser así (OCDE, *Sickness, Disability and Work...*, *op. cit.*, p. 18).

Con el envejecimiento de la población se espera que la *dependency ratio* (el número de personas dependientes en relación a la población económicamente activa) aumente. Esto probablemente va a incrementar la presión en los sistemas de financiación de las pensiones y va a poner sobre la mesa la cuestión de la sostenibilidad a largo plazo de la Seguridad Social (véase Grammenos, S., *op. cit.*, p. 43). En este contexto, las políticas activas de empleo y los programas que tienen como objetivo apoyar a las personas para que regresen al trabajo desempeñan un papel central en los sistemas de Seguridad Social de ciertos países. Así, recientemente, en el Reino Unido, los programas dirigidos a las personas con enfermedades crónicas se han incrementado (Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *op. cit.*, p. 5).

Los datos relativos al número de personas que perciben prestaciones de Seguridad Social derivadas del padecimiento de enfermedades crónicas o discapacidad es menor que el número de personas que efectivamente las padecen por lo que, de ello se deduce que existe un amplio grupo de personas que carece de protección (Grammenos, S., *op. cit.*, p. 11).

1. Reconocimiento de la incapacidad permanente para trabajar

En España, el sistema de Seguridad Social comprende dentro del ámbito de su acción protectora a la denominada tradicionalmente “invalidez”, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva. A partir de 1997, todas las referencias a la “invalidez permanente” presentes en el ordenamiento jurídico español tienen que entenderse realizadas a la incapacidad permanente. A pesar de que por mandato del art. 49 CE y por tradición jurídica esta situación es acreedora de acción protectora, según la doctrina (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G., “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (a casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 8, 2016, p. 15), en los últimos años ha sufrido una gran desatención que genera inseguridad acerca del sentido actual de esta prestación. Esta situación no deriva únicamente del carácter inacabado de la reforma de la prestación llevada a cabo en 1997 sino también por la ausencia de desarrollo reglamentario de la misma.

Actualmente, la incapacidad permanente se define en el art. 193 LGSS como una “situación del trabajador, que después de haber estado sometido a tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

La doctrina (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 17) sostiene que la incapacidad permanente es un concepto eminentemente legal que se basa en la verificación de un estado patológico de la persona pero que no se agota en él. Según estos autores, los elementos que configuran la incapacidad permanente y que se deducen fácilmente del art. 193 LGSS son los siguientes: 1) existencia de una alteración grave en la salud de la persona, 2) que esté objetivada, 3) que sea definitiva o al menos que la

hipotética recuperación sea considerada médicamente incierta o a largo plazo y, 4) que incida en la capacidad laboral disminuyéndola o anulándola.

En cuanto a la alteración grave de la salud, si bien, generalmente, la misma puede resultar obvia, esto no siempre es así puesto que todos los elementos configuradores de la definición tienen que darse al mismo tiempo. Por este motivo, la doctrina (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 17) considera que no existen incapacidades sino incapaces por lo que puede resultar muy complejo crear una lista de enfermedades o padecimientos graves que determinen la existencia de una incapacidad permanente. A pesar de ello, estos autores defienden que la elaboración de dicha lista sería, en principio, plausible y podría aportar seguridad jurídica.

Las lesiones que dan lugar a la incapacidad permanente tienen que ser susceptibles de calificación objetiva en modo tal que la incapacidad permanente sea reconocida y declarada por la entidad gestora competente de la Administración de la Seguridad Social a través del correspondiente procedimiento administrativo. Las lesiones tienen que ser constatables médicamente por lo que no hay que atender a la percepción subjetiva del enfermo. Esto plantea particulares problemas en los casos de “síntomatología subjetiva” (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 61). Si bien pueda parecer que con los actuales medios humanos y técnicos que existen en la actualidad la incapacidad permanente pueda ser fácilmente constatable, es necesario tener en cuenta que existen dolencias cuya objetivación es compleja y cuya incidencia en la capacidad laboral de la persona puede ser muy discutible (véase Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 17).

Para que las lesiones sean consideradas como constitutivas de incapacidad permanente tienen que tener carácter consolidado, es decir, tienen que ser “previsiblemente definitivas”. Sin embargo, la posible recuperación de la capacidad laboral del trabajador no impide la calificación como incapacitado permanente si dicha posibilidad se considera médicamente como incierta o a largo plazo (véase Toscani Giménez, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 23). Por lo tanto, no solo las lesiones incurables dan lugar a una incapacidad permanente sino que también pueden hacerlo aquellas susceptibles de recuperación pero con un pronóstico incierto o de larga duración, sin perjuicio de su revisión por curación o mejoría (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 61).

Más allá de estos supuestos específicos y a pesar de que el reconocimiento y la declaración de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, parte del presupuesto de la existencia de lesiones permanentes y previsiblemente permanentes, está claro que dichas lesiones pueden ser objeto de agravación o mejoría. Por ello, en el ordenamiento jurídico español existe un instrumento de revisión de la incapacidad permanente para evitar que, en los supuestos de mejoría, se continúe percibiendo prestaciones indebidas o, en el caso de agravación, no se mantenga inalterado el grado de incapacidad.

En los casos en los que la relación laboral se hubiera extinguido, solo procederá realizar la revisión en los casos en los que se aprecie una sustancial mejora en las limitaciones que dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente, siempre y cuando dicha mejora tenga un impacto relevante en la capacidad laboral del trabajador. A pesar de que algunos autores consideran que el ejercicio por parte del pensionista de una actividad por cuenta propia o ajena constituye una nueva causa de revisión que habría que añadir a las anteriormente mencionadas, otros autores no sostienen lo mismo y apuntan que dicha revisión solo resulta procedente si concurre una mejoría efectiva de las lesiones (para una reconstrucción de las dos posiciones véase López Gandía, J., Romero Rodenas, M. J., *op. cit.*, p. 99).

Las limitaciones personales tienen que tener una repercusión sobre la capacidad laboral del trabajador impidiéndole la normal realización de las tareas propias de su profesión. Lo que importa no es la gravedad de las lesiones sino la limitación que las mismas implican en la capacidad productiva del sujeto (véase Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 61). Así, carece de relevancia el reconocimiento de la discapacidad, pues obedece a una finalidad y criterios diferentes. Mientras que el reconocimiento de la incapacidad permanente, a efectos de Seguridad Social, se refiere únicamente al ámbito del empleo, la definición de discapacidad incluye otras dimensiones de la vida social como la educación o la participación en actividades sociales (véase Aragón Gómez, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente” en Mercader Uguina, J. R. (director), *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Thomson Reuters, Valladolid, 2012, p. 105). La necesidad de que la alteración de la salud sea grave, definitiva e influya en la capacidad laboral del sujeto plantea particulares problemas por lo que el primer reto consistirá en determinar el umbral

mínimo merecedor de tutela y su protección (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 17).

En el modelo contributivo se distinguen cuatro grados de incapacidad permanente: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, invalidez absoluta y gran invalidez. La calificación en alguno de estos grados se realiza valorando de manera subjetiva la incidencia de las alteraciones de la salud en la capacidad del trabajador para realizar sus tareas o sobre su capacidad laboral en general. No existe un patrón o fórmula para determinar el porcentaje de reducción del rendimiento normal de la profesión. Al no existir un baremo que recoja una serie de factores que puedan impedir obtener el rendimiento anterior o normal, los tribunales toman en consideración un “índice aproximado”, sin exigir que se pruebe de manera determinante la severidad de la lesión (véase Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 62 y ss).

En cuanto a la relación entre la incapacidad permanente y la incapacidad temporal, si bien la LGSS establece de manera genérica que la incapacidad permanente tiene que derivar de la situación de incapacidad temporal, a continuación, recoge una lista de supuestos en los cuáles ello no será necesario. Según la doctrina, que sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Toscani Giménez, *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente...*, *op. cit.*, p. 25) dicha exigencia tendrá que ser interpretada de manera lógica, finalista y razonable por lo que la lista no puede considerarse taxativa. Otros autores sostienen que la incapacidad temporal no constituye un requisito imprescindible para la determinación de invalidez profesional, puesto que también pueden producirse situaciones invalidantes sin necesidad de un tratamiento médico previo. Además, el hecho de que se hayan incluido algunas excepciones puede entenderse como una flexibilización por parte de la ley (en este sentido Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 59).

En los casos en los que la incapacidad permanente derive de incapacidad temporal, el hecho causante de la misma se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal. Esta fecha se corresponderá con la de finalización del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal o con la de la alta médica con informe-propuesta de incapacidad permanente.

En cuanto a la finalización del plazo máximo de la incapacidad temporal, agotados los doce meses del subsidio, los servicios médicos correspondientes tienen que realizar un cálculo de las posibilidades de recuperación (Toscani Giménez, *El régimen de las*

pensiones de incapacidad permanente..., *op. cit.*, p. 82). El legislador establece una presunción *iuris et de iure* de incapacidad permanente en los casos en los que la situación invalidante subsista después de que haya transcurrido el plazo máximo en situación de incapacidad temporal aun en el caso de que no se den todos los presupuestos constitutivos de este concreto estado de necesidad (véase Aragón Gómez, C., *op. cit.*, p. 104).

La finalidad de las prestaciones de incapacidad permanente contributivas es sustituir las rentas dejadas de percibir a consecuencia de la incapacidad laboral sobrevenida por lo que el concepto no está basado en la capacidad de ganancia. Los factores personales o del mercado de trabajo no se tienen en cuenta a la hora de reconocer o no la incapacidad, sino únicamente para cualificar o aumentar el grado previamente calificado (Toscani Giménez, *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente...*, *op. cit.*, p. 24). Una parte de la doctrina defiende la relevancia de los recursos previos (a través de la base reguladora de la prestación) y de la diferente intensidad de la tutela según los grados de la incapacidad, acabando por cuestionar la propia pensión por lo que llegan a proponer alternativas como el subsidio universal garantizado (en este sentido, González Ortega, S., “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias”, en Agustí Juliá, J., Fargas Fernández, J. (directores), *La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010).

En cuanto al impacto de la incapacidad permanente en el contrato de trabajo, el art. 49.e) ET establece que la declaración de invalidez permanente constituye por sí sola causa extintiva del contrato de trabajo. A pesar de ello, la extinción no se impone en todos los casos sino que en el caso de incapacidad permanente total se exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva. En la medida en que el grado de incapacidad no impide el desempeño de otra profesión u oficio, el empresario podría reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español esto no es una obligación para el empresario (Cfr. Aragón Gómez, C., *op. cit.*, p. 132). Esta autora reconoce que, a pesar de que resultaría complejo defender una regulación que imponga, en todo caso, la reubicación del trabajador en otro puesto compatible con su capacidad residual, se

favorecería el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y se aligerarían las cargas del sistema público de pensiones.

La regla general es que, una vez que el trabajador es declarado en situación de invalidez permanente total, la normativa laboral se desentiende del mismo y deja que se ocupen de él los mecanismos de previsión social. Sin embargo, existe un caso excepcional en el que se mantienen puentes entre ambas disciplinas, esto es, cuando en la declaración de invalidez permanente se incluye una valoración sobre la posible mejoría que puede dar lugar a la recuperación. En este caso, la declaración de invalidez permanente da lugar a la suspensión del contrato de trabajo con derecho a la reserva del puesto de trabajo tal y como se establece en el art. art. 48.2 ET. La doctrina explica que el hecho de que el reingreso preferente exista solamente en este caso se justifica porque no existe una política de promoción social de los trabajadores inválidos profesionales en razón de las repercusiones que en el ordenamiento jurídico español tiene la declaración de incapacidad permanente total y absoluta sobre el contrato de trabajo, es decir, su extinción (véase Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 188). Según la doctrina (Cfr. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 7, 2009, p. 1 (versión online)) se trata de un supuesto suspensivo *sui generis* porque existe una contradicción terminológica ya que el carácter definitivo y la idea de permanencia propios de la incapacidad permanente deben relativizarse. Además, representa una particularidad respecto al régimen de revisión general de las declaraciones de invalidez previsto por la normativa de Seguridad Social. Según este autor, este supuesto contamina la génesis de la institución de la suspensión y plantea verdaderos desajustes desde la perspectiva de la lógica de la dogmática jurídica. Otra parte de la doctrina (Cfr. Escribano Gutiérrez, J., “Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 138, 2008, p. 6) considera que este tipo de figuras intermedias, como lo es caso de la denominada incapacidad permanente no definitiva, plantean importantes problemas, pues se conjuga la permanencia y la temporalidad.

Para que el reconocimiento de la incapacidad permanente dé derecho a la suspensión del contrato de trabajo tienen que cumplirse una serie de requisitos: que la incapacidad temporal se haya extinguido por haberse reconocido la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados; que sea previsible que el trabajador, dentro de

los dos años siguientes a la fecha de declaración de invalidez, vaya a mejorar, resultando posible la incorporación a su anterior puesto de trabajo; y, por último, que tales extremos consten en la resolución administrativa o judicial que reconoce la situación de incapacidad permanente. En estos casos se fija un plazo de suspensión de la relación laboral de dos años, durante los cuales el empresario está obligado a la reserva del puesto de trabajo (López Gandía, J., Romero Rodenas, M. J., *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011, p. 71 y ss.).

La doctrina apunta que si bien esta particular tutela que se ofrece a los trabajadores en incapacidad permanente parece estar relacionada con su promoción social, en realidad se vincula al Derecho de la Seguridad Social, pues pretende solucionar la situación de desprotección que padece el trabajador que había sido declarado inválido permanente pero que, tras recibir las prestaciones correspondientes, recupera su capacidad laboral y es declarado apto. En estos casos el trabajador se quedaría sin prestación económica por parte de la Seguridad Social y sin contrato de trabajo. (Cfr. Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 189). De todas maneras, estos mismos autores indican que esta medida de tutela tiene alcance limitado.

En relación a la compatibilidad entre la incapacidad permanente total y el trabajo, tras la reforma operada por la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el art. 198 LGSS señala que “en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. Dicha ley ha eliminado la referencia a la profesión habitual que ejercía la persona en el momento de declaración de la incapacidad permanente. La doctrina (AA.VV, “Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): Reforma de la incapacidad permanente y otros cambios en materia de acción protectora (1º)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 10, 2012, p. 4 (versión web)) entiende que este cambio de redacción implica un cambio en el propio concepto de incapacidad permanente total que será previsiblemente más exigente. Para obtener dicha declaración no bastará con la imposibilidad de desarrollar las actividades fundamentales del puesto de trabajo o de otros análogos, sino que habrá que atender a

las posibilidades de movilidad funcional dentro del grupo. Sin embargo, otros autores, siguiendo la posición mantenida por el TS que sostiene que el concepto de profesión habitual no coincide con el de categoría ni tampoco con el de grupo profesional, consideran que interpretar que el reconocimiento de la incapacidad permanente total implica una incapacidad para desempeñar todas las profesiones encuadradas en un grupo profesional podría llevar al absurdo (Cfr. Rodríguez Iniesta, G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 184, 2016, p. 199).

El ordenamiento jurídico español utiliza un criterio general de compatibilidad por lo que permite el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que el trabajador ha sido declarado incapaz, ya sea a tiempo completo o parcial, sin entrar a valorar si el efecto incapacitante de las lesiones que causaron la declaración de incapacidad permanente alcanza también a las actividades propias de la nueva profesión desempeñada (AA.VV, “Actualización del sistema de Seguridad Social (IV)...”, *op. cit.*, p. 2 (versión web)). Este criterio no plantea especiales problemas en relación a la incapacidad permanente total puesto que si bien se trata de una pensión de carácter vitalicio, la misma alcanza solamente el 55% de la base reguladora por lo que se parte de la idea de que el pensionista tendrá que buscar ingresos adicionales. En este sentido, podrá seguir trabajando en la misma empresa o en otra diferente siempre y cuando desarrolle tareas distintas de las desempeñadas anteriormente (véase Gala Durán, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011”, *Temas Laborales*, n. 122, 2013, p. 87 y ss.). Sin embargo, otros autores (en este sentido Aragón Gómez, C., *op. cit.*, p. 137) cuestionan el hecho de que se mantenga la prestación de incapacidad permanente total, en su cuantía íntegra, cuando el sujeto percibe un salario elevado por el desempeño de una actividad laboral. En este sentido, esta autora considera que la pensión por incapacidad permanente total no debería tener una finalidad indemnizatoria sino únicamente de sustitución de las rentas derivadas del ejercicio de la profesión habitual.

Una parte de la doctrina (Moreno Pueyo, M. J., “La integración laboral de los discapacitados y las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 21, 2009, p. 6 (versión online)) cuestiona la existencia de un número tan amplio de supuestos de compatibilidad entre pensión y

trabajo, pues en su opinión, carece de sentido, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la regulación en materia de incapacidad permanente, reconocer una pensión vitalicia a una persona que con un período mínimo de formación podría pasar a desempeñar una multiplicidad de actividades profesionales y obtener ingresos equivalentes a los de su profesión anterior. Otros autores (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 35) sostienen que habría que replantearse el problema de las compatibilidades e incompatibilidades con otra visión. Habría que atender a la cuantía que realmente se percibe, es decir, tanto a la pensión como a los ingresos derivados del desempeño de la prestación laboral, teniendo en cuenta que la finalidad de la incapacidad permanente es la reparación de la situación de carencia de rentas.

En relación a la invalidez absoluta y a la gran invalidez, el art. 198 LGSS establece que “las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”. El tema de la compatibilidad entre la invalidez absoluta y la gran invalidez y el trabajo remunerado es particularmente complejo. Ello se pone de manifiesto en la existencia de dos corrientes bien definidas: la interpretación flexible y la interpretación restrictiva, basadas ambas en argumentos solventes por lo que, según la doctrina (García Quiñones, J. C., “Compatibilidad de la prestación de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria (Comentario a la STS de 14 de Octubre de 2009)”, *Relaciones Laborales*, n. 7, 2010, p. 3 (versión web)) y según el propio TS, esta temática requiere de una mayor implicación legislativa.

En un primer momento, se venía defendiendo una interpretación restrictiva de la compatibilidad entre el trabajo y la situación invalidante. Esta tesis se apoyaba en dos razones principalmente. Por una parte, en la propia definición normativa de la invalidez absoluta y, por otra, en la situación de necesidad a cubrir. En este último caso, se contempla como cuantía de la prestación el 100% de la base reguladora en razón de la pérdida de rentas que supone la situación de inhabilidad laboral. Por este motivo, si al trabajador le queda capacidad laboral residual para obtener ingresos por otro trabajo se estaría ante un caso de incapacidad permanente total y no de gran invalidez (Cfr. Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 202).

Sin embargo, desde la sentencia de 30 de enero de 2008, el TS ha venido realizando una interpretación más amplia y ha optado por apoyar la compatibilidad entre la

incapacidad permanente absoluta y el trabajo, utilizando para ello tres argumentos en particular, esto es, el lucro cesante, la reinserción social y las nuevas tecnologías. Para valorar la compatibilidad entre trabajo e invalidez absoluta y gran invalidez hay que tener en cuenta que las normas vigentes en el ordenamiento jurídico español no prohíben el derecho al trabajo de quien percibe una prestación de Seguridad Social. Al reconocer el art. 35 CE el derecho a trabajar como derecho inherente a la naturaleza humana, no puede prohibirse el ejercicio de una actividad laboral, ni siquiera en caso de haber sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. Por lo tanto, la cuestión que se plantea en relación a la incapacidad permanente y el trabajo no es un problema de prohibición de trabajar, sino de incompatibilidad entre la percepción de una prestación con las rentas derivadas del trabajo. Además, al interpretar las normas, debe tenerse en cuenta que el derecho al trabajo es de rango constitucional por lo que habrá que realizar una interpretación que lo potencie, pues el mismo favorece la realización e integración de la persona (véase Fernández-Lomana García, M., “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 2013, p. 1 (versión online)).

Una parte de la doctrina (Moreno de Vega y Lomo, F., “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 4, 2013, p. 4 (versión web)) se ha mostrado muy crítica respecto a la posición del TS por considerarla demasiado extensiva, flexible y excesiva. En el mismo sentido se pronuncia Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 84, quien sostiene que sería necesario mantener un equilibrio entre el cobro de una pensión pública y la percepción de ingresos privados derivados del desempeño de una actividad laboral para evitar que se den situaciones de sobreprotección, tal y como ocurre, a consecuencia de la interpretación realizada por el TS en la sentencia anteriormente citada, en el caso de las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. Además, si estos dos grados de incapacidad se reconocen cuando al trabajador no le resta capacidad laboral alguna, resulta difícil admitir la posibilidad de que preste una actividad profesional (en este sentido Aragón Gómez, C., *op. cit.*, p. 122).

En relación a la compatibilidad entre trabajo y pensión como forma de promover la inserción laboral, la doctrina (Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, p. 4 (versión web)) sostiene que el objetivo de la incapacidad permanente, como su propio nombre indica, no es estimular el reingreso en el mercado de trabajo. Además, por muy loable que ello

pueda parecer, es inasumible desde el punto de vista de la lógica global que subyace en el propio sistema de Seguridad Social (Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 81). Sin embargo, otros autores (en este sentido Rodríguez Iniesta, G., *op. cit.*, p. 209) sostienen que, ante las dudas que se plantean en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación de incapacidad permanente con el trabajo, lo más razonable es apoyar la interpretación a favor de la compatibilidad. Para sostener esta posición se apoyan en diversos preceptos normativos, en particular, la normativa relativa a las personas con discapacidad. Otra parte de la doctrina aboga por un modelo de compatibilidad entre el trabajo y la prestación como regla, pero del que se derivaría una disminución progresiva de la renta prestacional a medida que se incrementan los ingresos provenientes de la actividad laboral. Por su parte, el cese de la actividad lucrativa supondría la recuperación de la prestación originaria por lo que se evitaría la “trampa del subsidio” (véase Aragón Gómez, C., *op. cit.*, p. 140).

Una posible solución apuntada por algunos autores (Cfr. Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, p. 4 (versión web)) para conyugar ambas posiciones podría consistir en decretar la suspensión del percibo de la prestación en caso de reincorporación al mercado de trabajo, es decir, el desempeño de un trabajo no supondría la extinción de la pensión sino únicamente su suspensión. En la misma línea se pronuncia Moreno Pueyo, M. J., *op. cit.*, p. 6 (versión online) quien, sin embargo, realiza una matización, pues considera que la norma debería definir de manera más restrictiva las actividades profesionales que puede desempeñar el incapacitado. El desempeño de una actividad que exceda de estos límites no daría lugar a la pérdida de la pensión sino únicamente a la suspensión del pago de la misma.

En cuanto a la diferenciación entre la incapacidad permanente y la discapacidad, antes de la LGPD, la LIONDAU preveía el reconocimiento automático de la discapacidad a los trabajadores con incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez a efectos de la tutela antidiscriminatoria, pero no en relación al resto de prestaciones previstas en el Real Decreto 1971/1999, que estaban condicionadas al reconocimiento del grado de minusvalía igual o inferior al 33% (Cfr. García Valverde, M. D., “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 49, 2007, p. 6

(versión web Aranzadi)). El TS, ya en el año 2007, se encargó de aclarar este problema de fondo con una sentencia para la unificación de la doctrina con la finalidad de evitar que personas con una incapacidad permanente total, pero con un grado mínimo de discapacidad, pudiesen beneficiarse de la tutela reservada a los discapacitados, en particular, la cuota de reserva de empleo y la relación laboral de carácter especial en Centros especiales de Empleo (Cfr. Esteban Legarreta, R., *op. cit.*, p. 69). Sin embargo, al establecer la LGPD que las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez en el Sistema de Seguridad Social tendrán la consideración, “a todos los efectos”, de personas con discapacidad, está desautorizando la doctrina sentada por el TS, puesto que también se incluye el ámbito del empleo sin necesidad de que la persona tenga acreditada una minusvalía igual o superior al 33% (Cfr. Esteban Legarreta, R., *op. cit.*, p. 70). En este sentido, bastará acreditar la situación de incapacitado permanente, en los grados anteriormente señalados, para ser considerado discapacitado en un porcentaje igual o superior al 33% y ser sujeto titular de todos los derechos reconocidos por la LGPD. Estos derechos incluyen los sistemas de prestaciones sociales y las medidas de integración social y profesional así como de protección antidiscriminatoria (Goñi Sein, J. L.; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *op. cit.*, p. 123). La doctrina (Moreno Pueyo, M. J., *op. cit.*, p. 6 (versión online) apunta que, al reconocerse un grado de minusvalía a los afectados por una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se les está otorgando un estatus que garantiza el acceso a una serie de medidas encaminadas a la rehabilitación funcional, al desarrollo de capacidades residuales, a la recuperación profesional y a la efectiva integración laboral. En consecuencia, resultaría necesario un cambio de perspectiva y de contenido de la protección por incapacidad permanente, que contempla de manera exclusiva prestaciones de naturaleza económica y se centra en la reparación de un daño que se identifica con la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de ejercer una actividad profesional. Así, en los casos en los que el trabajador presente aptitud para la integración laboral, sería oportuno sustituir el derecho a la pensión por el acceso a procesos de recuperación profesional y a programas de orientación, formación y readaptación o reeducación profesional que lo habiliten para el desempeño de una actividad compatible con su estado. Sin embargo, según la doctrina (Aragón Gómez, C., *op. cit.*, p. 131), en estos casos, el ordenamiento jurídico se ha preocupado más por la garantía de una pensión que por el mantenimiento del empleo del trabajador al que se le

reconozca una incapacidad permanente durante el desarrollo de su actividad laboral, puesto que no se prevén incentivos para ello.

Los mayores problemas en torno a la incapacidad permanente se plantean en los casos de trabajadores con enfermedades crónicas a los que se les obliga a permanecer en el mercado de trabajo por entender que su enfermedad no es incapacitante pero, al mismo tiempo, se les está negando la estabilidad en el empleo puesto que el empresario puede optar por despedirlos si advierte que su rentabilidad económica ha disminuido (Cfr. Caballero Sánchez-Izquierdo, J. M., *op. cit.*, p. 2 (versión web)).

En Italia, *invalidità e inabilità* constituyen eventos diferentes que también dan lugar a prestaciones diversas según la Ley de 12 de junio 1984, n. 222. Sin embargo, en la normativa anterior no se distinguía entre *invalidità e inabilità* sino que existía una única prestación que se reconocía atendiendo a la “capacidad de ganancia” (Pessi, R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2016).

La Ley de 12 de junio 1984, n. 222 reformó la disciplina de la *invalidità pensionabile* y sustituyó la referencia a la “capacidad de ganancia”, que se medía atendiendo a unas tablas elaboradas por la Medicina del trabajo, por la referencia a la “capacidad de trabajo”. Según la doctrina (Cfr. Persiani, M., D’Onghia, M., *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2016, p. 225), la “capacidad de ganancia” resultaba excesivamente elástica en ausencia de criterios objetivos idóneos para valorar el peso de las características del ambiente socio-económico en el que vive el sujeto protegido, en la enfermedad o en el defecto físico que lo afectan. La “capacidad de ganancia” se refería a la posibilidad del sujeto de llevar a cabo la misma prestación laboral que desempeñaba con anterioridad (Ferrante, V., Tranquillo, T., *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Wolters Kluwer, 2016, p. 117).

El art. 1.1 de la Ley de 12 de junio 1984, n. 222 considera *invalido* al sujeto que ha visto reducida de manera permanente, en al menos un tercio, su capacidad para trabajar en ocupaciones relacionadas con sus aptitudes a consecuencia de un defecto físico o mental. La *invalidità* supone la pérdida de la capacidad específica y se reconoce a aquellos que no pueden desempeñar las tareas acordes con su actitud o conocimientos, pero que podrían desarrollar otro tipo de actividad laboral (Cfr. Avio, A., *op. cit.*, p. 157). De esta manera, la doctrina (Persiani, M., D’Onghia, M., *op. cit.*, p. 226) pone de

manifiesto que, si bien de manera reducida, se conserva la característica tradicional de este tipo de tutela que tenía en cuenta la situación del sujeto protegido. Las tareas acordes con las aptitudes del sujeto tendrán que ser identificadas considerando sus conocimientos técnicos específicos, sus experiencias profesionales, así como su eventual capacidad de adaptación. De esta manera, se excluye la posibilidad de acudir a un sistema de tablas que establezcan de manera automática una relación entre enfermedad o defecto físico o mental y la consecuente reducción de la capacidad para trabajar. Por lo tanto, en este caso, la capacidad para trabajar no consiste únicamente en la posibilidad de desempeñar el trabajo relacionado con la capacidad específica del trabajador, sino también todos aquellos que, teniendo en su cuenta sus condiciones físicas, preparación cultural y experiencias profesionales, pudiera hipotéticamente desarrollar (véase Venuti, P., *Le prestazioni previdenziali e assistenziali*, Cedam, Padua, 2001, p. 26).

La capacidad de trabajo tiene que verse reducida de manera permanente. Se cumple con este requisito no solo cuando dicha reducción tiene carácter definitivo o inmutable, sino también cuando, a pesar de ser reversible, su duración es indeterminada y no se limita a un breve periodo. De esta manera, la enfermedad curable también puede dar lugar al reconocimiento de la *invalidità* (Venuti, P., *op. cit.*, p. 29).

La *invalidità* da derecho a la obtención del *assegno di invalidità*. La persona que haya cumplido con los requisitos contributivos exigidos tendrá derecho al mismo por un periodo de tres años que, en caso de que prevalezca el estado de *invalidità*, puede ser prorrogado por periodos de la misma duración. Después de tres reconocimientos consecutivos, la ley prevé que el mismo se confirma automáticamente y, por lo tanto, asume el carácter de erogación permanente típico de la pensión, salvo en los casos de posible revisión (Pessi, R., *op. cit.*, p. 337).

Durante el periodo de tiempo en el que se percibe un *assegno di invalidità*, el beneficiario puede desempeñar una actividad laboral acorde con su capacidad laboral residual. En este caso, se aplica la disciplina de la acumulación entre pensión y rédito derivado del trabajo subordinado o autónomo. El legislador ha previsto la reducción proporcional de la pensión de *invalidità* en función de las rentas derivadas del trabajo subordinado o de otro tipo (Pessi, R., *op. cit.*, p. 339). La ley prevé que la actividad laboral que ha sido desarrollada por el sujeto se tenga en cuenta a la hora de confirmar el *assegno di invalidità*.

En relación a las enfermedades que provocan efectos cíclicos o discontinuos, la jurisprudencia ha precisado que, para que las mismas puedan dar lugar a una reducción de la capacidad de trabajo en la forma exigida por la Ley de 12 de junio 1984, n. 222, es necesario que la periodicidad y la frecuencia de las crisis que provocan no permitan su recuperación o el correcto aprovechamiento de la capacidad laboral (Venuti, P., *op. cit.*, p. 32).

Por otra parte, el art. 2.1 de la Ley de 12 de junio 1984, n. 222 considera *inabile* al sujeto que, a causa de una enfermedad o defecto físico o mental, le resulta imposible de manera absoluta y permanente desarrollar cualquier tipo de actividad laboral. La *inabilità* da lugar a la *pensione di inabilità*. La misma es incompatible con la compensación derivada del trabajo subordinado o autónomo (véase Persiani, M., D'Onghia, M., *op. cit.*, p. 228). La imposibilidad de llevar a cabo cualquier tipo de actividad laboral tiene que entenderse en relación a aquellas que sean susceptibles de dar lugar a resultados económicos apreciables. Trabajo rentable es aquel susceptible de producir una remuneración suficiente para garantizar una existencia libre y digna, tal y como prevé el art. 36 *Costituzione italiana* (véase Venuti, P., *op. cit.*, p. 55). Si el percceptor de la pensión lleva a cabo una prestación laboral debe emitirse una sentencia en la cual, si bien se afirma la subsistencia del derecho a la pensión, se niega la obligación de la Seguridad Social de versarla en razón de la presencia de una condición que impide su concesión (Cfr. Venuti, P., *op. cit.*, p. 54).

El reconocimiento de ambas prestaciones no es definitivo. La ley, en previsión de una eventual reinserción en la vida laboral, de una posible recualificación profesional o de los efectos derivados de las terapias curativas, considera que el estado de *invalidità* y de *inabilità* pueden experimentar modificaciones a lo largo del tiempo. El titular de estas prestaciones puede ser sometido a una revisión por solicitud del INPS. Esta revisión también puede ser solicitada por parte del titular de la prestación. En caso de que se constate que las condiciones existentes en un momento inicial han cambiado, se procede a adoptar su revocación. En caso de que se constate que el percceptor de una *pensione di inabilità* ha experimentado una mejora sustancial pero no ha recuperado totalmente su capacidad laboral, la misma puede transformarse en *assegno di invalidità* y viceversa, si las condiciones del percceptor de un *assegno di invalidità* se agravan.

2. Medidas para promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo

El Gobierno del Reino Unido se haya centrado en reducir el número de solicitantes de *disability benefits* a través de la reforma de su regulación. Los *disability benefits* son aquellas prestaciones o subsidios económicos ofrecidos por los sistemas de Seguridad Social, ya tengan carácter contributivo o no contributivo, que reciben las personas con enfermedades crónicas, discapacidad o capacidad laboral reducida, para reemplazar la falta de ingresos.

En particular, la reforma de los *disability benefits* se han centrado en establecer un régimen de prestaciones por discapacidad más activo, criterios restrictivos para poder acceder a las mismas, limitación de la cantidad económica percibida e introducción de políticas activas de empleo. Sin embargo, según la doctrina (Lindsay, C., Houston, D., “Fit for Work? Representations and Explanations of the Disability Benefits “Crisis” in the UK and Beyond” en Lindsay, C., Houston, D. (editores), *Disability Benefits, Welfare Reform and Employment Policy*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 3) concluir que son los sistemas de Seguridad Social los que en determinadas circunstancias dificultan el regreso al trabajo debido a la falta de políticas activas que incentiven a trabajar es reduccionista, puesto que, en realidad, son los cambios en el mercado de trabajo, los que, junto con la empleabilidad de las personas con problemas de salud, explican por qué determinadas personas perciben *disability benefits* durante periodos prolongados de tiempo. Estos autores concluyen que la crisis de los *disability benefits* en el Reino Unido puede entenderse como la combinación de tres factores: el proceso de destrucción de puestos de trabajo, la polarización y la intensificación del trabajo, los cuales limitan las oportunidades de trabajo en los mercados post-industriales, en particular, para aquellos que tienen problemas de salud. La falta de competencias y de empleabilidad de las personas con problemas de salud implica que tengan menos oportunidades de acceder a los pocos trabajos disponibles.

En 2008, en Reino Unido, el *Incapacity Benefit*, el principal subsidio que suplía la falta de salario de las personas enfermas o con limitaciones, fue sido sustituido por la *Employment Support Allowance* (ESA) con la finalidad de diferenciar a las personas que están verdaderamente enfermas de aquellas que padecen limitaciones que no le impiden llevar a cabo la prestación laboral (Cfr. Grover, C., Piggott, L., “From

Incapacity Benefit to Employment and Support Allowance: social sorting, sickness and impairment, and social security”, *Policy Studies*, n. 2, 2010, p. 265). El principal objetivo de la ESA es aumentar los niveles de ocupación de las personas con incapacidad para el trabajo y de los discapacitados.

Una de las principales diferencias entre la ESA y el *Incapacity Benefit* está en que la ESA exige que la persona tenga una capacidad laboral limitada, mientras que en el *Incapacity Benefit* se hablaba de incapacidad para trabajar. A pesar de que el sistema utilizado por la ESA sigue exigiendo una evaluación de la incapacidad funcional, se centra en mayor medida en la capacidad para trabajar, en lugar de en las incapacidades específicas de la persona (Puttick, K., *op. cit.*, p. 391).

La ESA se enmarca en el ámbito de otras medidas de *welfare-to-work* puestas en práctica por el Gobierno del Reino Unido a través del programa *A new deal for welfare: Empowering People to Work* en 2006 (disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272235/6730.pdf). Este programa adopta una perspectiva integral para hacer frente a las barreras que las personas con enfermedades o discapacidad tienen a la hora de obtener un empleo, en lugar de simplemente compensarlos por su desventaja. Los estudios sobre el tema han identificado que las reformas en los sistemas de Seguridad Social para promover la vuelta al mercado de trabajo de las personas que perciben prestaciones por discapacidad han tenido un efecto positivo en su salud (véase Curnock, E., Leyland, A. H, Popham, F., “The impact on health of employment and welfare transitions for those receiving out-of-work disability benefits in the UK”, *Social Science & Medicine*, n. 162, 2016, p. 8).

Uno de los problemas de la ESA es su complejidad, en particular, debido a la introducción de un sistema “a dos niveles”, por lo que crea un nivel ulterior de complejidad en el ya confuso sistema actual de los subsidios en caso de incapacidad para el trabajo (Puttick, K., *op. cit.*, p. 393).

El paso del *Incapacity Benefit* a la ESA supone un acercamiento de las personas con enfermedades o limitaciones que conservan algún tipo de capacidad laboral a las personas definidas como desempleadas. Por este motivo, la ESA podría ser entendida como una forma de reducir las distinciones existentes entre las personas con enfermedades o con limitaciones y aquellas que no las padecen. Sin embargo, una parte de la doctrina (Grover, C., Piggott, *op. cit.*, p. 279) considera que la sustitución del

Incapacity Benefit por la ESA supone un paso atrás, puesto que es improbable que se logre que un mayor número de personas enfermas o con limitaciones encuentre un empleo. Al contrario, resulta mucho más probable que conduzca a un empobrecimiento mayor de estas personas debido al endurecimiento de los requisitos.

La *Welfare Reform Act 2007* regula en su Capítulo 5 la ESA definiéndola como un “subsidio de apoyo al empleo” (traducción literal), al que tienen derecho aquellas personas con una capacidad laboral limitada y que cumplan con los requisitos exigidos en dicha ley. La ESA fue introducida como un mecanismo que ayudaría a las personas enfermas o con limitaciones a encontrar un empleo y, gracias a esto, acabaría con los problemas de pobreza y desventajas sociales que tienen que afrontar. Ello no quiere decir que su objetivo sea que todas las personas enfermas o con limitaciones trabajen sino que lo que se pretende es que, a través del análisis de los datos obtenidos acerca de su estado de salud, pueda establecerse si puede esperarse que trabajen o no y cuando (Grover, C., Piggott, *op. cit.*, p. 266).

Para poder obtener la ESA, la persona tiene que someterse a una evaluación de su capacidad laboral denominada *Work Capability Assessment*. Esta evaluación parte de la premisa de que el acceso a dicho subsidio no depende de la discapacidad o de la condición de salud de la persona sino de la manera en la que la misma afecta a su capacidad, circunstancia que puede variar de manera considerable aun en el caso de dos sujetos con el mismo diagnóstico (Cfr. Litchfield, P., *An Independent Review of the Work Capability Assessment– year four*, Diciembre 2013, London: The Stationery Office).

La *Work Capability Assessment* se divide en dos tests: en primer lugar, el *Limited Capability Work Test*, a través del cual se analiza en qué medida la enfermedad o la discapacidad de la persona afecta a su capacidad para trabajar, y, en segundo lugar, el *Limited Capability for work-related activity test*. Una vez que se establece que las personas tienen una capacidad laboral limitada y, por lo tanto, pueden obtener la ESA, las mismas son clasificadas en dos categorías en función de la gravedad de su limitación: “work-related activity group” (grupo de actividades relacionadas con el trabajo) y “support group” (grupo de apoyo). En el primer grupo entrarían aquellas personas que, si bien, tienen una capacidad laboral limitada, pueden llevar a cabo actividades relacionadas con el trabajo, como cursos y entrevistas, para poder encontrar lo antes posible un trabajo remunerado. Las personas incluidas en este grupo perciben

un subsidio menor respecto a los del “support group” y, además, tienen que participar en diversas actividades relacionadas con el trabajo para poder seguir obteniendo la ESA. Por el contrario, en el segundo grupo entran aquellas personas cuya limitación es tan severa que no sería razonable esperar que puedan llevar a cabo ninguna actividad relacionada con el trabajo. Estas personas podrán obtener la ESA igualmente sin tener que participar en las actividades mencionadas. Dicha división tiene como objetivo distinguir a aquellas personas que no pueden trabajar en razón de sus problemas de salud, de aquellos que conservan capacidad para desarrollar ciertos tipos de trabajo o que, con el apoyo correcto, podrían eventualmente volver al trabajo (Litchfield, P., *op. cit.*, p. 5). La división en dos categorías se hace con la intención de evitar que haya un gran número de personas que puedan solicitar la ESA, asegurándose de que solo las personas enfermedades o con limitaciones “más necesitadas” puedan acceder a la misma. Para ello, el trabajo remunerado, en concreto, los esfuerzos para mantener o encontrar un empleo, constituye un criterio más relevante a la hora de decidir si se puede obtener la ESA o no (Cfr. Grover, C., Piggott, *op. cit.*, p. 267). Para una guía sobre el funcionamiento de dicho sistema de evaluación, véase Department for Work and Pensions, *A guide to Employment and Support Allowance – The Work Capability Assessment*, Julio 2016, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/esa214-a-guide-to-employment-and-support-allowance-the-work-capability-assessment>). La inclusión en otro u otro grupo va a tener consecuencias en lo que a las perspectivas de regreso al trabajo se refiere porque condiciona el tratamiento que reciben por parte del *Jobcentre Plus* (Cfr. Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *op. cit.*, p. 17).

Por otra parte, si se considera que la condición de salud de la persona no es tan severa y no implica limitaciones en la capacidad laboral tales como para determinar el acceso a la ESA, la persona podrá obtener la *Jobseeker’s Allowance* (JSA) que se concede a personas aptas para buscar un empleo. Ahora bien, el hecho que la persona obtenga la JSA y no la ESA no quiere decir que la misma no tenga un problema de salud, sino solamente que el mismo no es de una gravedad tal como para implicar la obtención de la ESA (Cfr. Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *op. cit.*, p. 17). Por lo tanto, considerando que no todas las personas con enfermedades crónicas van a obtener la ESA, cuando se analizan los costes que las mismas suponen para los sistemas de Seguridad Social no habría que analizar únicamente las cantidades versadas en

concepto de ESA, sino también otros subsidios (Cfr. Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *op. cit.*, p. 12).

La *Work Capability Assessment* entró en vigor en 2008 para las personas que solicitasen *ex novo* la ESA, sin embargo, en el año 2010 el Gobierno inició un programa para usar dicho sistema para revisar los casos de personas que ya estaban recibiendo subsidios por tener una capacidad laboral limitada antes de 2008. A pesar de que pudiera pensarse que dicha revisión conduciría a aumentar los niveles de empleo de dichas personas, en realidad, los estudios en la materia muestran que esto no fue así. Endurecer los requisitos para acceder a subsidios como la ESA no lleva un aumento de los niveles de empleo, sino al acceso a subsidios diferentes, tales como el subsidio por desempleo, puesto que, a pesar de no cumplir con los requisitos para obtener la ESA, las posibilidades de emplear a estas personas siguen reducidas (Cfr. Barr, B.; Taylor-Robinson, D.; Stuckler, D.; Loopstra, R.; Reeves, A.; Wickham, S.; Whitehead, M., “Fit-for-work or fit-for-unemployment? Does the reassessment of disability benefit claimants using a tougher work capability assessment help people into work?”, *Journal of Epidemiol Community Health*, n. 70, 2016, p. 453).

Tal y como indican las diferentes revisiones de la *Work Capability Assessment* llevadas a cabo (Cfr. Harrington M., *Work capability assessment independent review-year 1*, Noviembre 2010, Londres, Stationery Office; Litchfield, P., *op. cit.*) este sistema presenta particulares problemas a la hora de reconocer los efectos de las enfermedades crónicas o de los problemas mentales en la capacidad laboral del trabajador. Por este motivo, este sistema debería revisarse para que tuviese en cuenta los efectos de las enfermedades con efectos variables a lo largo del tiempo (Cfr. Taskila, T., Guilliford, J., Bevan, S., *op. cit.*, p. 7). En razón de las diferentes *Review* del sistema llevadas a cabo, así como debido a los altos niveles de declaraciones que negaban la ESA que eran recurridas, se han introducido reformas en dicho sistema y en los últimos años ha aumentado el número de solicitudes de ESA aceptadas así como el número de personas incluidas en el “support group” (Cfr. Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *op. cit.*, p. 23).

Los *Jobcentre Plus* son los encargados de administrar las solicitudes de subsidios, incluidos la ESA y la JSA. Una de sus competencias es imponer sanciones y controlar que las personas perceptoras de los subsidios cumplan con las condiciones exigidas para poder obtenerlos. Desde 2014, los perceptores de la ESA y de la JSA tienen que firmar

el *Claimant Commitment* en el que se comprometen a llevar a cabo una serie de actividades relacionadas con la búsqueda de empleo y a cumplir con una serie de objetivos fijados semanalmente. En caso de que no se cumplan se impondrá la respectiva sanción. Por este motivo, es necesario que el personal del *Jobcentre Plus* tenga en cuenta la manera en la que los problemas de salud a largo plazo pueden impactar en la capacidad laboral de la persona o en su capacidad para buscar un trabajo (Cfr. Dudley, C., McEnhill, L., Steadman, K., *op. cit.*, p. 19).

El trabajo remunerado es compatible con la percepción de la ESA siempre y cuando se trabaje menos de un número limitado de horas y el salario no supere una determinada cantidad. El trabajo remunerado puede durar de manera indefinida si la persona está en el “support-work” pero tendrá que limitarse a 52 semanas si está en el “work-related activities group” (Curnock, E., Leyland, A. H, Popham, F., *op. cit.*, p. 2).

En Dinamarca, el Gobierno introdujo en 1998 la denominada *Flexjob scheme*, que fue posteriormente reformada en 2002, con el objetivo de lograr que un mayor número de personas con limitaciones funcionales continuasen participando de manera activa en el mercado laboral, en lugar de convertirse en perceptores permanentes y pasivos de prestaciones de Seguridad Social (Cfr. Jensen, V.; Lundager, B.; Luther Christensen, A.; Fonager, K., “Unemployment under the flex job scheme increases the risk of permanent social security benefits”, *Danish Medical Journal*, vol. 61, n. 4, 2014, p. 5). El sistema parte de la eliminación de las prestaciones de incapacidad permanente parcial que hasta aquel momento se habían concedido a las personas con una capacidad laboral reducida de al menos el 50% que hubiesen agotado todas las vías para obtener un empleo ordinario. La prestación de incapacidad permanente, en la actualidad, se garantiza únicamente a las personas con una capacidad laboral reducida que les impida llevar a cabo incluso un *flex-job* (OCDE, *New ways of addressing partial work capacity...*”, *op.cit.*, p. 5). Según el sistema de *flex-job*, los empresarios que contratan a personas con capacidad laboral limitada reciben un subsidio equivalente a la mitad, a un tercio o a dos tercios del salario fijado en el convenio colectivo aplicable. El subsidio que percibe el empresario es proporcional a la reducción de la capacidad laboral de la persona que contrata y tiene carácter permanente, sin perjuicio de que el trabajador tenga que regresar al empleo ordinario en caso de que recupere la capacidad laboral perdida. Por el número de horas no trabajadas, el trabajador recibe un subsidio que le permite acceder a un salario estándar. Las condiciones laborales tienen que tener en

cuenta la capacidad laboral reducida de la persona, lo que quiere decir que puede modificarse el horario de trabajo o las tareas a desempeñar (Cfr. Høgelund, J., Greve Pedersen, J., *Active Labour Market Policies for Disabled People in Denmark*, The Open Labour Market Working Paper, The Danish National Institute of Social Research, 2002).

Los estudios que han analizado la efectividad de este sistema han llegado a la conclusión de que si bien sus efectos en la reducción del nivel de desempleo son positivos, no lo son tanto en lo que al gasto público se refiere puesto que estas personas continúan recibiendo un subsidio a pesar de encontrarse trabajando. El subsidio es tanto para los empresarios que contratan trabajadores con capacidad laboral limitada que se encontraban desempleados, como para aquellos que ya contaban con este tipo de trabajadores en sus plantillas (Cfr. Datta Gupta, N., Larsen, M., Stage Thomsen, L., “Do wage subsidies for disabled workers reduce their non-employment? - evidence from the Danish Flexjob scheme”, *IZA Journal of Labor Policy*, vol. 4, n. 10, 2015).

Por su parte, en Finlandia se introdujo en 2007 la legislación sobre el *partial sickness benefit*. Este nuevo sistema permitió, por primera vez, compatibilizar la percepción de la prestación de incapacidad temporal con el trabajo a tiempo parcial. Para poder acceder a la incapacidad temporal parcial el trabajador tiene que haber estado antes en incapacidad temporal total y disponer de un certificado médico que indique que el regreso al trabajo parcial es seguro para el trabajador. Durante el periodo de incapacidad temporal parcial el horario de trabajo se reduce del 40 al 60% y las tareas pueden ser modificadas en caso de que sea necesario. La percepción de la incapacidad temporal parcial es voluntaria para el trabajador (Cfr. Kausto, J., Viikari-Juntura, E., Virta, L. J., Gould, R., Koskinen, A., Solovieva, S., “Effectiveness of new legislation on partial sickness benefit on work participation: a quasi-experiment in Finland”, *BMJ Open*, n. 4, 2014). La doctrina ha considerado el hecho de que este sistema tenga un límite temporal como uno de sus problemas más importantes, puesto que implica una importante pérdida de su potencialidad ya que muchas veces no dura lo suficiente para responder a las diversas necesidades de cada persona, que pueden depender de muchos factores, entre ellos, del tipo de trabajo (Cfr. Mehnert A., Koch, U., “Predictors of employment among cancer survivors after medical rehabilitation – a prospective study”, *Scandinavian Journal Work Environment Health*, 2013, vol. 39, n. 1, p. 84).

En general, en los países escandinavos, la incapacidad temporal parcial ha sido considerada como una medida que potencia el regreso al trabajo a tiempo completo y está asociada con niveles más altos de ocupación (véase Andren D, Svensson M., “Part-time sick leave as a treatment method for individuals with musculoskeletal disorders”, *Journal of Occupational Rehabilitation*, vol. 22, n. 3, 2012; Høgelund, J.; Holm, A.; McIntosh, J.; “Does graded return-to-work improve sick-listed workers’ chance of returning to regular working hours?”, *Journal of Health Economics*, vol. 29, n. 1, 2010). Sin embargo, otros autores (Kausto, J., et. al., “Partial sick leave –review of its use, effects and feasibility in the Nordic countries”, *Scandinavian Journal of Work, Environment and Health*, n. 4, 2008, p. 245), ponen de manifiesto que también existen otras opiniones que consideran que la incapacidad parcial no facilita necesariamente el regreso al trabajo, en particular, por la falta de conocimiento de la legislación o por problemas prácticos, como por ejemplo, la rigidez de los convenios colectivos.