

# **XXX JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL**

**“TREBALL, PROTECCIÓ, DONA I IGUALTAT”**

Barcelona, 9 i 10 de maig de 2019

## **LA NULIDAD DEL DESPIDO DE TRABAJADORA CON CÁNCER UTERINO: DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD Y ¿TAL VEZ, TAMBIÉN POR RAZÓN DE SEXO?**

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de  
Cantabria de 18 de enero de 2019**

Comunicación presentada a la ponencia de  
MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTUBURUAGA

**“JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA  
JURISDICCION SOCIAL”**

JOSEP MORENO GENÉ  
UNIVERSIDAT DE LLEIDA

# **LA NULIDAD DEL DESPIDO DE TRABAJADORA CON CÁNCER UTERINO: DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD Y ¿TAL VEZ, TAMBIÉN POR RAZÓN DE SEXO?**

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2019**

**Josep Moreno Gené<sup>1</sup>**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la SS  
Universidad de Lleida

## **1. El debate en torno a la calificación jurídica del despido de las personas trabajadoras enfermas.**

Desde hace ya muchos años, se está manteniendo un intenso debate sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal de la persona trabajadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal (en adelante, IT) en el supuesto de que no quede acreditada la causa alegada por el empresario para llevar a cabo dicho despido, en concreto, si dicho despido debe ser declarado nulo o improcedente.

Este debate encuentra su origen en la reforma laboral del año 1994 que vino a suprimir como causa de nulidad del despido el efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo cuando el mismo no resultaba procedente. Pese a ello, numerosas resoluciones judiciales de instancia y de suplicación siguieron calificando como nulos los despidos de los trabajadores en situación de IT que no estuvieran amparados en una causa legal, por considerarlos discriminatorios. A tal efecto, entre otros argumentos, se mantenía que la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral deberían ser considerados con carácter general un factor de discriminación inacardinable en el art. 14 CE.

Este planteamiento, sin embargo, no fue secundado por el Tribunal Supremo que vino a considerar que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en

---

<sup>1</sup> El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2014 SGR 241.

cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación” (STS de 29 de enero de 2001<sup>2</sup>, STS 23 de septiembre del 2002<sup>3</sup>, STS de 12 de julio de 2004<sup>4</sup>, STS de 23 de mayo de 2005<sup>5</sup>, STS de 22 de noviembre de 2007<sup>6</sup>, STS de 11 de diciembre de 2007<sup>7</sup>, STS de 18 de diciembre de 2007<sup>8</sup>, STS de 13 de febrero de 2008<sup>9</sup>, STS de 22 de septiembre de 2008<sup>10</sup>, STS de 27 de enero de 2009<sup>11</sup> y STS de 12 de julio de 2012<sup>12</sup>). En consecuencia, el Alto Tribunal ha sido muy reacio a calificar estos supuestos como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes cuando no quede acreditada la causa del despido, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, a saber, el sexo o la discapacidad, o con algún derecho fundamental.

En este contexto, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019<sup>13</sup>, objeto de este comentario, ha venido a declarar la nulidad del despido de una trabajadora enferma por considerar que en el mismo concurre un doble factor de discriminación. Por una parte, mantiene que el mismo comporta una discriminación de la trabajadora por motivo de discapacidad, al considerar que la enfermedad sufrida por la misma constituye una enfermedad de larga duración asimilable a la discapacidad y, por otra parte, aunque con menor vehemencia y fundamentación, parece afirmar que dicho despido también puede constituir una discriminación por razón de sexo, al considerar que nos encontramos ante una patología netamente femenina, que obliga a enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género. En consecuencia, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, en la referida sentencia se enriquece la ya más extendida doctrina consistente en incluir determinadas enfermedades en el concepto de discapacidad, con otros factores protagonistas como la perspectiva de género (cuando es el sexo femenino el mayor afectado por la lesión que provoca la discapacidad) o la

---

<sup>2</sup> RJ\2001\2069.

<sup>3</sup> RJ\2002\1923.

<sup>4</sup> RJ\2004\7075.

<sup>5</sup> RJ\2005\9656.

<sup>6</sup> RJ\2008\1183.

<sup>7</sup> RJ\2008\2884.

<sup>8</sup> RJ\2008\1621.

<sup>9</sup> RJ\2008\2900.

<sup>10</sup> RJ\2008\5533.

<sup>11</sup> RJ\2009\1048.

<sup>12</sup> RJ\2012\9598.

<sup>13</sup> JUR\2019\3895.

consideración objetiva de la patología oncológica, en general, como paradigma “discapacitante”<sup>14</sup>. En los próximos apartados se pretende analizar, precisamente, los argumentos esgrimidos por dicha resolución judicial para alcanzar ambas conclusiones.

## **2. La STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019: la concurrencia de un doble factor de discriminación.**

### **2.1. La cuestión litigiosa y la solución de instancia.**

El supuesto enjuiciado por la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 se origina en el marco de un procedimiento por despido en el que concurren los siguientes hechos:

- La trabajadora comenzó a prestar sus servicios para la demandada el 13 de abril de 2017, con categoría de camarera y salario bruto diario de 36.16 euros.

- El 6 de mayo de 2018, la trabajadora ingresó en Urgencias como consecuencia de pérdidas reiteradas en zona uterina. Tras la consiguiente biopsia se le diagnosticó carcinoma epidermoide infiltrante. La trabajadora permaneció ingresada hasta el 8 de mayo.

- El mismo día 6 de mayo de 2018, la actora comunicó su estado de salud a la empresa, entregando el correspondiente parte de baja el día 10 del mismo mes. La fecha inicial de la baja era el 6 de mayo y la duración inicialmente prevista de la misma era de 68 días. En el momento del juicio oral la trabajadora aún permanecía de baja.

- En el momento de entrega del parte de baja la empresa comunicó a la trabajadora que lamentaba mucho su situación, pero que no podía sostener su baja, al encontrarse en temporada alta y con pocas trabajadoras.

- Con fecha de 15 de mayo la empresa procede al despido de la trabajadora con efectos de la misma fecha alegando disminución continuada de su actividad laboral de conformidad con lo previsto en el art. 54.2 e) ET.

---

<sup>14</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino por discapacidad y género. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 45/2019, de 18 de enero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 433, 2019.

Disconforme la trabajadora con la decisión empresarial de despedirla por motivos disciplinarios, interpone la correspondiente demanda reclamando que se declare la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido.

La cuestión litigiosa se resuelve en instancia mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, que tras desestimar la petición principal, es decir, la declaración de nulidad del despido, procede a estimar la petición subsidiaria de la trabajadora y, en consecuencia, declara la improcedencia del despido de la misma, con la consiguiente condena a la empresa a que, a su elección, readmitiera a la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido o la indemnizara con la cantidad de 1.469,16 € sin derecho a salarios de tramitación en caso de readmisión.

## **2.2. La respuesta en suplicación: razonamientos jurídicos y fallo.**

Disconforme con la sentencia dictada en instancia, la trabajadora enferma despedida presentó el correspondiente recurso de suplicación que se resuelve mediante la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019, objeto de este comentario.

En el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora se sostiene que su despido debe ser declarado nulo porque responde a un factor discriminatorio, en concreto, a su discapacidad. Asimismo, se alude en dicho recurso a la condición de mujer de la trabajadora y al padecimiento de una enfermedad posiblemente grave y duradera que es propia de género. Todos estos motivos, a criterio de la trabajadora, deben conducir a la calificación de la nulidad del despido, especialmente teniendo en cuenta que no se ha acreditado la causa de la extinción laboral invocada por la empresa.

De las dos alegaciones invocadas en el recurso para justificar la solicitud de declaración de nulidad del despido, a saber, por considerarlo discriminatorio por discapacidad y por considerarlo discriminatorio por razón de sexo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (en adelante, TSJ de Cantabria) se centra fundamentalmente en la primera de las mismas. Para ello, toma como punto de partida la distinción existente entre un despido por razón de enfermedad y un despido por razón de discapacidad, siendo el marco jurídico protector en ambos supuestos distinto, constatándose al respecto que únicamente el despido por discapacidad ha merecido

de una tutela antidiscriminatoria, al considerarse que las personas con discapacidad constituyen un grupo vulnerable merecedor de una protección específica.

A partir de estas premisas, tras repasar de un modo muy sucinto la normativa nacional, el Tribunal se centra en la normativa comunitaria y, especialmente, en la doctrina dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre si cabe considerar a la enfermedad como un motivo de discriminación que se añada a los recogidos de forma expresa en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE).

Este análisis empieza con la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, de la cual se destacan los siguientes fragmentos:

“1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad “en cuanto tal” (54).

21.- que enfermedad en “cuanto tal” no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de la “enfermedad en cuanto tal” o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva”.

A la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, le sigue la sentencia STJUE de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark-Ring, que a criterio del Tribunal lleva a cabo una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad ratificada por la UE mediante decisión de 26 de noviembre de 2009. A tal efecto, se constata que esta resolución judicial, siguiendo la pauta establecida por la citada Convención dispone que “el concepto de “discapacidad” debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o 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 (...) Por consiguiente, procede

estimar que, si una enfermedad curable o incurable 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, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”.

Por el contrario, también a partir de la STJUE de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark-Ring, el TSJ de Cantabria mantiene que una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78”, en la medida que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.

El análisis de la doctrina del TJUE que efectúa el TSJ de Cantabria continua con la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi, que procede a valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias. A tal efecto, el TSJ de Cantabria destaca los siguientes razonamientos: a) El hecho de que el interesado se halle en situación e 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 la Directiva 2000/78/CE, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; b) Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona; y c) Al comprobar este carácter “duradero”, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Finalmente, el TSJ de Cantabria concluye su periplo por la doctrina del TJUE referenciando la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, que, a criterio

del Tribunal mantiene el concepto de discapacidad ya recogido en las resoluciones ya indicadas.

Una vez expuesta la doctrina del TJUE, el TSJ de Cantabria analiza la recepción de la misma por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con cita de dos resoluciones en las que se ha denegado la declaración de nulidad de sendos despidos de personas trabajadoras enfermas, en concreto, las SSTs de 3 de mayo de 2016<sup>15</sup> y de 15 de marzo de 2018<sup>16</sup>. Por una parte, en la primera de ellas, se argumenta para ello que “no nos encontramos en el supuesto en que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio”.

Por otra parte, en la STS de 15 de marzo de 2018 se constata que el Alto Tribunal insiste en la distinción entre “la enfermedad en cuanto tal” y la discapacidad, de modo que la segunda supone una limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional, mientras que la primera es una simple baja por enfermedad. A partir de estas premisas, se deniega la nulidad del despido por dos razones: a) en la fecha del despido no se había agotado el período máximo de incapacidad temporal; y b) no existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro. Todo ello impide identificar el supuesto enjuiciado con la noción de “discapacidad”, que es distinta de la “enfermedad en cuanto tal”.

A partir de todas las premisas expuestas, el TSJ de Cantabria mantiene que en aplicación de la doctrina del TJUE pueden identificarse diferentes indicios para entender que no nos encontramos ante una mera enfermedad, sino que nos encontramos ante una auténtica discapacidad. A tal efecto, se indica que el carcinoma

---

<sup>15</sup> RJ\2016\2152.

<sup>16</sup> RJ\2018\1403.

epidermoide (cáncer de útero) que padece la trabajadora en el momento del despido, ocasiona una limitación duradera, al tratarse de un proceso morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo. Por el contrario, a criterio del Tribunal, es muy posible que el tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, todas ellas, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirán la participación plena y efectiva de la actora en la vida profesional “en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Todo ello lleva al Tribunal a concluir que la trabajadora se encontraba en el momento del despido en situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE.

A partir de la premisa de que en el momento del despido la trabajadora se encontraba en situación de discapacidad como consecuencia de la enfermedad de larga duración que sufría, el TSJ de Cantabria mantiene que la empresa no ha sido capaz de desvirtuar los indicios aportados por la trabajadora de haber sido tratada desfavorablemente por razón de dicha enfermedad de larga duración, como así se viene exigiendo por el Tribunal Constitucional – Sentencias 87/2004, de 10 de mayo, 138/2006, de 8 de mayo y 74/2008, de 23 de julio- y el Tribunal Supremo – Sentencias de 5 de julio de 2013 y 7 de julio de 2015.

Siendo esta la principal línea argumental de la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019, en la misma se contiene, aunque formulada con gran brevedad, una segunda argumentación con la que también se pretende justificar el carácter discriminatorio del despido de la trabajadora enferma. A tal efecto, se indica que “no podemos obviar que estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género, como también se apunta en el recurso”. Esta argumentación, sin embargo, aparece únicamente indicada, de forma contundente, pero sin desarrollo alguno.

Todos los razonamientos expuestos llevan al Tribunal a concluir que nos encontramos ante un despido sin causa objetiva que lo justifique y, por tanto, el mismo debe ser declarado discriminatorio y, en consecuencia, nulo.

**3. Transcendencia de la doctrina más allá del caso: el alcance de la nulidad del despido de la trabajadora enferma por discriminación por discapacidad y por razón de sexo.**

Como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo se ha mostrado muy reacio a calificar como nulo el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal (en adelante, IT), calificándolo, por el contrario, únicamente como improcedente, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, a saber, el sexo o la discapacidad, o con algún derecho fundamental.

Esta doctrina se ha mantenido prácticamente inalterada hasta que en fechas relativamente recientes han irrumpido en este debate diferentes pronunciamientos del TJUE. A tal efecto, estas resoluciones judiciales parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2.b) de la Directiva, al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no- generen limitación en el trabajo. A partir de estas consideraciones, el despido del trabajador enfermo podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el citado art. 2.2.b, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

Efectivamente, la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring) mantiene que “el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”<sup>17</sup>.

Esta interpretación de lo que deba entenderse por “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78/CE y que ahora pasa a comprender también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, constituye una evolución de la anterior doctrina del TJUE sobre esta materia, recogida en la Sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), que diferenciaba más

---

<sup>17</sup> Un comentario de esta resolución en 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*, núm. 3, 2014.

nítidamente el concepto de “enfermedad” y el de “discapacidad”, lo cual permitía concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, no en vano, los motivos de discriminación recogidos en el art. 1 de la citada directiva constituyen una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación<sup>18</sup>.

Posteriormente, la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha intentado precisar en qué supuestos una enfermedad puede ser calificada como de larga duración y, en consecuencia, ser equiparada a la situación de discapacidad. Con esta finalidad, el TJUE ha fijado los siguientes criterios: “El hecho de que el interesado se halle en situación de IT, con arreglo al Derecho Nacional, de duración incierta, (...) 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 (...) Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter “duradero”, el juzgador remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> De esta opinión, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013. Muy contundente al respecto se pronuncia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 1, 2015, pág. 6, al concluir que dicha sentencia “a pesar de que no se afirme expresamente, lleva a cabo una verdadera rectificación de lo señalado en la sentencia Chacón-Navas, lo que supone un cambio de enorme relevancia conceptual, sobre todo en los Estados en los que se niega la equiparación entre enfermedad y discapacidad (España, Alemania e Italia), que da lugar a una multiplicidad de consecuencias prácticas en diversas materias”. Vid. también, GÁLVEZ DURÁN, S.: “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSlabor*, núm. 3, 2015, pág. 14.

<sup>19</sup> Para un análisis de esta sentencia vid. DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017; DUEÑAS HERRERO, L.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho*, núm. 28, 2017; GÓMEZ SALADO, M.A.: “Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, págs. 69 y ss. y SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. CEF*, núm. 406, 2017.

La saga de sentencias dictadas por el TJUE sobre esta materia no se agota en las anteriormente citadas, sino que cabe añadir otras que no hacen más que ahondar en los posicionamientos ya expuestos<sup>20</sup>, siendo la más reciente la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), que plantea ciertas dudas sobre la adecuación de la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE, al considerar que “el art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”<sup>21</sup>.

Ante esta nueva doctrina del TJUE, desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que la misma necesariamente debía impactar en el tratamiento que hasta el momento habían recibido las extinciones contractuales que tuvieran como principal motivación la enfermedad del trabajador, cuando la misma pudiera ser asimilada a una discapacidad, de modo que un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no debería ser calificado como improcedente sino nulo y la extinción del contrato por causas objetivas que tomara en consideración las ausencias intermitentes del trabajador que tuvieran su causa en la enfermedad asimilada deberían merecer esta misma calificación. En esta línea parecía manifestarse, aunque sin entrar en el fondo del asunto, la STS de 25 de noviembre de 2014 al afirmar que a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK

---

<sup>20</sup> Una sistematización de todas estas resoluciones puede consultarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2018.

<sup>21</sup> Un comentario de dicha sentencia en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero (JUR 2018, 16903)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 207, 2018, págs. 341 y ss.; ITURRI GÁRATE, J.C.: “Volverá la obesidad al Tribunal de Luxemburgo? El asunto Ruiz Conejero”, *Ciudad del Trabajo*, núm. 5, 2018, págs. 77 y ss. y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52 d) ET pasa “rozando” el filtro de la Directiva 2000/78 (Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018), Asunto Ruiz Conejero”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, págs. 141 y ss.

Danmark-Ring) hay que matizar o precisar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación<sup>22</sup>.

Pese a ello, en la primera oportunidad en que el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de enfrentarse a esta materia tras la referida sentencia del TJUE, no satisfizo en absoluto las expectativas creadas al respecto<sup>23</sup>. A tal efecto, la STS de 3 de mayo de 2016, al conocer del despido de una trabajadora de baja por un accidente *in itinere*, confirma el criterio de suplicación y mantiene que se trata de un despido improcedente y no nulo. En concreto, en esta resolución, tras exponerse la doctrina que emana de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring), el Tribunal Supremo mantiene que “a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica del 28 de marzo de 2013, sin que pueda 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”. En consecuencia, para el Alto Tribunal, el despido enjuiciado, “no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo” de la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark-Ring).

Posteriormente, la STS de 21 de septiembre de 2017<sup>24</sup>, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015<sup>25</sup>,

---

<sup>22</sup> RJ\2015\27. De la misma opinión, MOLINA NAVARRETE, C.: "Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016, pág. 150, se refiere a la "aceptación del Tribunal Supremo, si bien aplazada de momento, por razones procesales". Vid. también, GÁLVEZ DURÁN, S.: "El despido basado en la enfermedad..." cit. pág. 23.

<sup>23</sup> De forma muy expresiva, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "Las definiciones de "discapacidad" y "ajustes razonables" en la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido", *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 129, señala que "todavía resulta más desalentador que el propio TS se sitúe en la interpretación obsoleta del concepto de discapacidad en una bastante reciente sentencia dictada en unificación de doctrina de 3 de mayo de 2016".

<sup>24</sup> RJ\2017\4307. Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: "El difícil recurso a la "enfermedad asimilada a discapacidad" como límite al despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017)", *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, págs. 163 a 186. Vid. también, un comentario muy crítico de la misma en MOLINA NAVARRETE, C.: "Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del "Caso Ring", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 135 a 159.

<sup>25</sup> AS\2016\381. Vid. un comentario de esta resolución judicial en MORENO GENÉ, J.: "La "enfermedad asimilada a discapacidad" como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo", *Iuslabor*, núm. 2, 2016.

también frustró las expectativas creadas al efecto, al concluir de forma lacónica que en el supuesto enjuiciado, ni por referencia a las previsiones del art. 52 d) ET, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que sustentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante, revocando de este modo la referida sentencia dictada en suplicación.

En la misma línea, se encuentra la STS de 15 de marzo de 2018 que concluye afirmando que “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C-270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debida a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de este trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones”. Concluyendo en base a estos razonamientos que “no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”<sup>26</sup>.

Más receptiva a la nueva doctrina del TJUE se muestra, por el contrario, la STS de 22 de febrero de 2018<sup>27</sup>, que aplicando la nueva “pauta de definición del concepto de discapacidad” al supuesto enjuiciado y, en consecuencia, a la situación en la que se encuentra la trabajadora despedida, considera que “el cuadro de afectaciones que presenta a la vista de lo que se declara probado podría justificar esta calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar”. En definitiva, en este supuesto sí podría concluirse que la trabajadora despedida se

---

<sup>26</sup> Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 17, 2018.

<sup>27</sup> RJ\2018\913.

encontraba en una situación asimilable a la discapacidad en los términos previstos por la doctrina del TJUE<sup>28</sup>.

En cualquier caso, pese al indudable avance que supone la STS de 22 de febrero de 2018 en la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, el mismo todavía no resulta suficiente para que el Alto Tribunal considere que ha tenido lugar un comportamiento empresarial discriminatorio y, en consecuencia, que el despido deba ser declarado nulo. Por el contrario, a criterio del Tribunal Supremo, nos encontramos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 –así como el art. 2.4 de la Convención de Naciones Unidas-, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad.

Pese al inicial desencanto que han podido provocar estos pronunciamientos del Tribunal Supremo a todos aquellos que defienden un tratamiento distinto del despido sin causa legal del trabajador en situación de IT, el Alto Tribunal sí parece haber recepcionado de algún modo la doctrina del TJUE al haber incorporado el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Ello se deduce, por ejemplo, del hecho de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de mayo de 2016, al resolver el supuesto enjuiciado, se refiera de un modo expreso a la corta duración de la incapacidad, de únicamente diez días, de lo que parece desprenderse que, si la duración de la incapacidad hubiera sido más larga, hubiera podido equipararse a la discapacidad y, en consecuencia, hubiera recibido un tratamiento distinto<sup>29</sup>. Esta percepción sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia se recoge de forma expresa en la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018<sup>30</sup> cuando indica que “como empieza a apuntar el TS, en la STS de 3 de mayo de 2016, el hecho de que haga referencia a la corta duración de la IT padecida por un trabajador despedido, invita a pensar que se estarían sentando las bases para la concreción de un cambio doctrinal en el momento en que el TS hace referencia explícita a la duración de la incapacidad, pues está admitiendo que no

---

<sup>28</sup> Un comentario de esta resolución judicial en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La discriminación por discapacidad en las extinciones...”, cit. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable?. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 422, 2018.

<sup>29</sup> De la misma opinión, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir...” cit.. A tal efecto, el autor considera que “la desestimación de la petición concreta efectuada no cierra la opción de la aplicación del concepto de “enfermedad equiparable” a discapacidad para declarar la eventual nulidad de un despido. Antes al contrario, matiza los condicionantes para su consideración efectiva permitiendo a través de los criterios descritos la doctrina reproducida”.

<sup>30</sup> JUR\2018\98667.

puede descartarse categóricamente que la enfermedad no pueda equipararse a la discapacidad y que la duración de la baja, la limitación, es el elemento determinante para posibilitar esta equiparación”.

En este contexto de lenta recepción de la doctrina del TJUE consistente en incorporar en estos supuestos el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad, se incardinan algunas resoluciones judiciales procedentes de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. A título de ejemplo, la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017<sup>31</sup>, atendiendo a lo preceptuado por la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), en el momento de comprobar el carácter duradero o no de la IT de la trabajadora despedida, con buen criterio se apoya en los elementos objetivos de que dispone y, en concreto, en el parte de baja emitido con anterioridad a la fecha del despido, que fijaba una duración estimada de la IT de 100 días. A tal efecto, parece acertado considerar que esta duración estimada de la IT de 100 días puede constituir por si misma un argumento razonable para considerar que la empresa era conocedora del carácter duradero de la IT y, por tanto, de su carácter asimilable a la discapacidad, en el momento del despido y que, por tanto, su decisión extintiva fue discriminatoria<sup>32</sup>.

No es esta la única resolución del TSJ del País Vasco que ha declarado la nulidad del despido de un trabajador que se encontraba en situación de IT, en este caso, desde el 19 de febrero hasta el 19 de mayo de 2016, aunque en este caso la misma derivara de una enfermedad profesional consistente en alergias y asma ocupacional. En este supuesto, la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017<sup>33</sup> declara que “la correcta calificación del despido (...) es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante (...) Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una situación de “discapacidad” (...) que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no haber la empresa siquiera intentado acreditar la realidad de las causas económicas invocadas para el despido”. En definitiva, el Tribunal considera que la empresa en el momento del despido era conocedora de que mientras el trabajador estuviera expuesto a los factores laborales que le provocan el

---

<sup>31</sup> JUR\2018\33834.

<sup>32</sup> Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración”: una de cal y otra de arena”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 420, 2018, págs. 132 a 139.

<sup>33</sup> JUR\2017\295881.

asma, su enfermedad se prolongaría en el tiempo, confirmándose de este modo el carácter duradero de la IT.

También la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, en su sentencia de 10 de octubre de 2017<sup>34</sup>, declara la nulidad del despido de una trabajadora enferma porque, además de que la causa del despido no era cierta, la duración prevista de la incapacidad temporal era de 300 días y el despido se produjo siete meses antes de que finalizara aquella, lo que denota no solo que la baja tenía un carácter prolongado o duradero sino que además el despido se produjo cuando faltaba un tiempo importante para que dicha baja acabara.

Siguiendo con el TSJ del País Vasco, la sentencia de 2 de mayo de 2018<sup>35</sup>, declara la nulidad del despido de una trabajadora enferma, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter “duradero” de la limitación de la capacidad de la demandante, ya que ha padecido una enfermedad consistente en un síndrome ansioso depresivo, además secundario a motivos laborales, esto es, una dolencia en relación directa de causa-efecto con su trabajo, enfermedad que se ha prolongado desde el día 7 de abril de 2017, habiendo transcurrido tres meses desde su comienzo hasta el despido, sin que a esta última fecha hubiera previsión de finalización y habiéndose ido prolongando las diversas previsiones desde los iniciales 18 días hasta la última – antes del despido – de 60 días, hecha el 19 de mayo en el parte de confirmación correspondiente. Ello, a criterio de Tribunal, permite considerar que nos encontramos ante una situación de “discapacidad”, en el sentido antedicho, que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no existir causa alguna acreditada para el cese de la demandante.

En la misma dirección, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón también ha declarado nulo el despido de una trabajadora enferma en su sentencia de 9 de mayo 2018<sup>36</sup> al considerar que “la trabajadora presentaba unas dolencias en ambos hombros en el momento de su despido que en absoluto presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, pudiendo prolongarse significativamente antes del eventual restablecimiento de la actora, por lo que debemos concluir que la demandante se encontraba en una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo”. Debido a ello, a criterio del

---

<sup>34</sup> JUR\2018\27835.

<sup>35</sup> JUR\2018\212785.

<sup>36</sup> AS\2018\2016.

Tribunal, el despido de la trabajadora sin causa objetiva que lo justifique debe declararse discriminatorio.

En parecidos términos, la STSJ Canarias (Tenerife) 5 de junio 2018 declara la nulidad de un despido por considerar que en el momento del mismo la empresa conocía lo inusualmente larga que se fijó la duración estimada de la incapacidad temporal del actor, en el plazo máximo de 365 días. Con este dato, no sólo era clara la larga duración sino la gravedad de la enfermedad común que determinaba la misma, lo que exigía desde el inicio fijar su duración en su plazo máximo. Asimismo, la enfermedad afecta a las cervicales y tratándose de un trabajador oficial 3º de oficio en una empresa que se dedica a trabajos verticales, es lógico inducir el carácter incapacitante permanente que pudiera tener al término de la incapacidad temporal de tan larga duración. Se cumple así con los dos indicios a los que el TJUE anuda la consideración de la enfermedad del actor como discapacidad, para entender que ese fue el motivo del despido del actor y que, por tanto, estamos ante un despido nulo por discriminatorio.

También la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre 2018<sup>37</sup> al conocer del despido de una trabajadora a la que se le había detectado en 2009 un cáncer de mama que ha motivado, desde 2009 hasta 2018, diversas y sucesivas situaciones de incapacidad temporal para su tratamiento y el de las secuelas derivadas del mismo, lo declara como nulo porque la empresa no ha podido desvirtuar los indicios de discriminación: “se da la circunstancia de que, fundándose la empresa en criterios de coste empresarial y rendimiento laboral para determinar los trabajadores afectados por el despido objetivo, consta acreditado que la trabajadora demandante ha percibido durante todos los meses en el último año un plus variable de ‘incentivo’ por ventas, debido a que la sección de frutería en la que prestaba servicios es la que mejores resultados económicos arroja de todos los centros de trabajo de la empresa en Cuenca”.

Pues bien, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019, objeto de este comentario, se incardina plenamente en esta doctrina judicial al concluir, en mi opinión de manera acertada, que el despido de la trabajadora enferma debe ser declarado nulo, no en vano, el carcinoma epidermoide (cáncer de útero) que la misma padece en el momento del despido, ocasiona una limitación duradera, al tratarse de un proceso

---

<sup>37</sup> JUR\2019\9052.

morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo. Por el contrario, como indica el Tribunal, es muy posible que el tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, todas ellas, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirán la participación plena y efectiva de la actora en la vida profesional “en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

En consecuencia, convenimos con el TSJ de Cantabria en que, encontrándose la trabajadora en el momento del despido en situación de discapacidad como consecuencia de la enfermedad de larga duración que sufría, no cabe más que considerar que su despido sin causa justificada fue discriminatorio y, por tanto, el mismo debe ser declarado nulo.

La STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 se contrapone, de este modo, a otras resoluciones judiciales que, ante el despido de personas trabajadoras igualmente enfermas de cáncer, han optado por calificar estas actuaciones como improcedentes y no nulas. A tal efecto, la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2018 declara improcedente y, por tanto, no nula, la finalización del contrato de obra de una mujer con tumor maligno de mama, a la que la empresa volvió a ofrecer la misma plaza<sup>38</sup>; la sentencia del mismo Tribunal de 26 de marzo de 2018, vuelve a negar la nulidad del despido de un trabajador con neoplasia pulmonar y metástasis, al considerarse que no se probaba que el empresario conociera que se trataba de una enfermedad con una duración previsiblemente larga<sup>39</sup>; o, finalmente, la STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2017, desestima la nulidad del despido de una trabajadora a la que extirpan masa mamaria, porque la patología no era duradera<sup>40</sup>.

Probablemente, ante el temor que los razonamientos invocados a la hora de resolver el supuesto litigioso pudieran no ser suficientes, el TSJ de Cantabria parece insinuar, más que desarrollar, una segunda argumentación con la que también se pretende justificar el carácter discriminatorio del despido de la trabajadora enferma de cáncer uterino y, por tanto, la necesaria declaración de nulidad del mismo. A tal efecto, se indica que “no podemos obviar que estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género, como también se apunta en el recurso”.

---

<sup>38</sup> JUR\2019\4956.

<sup>39</sup> JUR\2017\115470.

<sup>40</sup> JUR\2017\287621.

Como ya se ha avanzado, esta línea argumental aparece únicamente indicada, aunque de forma contundente, pero sin desarrollo alguno. A tal efecto, se ha considerado que “desgraciadamente, la sentencia no la acompaña de ninguna otra consideración, siquiera sucinta, que habría enriquecido su posicionamiento y otorgado una mayor relevancia doctrinal a una resolución cuya mayor singularidad es, precisamente, la introducción de este resorte analítico que suele identificarse, con mayor o menor acierto, como “perspectiva de género”<sup>41</sup>. En otros términos, se considera que “en cuanto a la perspectiva de género, es una pena que la sala de Cantabria no haya dedicado más atención a aquella que su simple mención, evidenciando un cierto modismo”<sup>42</sup>.

Pese a ello, cabe poner de manifiesto que lo más interesante de esta resolución judicial no es lo que dice sobre esta materia, que es más bien poco, sino lo que la sentencia sugiere, aunque “deja extramuros de sus análisis”<sup>43</sup>. A tal efecto, se ha indicado que “en la citada resolución se afirma abordar el caso desde una perspectiva de género, por ser el factor determinante de la baja médica un cáncer de útero, patología exclusivamente femenina, pero nada más se añade. Es evidente que los hombres también pueden ser víctimas de exclusión social o despidos por cáncer (no por esta modalidad, obviamente), por lo que se echa en falta una reflexión sobre la mayor desprotección o peor posición del género femenino en estos casos. ¿Presupone la sentencia comentada que debe aplicarse la protección propia de la no discriminación por razón de sexo a toda enfermedad exclusiva del sexo femenino? ¿Quizás quiere decirse que se trata de una enfermedad asociada al papel reproductor de la mujer y que siempre debe protegerse de este modo, aunque no haya posible término masculino de comparación? ¿Es posible que se trate de trasladar a este ámbito la misma construcción que ha servido para enlazar el bloque de salud con las normas antidiscriminatorias en materia de riesgo durante la lactancia o el embarazo?”<sup>44</sup>.

En este punto, cabe recordar que, juntamente con la posibilidad de declarar la nulidad de los despidos de las trabajadoras enfermas por considerar que las mismas

---

<sup>41</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino...” cit. pág. 194. Muchos más contundente se muestra al respecto MOLINA NAVARRETE, C.: “Juzgar con perspectiva de género en el orden social: ¿arte de moda o garantía de efectividad de la igualdad de sexos?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 433, 2019, pág. 181, que se cuestiona “pero ¿de qué sirve esta invocación, tanto a efectos doctrinales como prácticos?. Nada añade a la calificación jurídica de nulidad del despido”.

<sup>42</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino...” cit. pág. 196.

<sup>43</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Juzgar con perspectiva de género...” cit. pág. 182.

<sup>44</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino...” cit. pág. 196.

se encuentran en una situación de incapacidad temporal de “larga duración” equiparable a la discapacidad, cada vez se impone con mayor fuerza la posibilidad de acudir a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, para aquellos supuestos en que el despido de la trabajadora enferma se produzca como consecuencia de que la misma sufre una enfermedad que pueda considerarse como “feminizada”<sup>45</sup>.

A tal efecto, los partidarios de esta opción se apoyan en la propia doctrina del Tribunal Supremo que considera que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando concurren circunstancias que “históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas”. A partir de esta consideración se mantiene que, aunque la enfermedad quede fuera del concepto de discapacidad, el despido de una trabajadora por una enfermedad ligada a su sexo se considera discriminatorio y contrario a los derechos fundamentales de las mujeres<sup>46</sup>.

En esta dirección, se acude, entre otras, a la doctrina contenida en la STS de 27 de enero de 2009 según la cual, una enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, por lo que no puede ser considerada como un factor discriminatorio de despido. De ello se deduce, a *sensu contrario*, que la enfermedad sí puede ser considerada un factor discriminatorio en aquellos casos en los que sea específica de un grupo de personas, lo cual ocurriría en enfermedades de alta prevalencia femenina. Además, este criterio no resultaría válido únicamente para las enfermedades crónicas, sino que podría ser extensible a las incapacidades temporales por motivos vinculados a la biología de las mujeres o síntomas que padezcan las mismas con una frecuencia estadística mayor con respecto a los hombres<sup>47</sup>.

Desde esta perspectiva, el despido de una trabajadora que padece una enfermedad de alta prevalencia femenina podría constituir una discriminación indirecta, en tanto que una medida aparentemente neutra al género, estaría afectando negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres. A título de ejemplo, en relación con la fibromialgia se ha indicado que “al ser la fibromialgia una enfermedad feminizada, el despido de una trabajadora podría ser considerado

---

<sup>45</sup> Sobre una perspectiva de género de la salud vid. RIVAS VALLEJO, P.: “Salud y Género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 227 a 286.

<sup>46</sup> Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T.: “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pág. 341. Vid. también, LLUCH CORELL, R.: “El despido por enfermedad: una nueva lectura de la noción de discriminación por discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, 2014, pág. 8.

<sup>47</sup> Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T.: “El despido por enfermedad...” cit. pág. 342.

discriminatorio por razón de sexo, en especial si hay indicios de que es práctica de la empresa despedir a los/as trabajadores/as en cuanto se les ha diagnosticado dicha enfermedad<sup>48</sup>. No debe olvidarse, al respecto, que estas discriminaciones indirectas por razón de sexo, vienen proscritas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y por la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A partir de estas premisas, se sostiene que debe producirse un reforzamiento de la protección social frente al despido de las trabajadoras afectadas por enfermedades de alta prevalencia femenina mediante la extensión a estos supuestos del derecho antidiscriminatorio por razón de sexo<sup>49</sup>. A tal efecto, se ha mantenido, respecto a la fibromialgia, que si bien la interferencia que la misma provoca en el contrato de trabajo no difiere respecto a otras enfermedades invalidantes o discapacitantes, en esta enfermedad concurre una circunstancia especial, que es la mayor afectación del sexo femenino, determinante de la aplicación de las normas de tutela antidiscriminatoria en la medida en que se podría ver afectado el principio de igualdad de sexos<sup>50</sup>.

Pues bien, en esta línea argumental cabe incluir la breve anotación y/o reflexión, pero no por ello de amplio calado, que se contiene en la STSJ de Cantabria de de 18 de enero de 2019, según la cual “no podemos obviar que estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género, como también se apunta en el recurso”. Habrá que estar a la

---

<sup>48</sup> Vid. LOUSADA AROCHENA, J.: “El tratamiento jurídico de la fibromialgia desde la perspectiva de género”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 26, 2010, pág. 34. Vid. también, sobre este enfoque, RIVAS VALLEJO, P.: “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de Derecho Social*, núm. 54, 2011, págs. 83 a 114.

<sup>49</sup> Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T.: “El despido por enfermedad...” cit. pág. 351. La autora indica que las enfermedades prevalentes y exclusivas de las mujeres han de ser acreedoras de protección reforzada, pues así lo dispone tanto el derecho nacional como europeo. Vid. en extenso, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T.: *¿Por qué la endometriosis concierne al feminismo?*, Dykinson, Madrid, 2018.

<sup>50</sup> Vid. LOUSADA AROCHENA, J.: “El tratamiento jurídico de la fibromialgia...” cit. pág. 15. Del mismo autor, vid. “La prohibición de discriminación sexista indirecta y su aplicación en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 3, 2017, pág. 15. En la misma dirección, RIVAS VALLEJO, P.: “Aspectos jurídicos en la incapacidad y discapacidad en el Síndrome de Fatiga Crónica”, en *VII Jornada sobre Avances en el Síndrome de Fatiga Crónica*, celebradas en Barcelona el 6 de mayo de 2009, págs. 7, indica, en relación a enfermedades feminizadas como son la fibromialgia y la endometriosis que cabría plantear la nulidad “no por la vía estricta de la enfermedad, sino por la discriminación por razón de sexo”. Vid. de la misma autora, “Perspectivas de género en la incapacidad permanentes”, en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Tratado médico legal sobre incapacidades laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2008. Vid. también, FALGUERA BARÓ, M.: “Fibromialgia. Análisis jurisprudencial”, en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) *Tratado médico legal sobre incapacidades laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

espera de futuros desarrollos judiciales de este planteamiento que toma en consideración la perspectiva de género a la hora de enjuiciar los despidos de los trabajadores que padecen una enfermedad con alta prevalencia femenina para valorar su verdadero alcance<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Sobre esta nueva perspectiva vid. JIMÉNEZ HIDALGO, A.: “Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo social ¿es necesaria una reforma legislativa?”, Ponencia impartida en las *2as Jornadas Jurídicas de Derecho Laboral y Sindical del Gabinete Técnico Jurídico de CCOO de Cataluña*, “*La precariedad Laboral: desigualdad y discriminación*”, celebradas en Barcelona el 8 de noviembre de 2018.