

Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?

Disability, long-lasting temporary disability and discrimination: is it invalid the dismissal of a temporary disabled worker?

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

*CONTRATADO PREDOCTORAL FPU. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

Resumen

El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis exhaustivo de la calificación que merece el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal. Durante estos últimos años se han sucedido numerosas resoluciones judiciales sobre esta materia que han considerado que un despido de este tipo no se considera nulo, sino improcedente. Sin embargo, el TJUE ha suscitado la duda recientemente y ha concluido en uno de sus pronunciamientos que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como «duradera» y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. En este trabajo no solo se examinarán las circunstancias en las que el TJUE permite equiparar la situación de incapacidad temporal a la situación de discapacidad, sino que también se medirá la acogida de la doctrina comunitaria por la doctrina judicial española.

Abstract

The purpose of this study is to carry out an exhaustive analysis of the description that the dismissal of a temporary disabled worker deserves. During these last years there have been numerous legal rulings on this area that have considered that a dismissal of this type should not be considered invalid, but inadmissible. However, the CJEU (the Court of Justice of the European Union) has recently raised concerns on this and has concluded in one of its declarations that the dismissal of a temporary disabled worker can be considered discriminatory and, therefore, it can be void if the worker's capacity limit is considered as "durable" and it is taken as part of the concept of disability for the purpose of Directive 2000/78 of November 27, 2000. This paper will examine both the circumstances in which the CJEU allows the situation of temporary incapacity to be equated to the situation of disability, and the acceptance of community doctrine by Spanish judicial doctrine.

Palabras clave

Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal; discriminación basada en la discapacidad; igualdad de trato en el empleo; incapacidad temporal de carácter duradero; nulidad del despido; situación de discapacidad

Keywords

Dismissal of a temporary disabled worker; discrimination based on disability; equal treatment in employment; long-lasting temporary disability; nullity of the dismissal; situation of disability

1. INTRODUCCIÓN

Un despido siempre provoca en el trabajador una situación no deseada, pero si además se produce habiendo estado el empleado de baja por incapacidad temporal¹, el problema se agrava aún más. En los últimos años se han visto pronunciamientos importantes y muy diversos en torno a la calificación que ha de darse a este tipo de despido, es decir, el despido de un trabajador que se encuentra en la situación de incapacidad temporal². En relación a ello, parece oportuno destacar que en el texto originario del Estatuto de los Trabajadores el despido de un trabajador efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo era declarado siempre nulo, a excepción de si se declaraba procedente. Ahora bien, tras la reforma laboral operada en el año 1994, el ámbito del despido nulo quedó reducido³ exclusivamente a aquellos despidos que tuviesen por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la Ley, o bien se produjesen con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

A partir de la citada reforma, y durante estos últimos años –como ya se ha indicado–, los diferentes tribunales han emitido numerosas resoluciones judiciales acerca de la calificación que merece el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, *«habida cuenta que su ausencia del trabajo, prolongada en muchos casos, frecuentemente impide imputarle otras conductas disciplinarias, y que las causas alegadas en la carta de despido son vagas y genéricas precisamente por la suspensión del contrato de trabajo»*⁴. La mayor parte de estos pronunciamientos judiciales que se han dictado durante estos últimos años se han basado en la doctrina sentada en esta materia por el Tribunal Supremo⁵ y por el Tribunal Constitucional, y han considerado que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011 de 10 de octubre de 2011, sino improcedente.

¹ Como se sabe, esta situación ha sido siempre un tema controvertido en el ámbito del despido. También es un tema controvertido en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, véase: ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: «Análisis jurisprudencial de la incapacidad laboral por estrés tras la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 889-895.

² Desafortunadamente, cada vez son más frecuentes los empresarios que deciden poner fin a la relación laboral de aquellos trabajadores que se encuentran en una situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente laboral.

³ En otras palabras, se puede decir que la reforma laboral operada en el año 1994 limitó la calificación de nulidad, con las consecuencias que ello supone.

⁴ Véase el Informe sobre la sentencia que declaró nulo el despido por enfermedad del trabajador, publicado por Sedano & Asociados en el mes de julio de 2017 y disponible en: <http://www.asolan.com>.

⁵ El Tribunal Supremo, en concreto, ha afirmado que la *«la enfermedad no constituye, con carácter general, un factor de discriminación, toda vez que ni el art. 14 CE ni el art. 4.2.c) del Estatuto de los trabajadores aluden expresamente a la enfermedad como causa de discriminación prohibida. Según esta doctrina, si el trabajador es despedido tan solo por el hecho de encontrarse en incapacidad temporal, puesto que esta situación no es causa lícita para despedir, procede calificar el despido como improcedente, salvo que concurren las circunstancias especiales que dan lugar a la nulidad de la decisión extintiva»*. En este sentido, FERRANDO GARCÍA, F. M.: «La incapacidad temporal de duración larga e incierta como causa de discriminación por discapacidad, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 202, 2017, págs. 237-246.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha suscitado la duda de si el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha de ser declarado nulo o, por el contrario, ha de calificarse como improcedente. El alto Tribunal Europeo concluye en esta sentencia que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como «duradera» y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. Se trata, por lo tanto, de una sentencia que resuelve sobre una materia de enorme repercusión para numerosos trabajadores en toda la Unión Europea.

En el presente trabajo se realizará un examen profundo de esta sentencia y se prestará especial atención a la equiparación entre la incapacidad temporal duradera y la discapacidad en la doctrina del alto Tribunal Europeo. Finalmente, se medirá la acogida de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la jurisprudencia española.

2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El concepto de incapacidad temporal se refiere, en términos generales, a la situación «en la cual una persona no puede trabajar a raíz de su estado médico de salud»⁶. Se refiere a una situación vinculada al ámbito del trabajo⁷, puesto que la «*incapacidad aparece cuando el efecto del estado de una persona es impedirle el emprendimiento de un empleo*»⁸. La incapacidad temporal «*aparece definida en el Estatuto de los trabajadores (art. 45.1.c LET) como una causa de suspensión del contrato de trabajo, de lo que parece inferirse que responde a una situación coyuntural de alteración de la salud padecida por el trabajador y que se prolonga hasta el momento en que el trabajador recupera su capacidad laboral con el alta médica*»⁹.

Con arreglo al artículo 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁰, la incapacidad temporal¹¹ puede ser definida como aquella situación en la que se encuentran los

⁶ SPICKER, P.: «Un distingo entre discapacidad e incapacidad», *Revista internacional de seguridad social*, vol. 56, núm. 2, 2003, pág. 40.

⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «Discapacidad e incapacidad temporal: A propósito de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 229.

⁸ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en AA.VV., *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 14.

⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: «El despido durante la incapacidad temporal y su calificación jurídica», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 275.

¹⁰ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

¹¹ Sobre esta cuestión, ver: FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Subsidio por incapacidad temporal», en AA.VV., *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; LÓPEZ INSUA, B. M.: «La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social», en AA.VV., *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Universidad de Málaga, Málaga, 2014; y ; LÓPEZ INSUA, B. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social*, Comares, Granada, 2014.

trabajadores impedidos temporalmente para el trabajo y necesitan asistencia médica por alguna de las siguientes causas:

- a) Enfermedad común o profesional.
- b) Accidente, sea o no de trabajo.
- c) Período de observación de enfermedades profesionales, cuando sea necesaria la baja médica.

De la última definición de incapacidad temporal dada interesa destacar que es una situación diferente de la incapacidad permanente¹², con la que le une la circunstancia de incapacidad para el trabajo, pero de la que se diferencia por su duración (y en cierto modo por su intensidad, puesto que lo temporal acostumbra a ser más leve que lo permanente o previsiblemente definitivo). Sin duda, se trata de una situación temporal o transitoria, no definitiva o permanente, ya que de lo contrario nos encontraríamos en otro ámbito, el de la incapacidad permanente, en el cual no tiene sentido hablar ya de absentismo aboral. Ahora bien, es evidente que una incapacidad temporal puede ser precisamente el precedente cronológico de una incapacidad permanente.

Como se sabe, la situación de incapacidad temporal se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico-laboral, en la medida en que el contrato de trabajo (cuando se trabaja por «cuenta ajena») queda suspendido, con el cese consecuente de la obligación de trabajar y del derecho a percibir el salario, con reserva del puesto de trabajo¹³. Análogamente, dicha situación se encuentra protegida por el sistema de la Seguridad Social, dado que se trata de una contingencia amparada bajo la tutela sanitaria (prestaciones en especie de asistencia sanitaria) y la económica (a modo de subsidio que reemplaza a los ingresos derivados del trabajo).

La determinación de la alteración de la salud incapacitante se produce típicamente a través de los partes médicos de baja confirmación y alta, regulados con detalle en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración¹⁴. A este respecto, conviene señalar que se hace preciso cumplir con el

¹² La incapacidad permanente es la «situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo». En este sentido, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Incapacidad permanente. Prestaciones*, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid, 2016, pág. 5, disponible en el enlace que se muestra a continuación: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/47093.pdf>. Sobre esta cuestión, pueden destacarse también las siguientes lecturas: PÉREZ ALONSO, M. A.: «Incapacidad temporal y la incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social: Aspectos laborales», en AA.VV., *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 15-78; y MONEREO PÉREZ, J. L. y 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*, núm. 8, 2016, págs. 13-33.

¹³ Se sostiene en principio, el derecho a la reincorporación.

¹⁴ BOE núm. 176, de 21 de julio de 2014.

requisito de una decisión médica, es decir, con la expedición del correspondiente «parte médico de baja», cualquiera que sea la contingencia determinante, para poder accionar la protección por incapacidad temporal. De acuerdo con el art. 2.1 del Real Decreto 625/2014, el parte médico de baja es «*el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal*»¹⁵. Se trata de un criterio sanitario que repercute no solo en el sistema administrativo y técnico de la Seguridad Social, sino que también en las relaciones entre las empresas y las Administraciones (sin olvidar la incidencia en el absentismo laboral).

3. EL DESPIDO DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU CALIFICACIÓN

Ya contextualizada la situación de incapacidad temporal, se analizará a continuación el desarrollo legislativo y jurisprudencial del tratamiento de la extinción de la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en incapacidad temporal (se verá que esta situación tiene incidencia tanto en los despidos disciplinarios como en los producidos por causas objetivas), así como la calificación del despido.

Posteriormente, se propondrá un examen acerca de la equiparación entre la incapacidad temporal duradera y la discapacidad¹⁶ a propósito de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente a propósito de su reciente sentencia de 1 de diciembre de 2016. Finalmente, se medirá la acogida de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la jurisprudencia española.

3.1. El despido durante la situación de incapacidad temporal

A día de hoy la situación de los trabajadores que se encuentran en incapacidad temporal constituye una cuestión delicada y también complicada, cuya discusión lleva ya tiempo y todavía suscita el conflicto entre dos intereses legítimos que será necesario resolver para decidir cuál prevalece.

Por una parte, los trabajadores se encuentran protegidos con una prestación económica por incapacidad temporal, que trata de cubrir la falta de ingresos que se produce cuando se encuentran imposibilitados temporalmente para trabajar y precisan de asistencia sanitaria, mientras su contrato está suspendido con reserva del puesto. Por otra parte, los empleadores pueden despedir a estos trabajadores en incapacidad temporal (especialmente cuando esta situación pueda prolongarse en el tiempo) por causas objetivas según los términos indicados en los arts. 52 a) y 52 d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁷

¹⁵ Su expedición ha de ir precedida de un «*reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo*».

¹⁶ En este sentido, resulta interesante la siguiente lectura: VILA TIERNO, F.: «Efectos laborales derivados de la prestación de servicios tras alta médica no impugnada (una revisión de la doctrina judicial más reciente)», en AA.VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.

¹⁷ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

–en adelante ET–, y con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, en circunstancias que hacen excesivamente gravoso el mantenimiento del contrato de trabajo.

Con lo anterior es muy importante insistir en las enormes dificultades que tiene el empresario para llevar a cabo este tipo de despidos. El primero, el despido objetivo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a), es difícil de articular en la medida en que la ineptitud sobrevenida del trabajador tiene difícil encuadre con la baja médica. En segundo lugar, y en relación al art. 52 d) que regula el despido objetivo por absentismo¹⁸, es importante clarificar también que solo computan a efectos del absentismo¹⁹ las bajas médicas que tienen una duración inferior a 20 días y al margen de numerosas excepciones. Y además, el número de ausencias justificadas computables ha de ser significativamente elevado, ya que ha de superar 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 5% de las jornadas hábiles, o bien el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de un año. Con respecto a las anteriores restricciones, cabe señalar que, si bien es cierto que todas ellas se han concebido para ofrecer una mayor protección al trabajador enfermo frente al despido, también es cierto que generan un «efecto perverso» que se traduce en la aplicación del despido disciplinario por parte de los empresarios cuando consideren que el mantenimiento del contrato de aquellos trabajadores en situación de baja médica resulte excesivamente gravoso para la empresa²⁰.

Como se sabe, el despido disciplinario, en cuanto tal, es incongruente con la baja médica, dado que el trabajador no tiene voluntariedad alguna en su enfermedad; las inasistencias durante una situación de incapacidad temporal se encuentran justificadas y no tienen carácter voluntario. Por todo lo anterior, el despido del trabajador durante la baja médica se ha venido calificando hasta ahora, como veremos con atención en el siguiente subepígrafe, como improcedente, con una indemnización de 33 días²¹ de salario por año de servicio, prorrateada por meses en períodos de tiempo inferiores a un año²².

¹⁸ En lo que respecta a esta materia, pueden ser recomendable las siguientes lecturas: GÓMEZ SALADO, M. Á.: «Delimitación del concepto de “enfermedad grave” y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 397, 2016, págs. 17-36; GÓMEZ SALADO, M. Á.: «Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410, 2017, págs. 85-105.

¹⁹ Resulta innegable la relación existente entre la incapacidad temporal y el absentismo laboral. Si atendemos a la tasa de absentismo por incapacidad temporal, podemos comprobar que esta disminuyó un 30% desde el 3,8% en el año 2007 hasta el 2,7% en 2013 (tasa más baja que la del año 2000). Más tarde, en 2014 sufre un repunte del 9% con respecto al anterior año, hasta una tasa del 2,9% (mismo nivel que en el año 2000) y ya en 2015 vuelve a repuntar con intensidad un 21% hasta la tasa del 3,3%, pero aún está lejos del 3,8% que marcó en 2007. Los datos empleados proceden de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL) y del «V Informe ADECCO sobre Absentismo Laboral», presentado en junio de 2016 y disponible en <http://www.adecco.es/SalaPrensa/EstudiosAdecco.aspx> (consultado el 14 de marzo de 2017).

²⁰ LAHERA FORTEZA, J.: «Despidos durante la baja médica: ¿Es admisible prescindir de un trabajador enfermo con una indemnización de improcedencia?», <http://www.cincodias.com/>, 2017.

²¹ Debemos tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización de los contratos celebrados con anterioridad al día 12 de febrero del año 2012, que la cuantía de 45 días de salario por año de servicio continúa siendo aplicable, pero solo hasta esa fecha.

²² Hasta el momento, las empresas han podido despedir a los trabajadores en situación de incapacidad temporal por el simple hecho de considerar que dichos trabajadores carecían de utilidad productiva al encontrarse de baja, aunque ésta sea temporal. Efectivamente, tal motivo no es causa válida de despido conforme a la Ley, con lo

(...)

Por último, y por su importancia, merece ser destacado de forma singular el «efecto perverso» de utilizar despidos disciplinarios y no objetivos durante las bajas médicas. Se trata de una cuestión compleja y polémica, que exige un gran entendimiento y que genera amplias discusiones: ¿Es tolerable poner fin a la relación laboral de un trabajador enfermo, sin justificación alguna, con el mero pago de una indemnización de improcedencia? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha proporcionado recientemente una respuesta a este interrogante, concluyendo que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que provocan una limitación duradera, las cuales se asimilan a la discapacidad. Ahora bien, antes de analizar la posición del Alto Tribunal europeo, se analizará la jurisprudencia interna en torno a la calificación del despido durante la incapacidad temporal.

3.2. La calificación del despido durante la incapacidad temporal en la jurisprudencia española

Desde que en 1995 se aprobaron el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²³ y el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral²⁴, se ha ligado la nulidad del despido a la lesión de derechos fundamentales del trabajador. Ello permitió no otorgar un carácter cuasi automático de la declaración de nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal.

En un momento posterior, el Tribunal Supremo dictó la sentencia²⁵ de 29 de enero del año 2001, de especial trascendencia para el trabajador enfermo. En ella manifestó el Tribunal Supremo que el despido de un trabajador enfermo no es nulo ni discriminatorio, sino improcedente²⁶. Además, entendió que para que la enfermedad como causa de despido pudiese suponer una vulneración del art. 14 de la Constitución Española²⁷, sería necesaria su configuración como un elemento de segregación o diferenciación social.

En concreto, se dispuso en la sentencia: *«la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en 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 por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación»*.

cual la empresa debía soportar el coste de la indemnización por despido improcedente, pero al menos no se enfrentaba al riesgo de nulidad del despido, con la obligación de readmitir al trabajador en cuestión (además de la posible condena por daños y perjuicios...).

²³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995).

²⁴ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995).

²⁵ STS de 29 de enero de 2001 (réc. núm. 1566/2000).

²⁶ Es decir, expuso que la enfermedad no constituye, con carácter general, un factor de discriminación, de modo que el despido del trabajador que se base en ella no debe calificarse como nulo, sino como improcedente.

²⁷ Art. 14 de la Constitución Española: *«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

Razonamiento que dicho Tribunal ha mantenido en posteriores pronunciamientos²⁸ hasta consolidar su jurisprudencia.

Asimismo, consideró el Tribunal que no debe equipararse la enfermedad a la discapacidad, por constituir esta segunda una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. Así lo indicó expresamente en su sentencia²⁹ de 3 de mayo de 2016: *«en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido. Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades»*.

Sin embargo, si volvemos la mirada hacia los Tribunales Superiores de Justicia, podemos comprobar que algunos de ellos han defendido con convicción la nulidad del despido del trabajador que se encuentra en incapacidad temporal. Según estos, puede que la causa objetiva o disciplinaria que alegue la empresa no sea el verdadero fundamento de la decisión de poner fin a la relación laboral, sino que probablemente sea la propia incapacidad del trabajador lo que motiva el despido. Particularmente, se han alzado en contra de la doctrina del Tribunal Supremo, entre otros, los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (sentencias³⁰ de 12 de julio y 28 de julio de 2006), Asturias (sentencia³¹ de 12 de marzo de 2010), Islas Canarias (sentencias³² de 22 de diciembre de 2010 y 25 de enero de 2011), o Galicia (sentencia³³ de 22 de diciembre de 2015), en resoluciones que, a pesar de haber sido casadas y anuladas algunas de ellas por el alto tribunal, no dejan de tener trascendencia.

Numerosos autores³⁴ entendieron posteriormente que la línea propia del Tribunal Supremo había sido refrendada por el Tribunal Constitucional en su sentencia³⁵ de 26 de mayo de 2008, en la medida en que concluyó que la enfermedad, en el sentido funcional de capacidad para el trabajo, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este concepto tiene en el apunte final del art. 14 de la Constitución. En palabras del Alto Tribunal, *«una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional,*

²⁸ SSTS de 23 de septiembre de 2002 (réc. núm. 449/2002), 12 de julio de 2004 (réc. núm. 4646/2002), 22 de noviembre de 2007 (réc. núm. 3907/2006) y 18 de diciembre de 2007 (réc. núm. 4194/2006), entre otras.

²⁹ STS de 3 de mayo de 2016 (réc. núm. 3348/2014).

³⁰ SSTSJ de Cataluña de 12 de julio (réc. núm. 2900/2006) y 28 de julio de 2006 (réc. núm. 608/2005).

³¹ STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (réc. núm. 188/2010).

³² SSTSJ de Islas Canarias, Las Palmas de 22 de diciembre de 2010 (réc. núm. 1314/2010) y 25 de enero de 2011 (réc. núm. 204/2010).

³³ STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (réc. núm. 3689/2015).

³⁴ Entre ellos: 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.

³⁵ STC de 26 de mayo de 2008 (réc. núm. 3912/2005).

difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE»³⁶. De este modo, y según esta sentencia, los despidos que se efectúen en situaciones de incapacidad temporal han de calificarse en todo caso como improcedentes, pues no alcanzan a la nulidad que se reserva para la discapacidad.

A modo de síntesis, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han interpretado en sus distintos pronunciamientos que el despido de un trabajador que se encuentra en incapacidad temporal es ilícito, pero no discriminatorio³⁷, dado que una incapacidad temporal se puede originar como consecuencia de un sinfín de circunstancias, ya que los accidentes o enfermedades son de muy diversos tipos y ocasionan consecuencias también distintas³⁸.

El recorrido histórico anterior, creo que es un trasfondo necesario para poder analizar mejor la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.3. La equiparación entre la incapacidad temporal duradera y la discapacidad en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la STJUE de 1 de diciembre de 2016

3.3.1. El caso concreto: Planteamiento de la cuestión controvertida

El pasado 1 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia³⁹ (asunto C-395/15, conocido como el caso «Daouidi») de especial trascendencia, que resolvió acerca de la equiparación entre la incapacidad temporal duradera y el concepto de discapacidad⁴⁰.

³⁶ Aunque precisando que se puede vulnerar el citado precepto «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

³⁷ Hasta ahora, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha considerado que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al art. 108, apartado 2, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de Octubre de 2011).

³⁸ En este sentido, se manifiesta RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?», *La Ley Unión Europea*, núm. 43, 2016.

³⁹ STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15).

⁴⁰ Para conocer más detalles sobre el concepto de discapacidad, hay que partir de los siguientes trabajos: GALLEGO PERAGÓN, J. M.: «La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada», *Quincena fiscal*, núm. 3, 2011, págs. 15-32; MONEREO ATIENZA, C.: «Breves reflexiones sobre el concepto de discapacidad», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 223, 2009, págs. 22-31; RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: «Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción del contrato de trabajo por incapacidad laboral sobrevenida», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 1001-1007; y RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: «La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad», en AA.VV., *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, págs. 879-889.

El supuesto que da origen al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parte de los siguientes hechos: el Sr. Daouidi fue contratado el día 17 de abril de 2014 para trabajar como ayudante de cocina en uno de los restaurantes de un hotel de la ciudad de Barcelona. Tres meses más tarde, concretamente el 15 de julio de 2014, la empresa renovó su contrato y, en este sentido, el jefe de cocina expresó su conformidad con la prórroga.

Durante la prórroga (para ser más precisos, el día 3 de octubre de 2014), el trabajador sufrió un accidente de trabajo al resbalar en la cocina del restaurante y se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Por este motivo, el Sr. Daouidi inició un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente laboral. Tras haber sido consultado (dos semanas más tarde) el trabajador por el Jefe de Cocina acerca de la fecha prevista para su reincorporación, siendo la contestación que no se podía producir la reincorporación de forma inmediata, la empresa remite una carta de despido disciplinario. La causa del cese fue «no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo»⁴¹.

En estas circunstancias, el interesado, no mostrándose conforme con la decisión de la empresa, la impugnó e interpuso una demanda de despido. El actor expuso en la demanda la vulneración del derecho fundamental a la integridad física recogido en el art. 15 de la Constitución⁴², al que sumó más tarde un segundo motivo: la causa o motivo real de su despido fue su situación de incapacidad derivada del accidente de trabajo, con lo cual debería ser considerado discriminatorio, citando expresamente la sentencia⁴³ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013. En la demanda, el trabajador solicitó la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, así como una indemnización por daños morales.

A tenor de lo anterior, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a) ¿Ha de entenderse la prohibición general de discriminación revelada en el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁴⁴ en modo que pueda albergar, en su ámbito de prohibición y tutela, la decisión de la empresa de extinguir el contrato a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en una situación de incapacidad temporal (de duración incierta) derivada de accidente de trabajo, cuando estaba percibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de la Seguridad Social?

⁴¹ En concreto, la empresa le comunicó al trabajador el despido con el siguiente tenor: «Lamentamos poner en su conocimiento que hemos adoptado la determinación de dar por concluida la relación laboral que le une con la empresa, procediendo a su inmediato despido con efectos del día de la fecha. La razón que fundamenta esta decisión es debida a no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el [Estatuto de los Trabajadores]».

⁴² Art. 15 de la Constitución: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

⁴³ STJUE de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11).

⁴⁴ DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

- b) ¿Se ha de interpretar el art. 30⁴⁵ de la citada Carta en el sentido que la protección que se debe conceder a un trabajador objeto de un despido claramente arbitrario y falto de causa, ha de ser la dispuesta en la normativa nacional para todo aquel despido que vulnere un derecho fundamental?
- c) La decisión de la empresa de extinguir el contrato a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en una situación de incapacidad temporal (de duración incierta) derivada de accidente de trabajo, cuando estaba percibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de la Seguridad Social, ¿se incluiría en el ámbito de afectación y/o tutela de los arts. 3, 15, 31, 34.1 y 35.1 de la Carta (uno, alguno o todos ellos)?
- d) En el supuesto de que se responda afirmativamente a las tres cuestiones previas (o a alguna de ellas) y se entienda que la decisión de despedir a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en una situación de incapacidad temporal (de duración incierta) derivada de accidente de trabajo, cuando estaba percibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de Seguridad Social, se incluye en el ámbito de afectación y/o tutela de algunos o alguno de los artículos de la mencionada Carta, ¿pueden ser aplicados por el juez nacional para resolver un litigio entre particulares, ya sea por considerarse que (en función de que se trate de un «derecho» o «principio») se valen de eficacia horizontal o por aplicación del «principio de interpretación conforme»?
- e) En el supuesto de que se responda negativamente a las cuatro cuestiones previas, se plantea una quinta y última cuestión: ¿Podría entrar en el concepto de «discriminación directa por discapacidad» (como motivo de discriminación considerado en los arts. 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78/CE⁴⁶ de igualdad de trato en el empleo) la decisión de la empresa de despedir a un trabajador por el mero hecho de encontrarse en situación legal de incapacidad temporal (de duración incierta)?

A la vista de lo expuesto anteriormente, y a modo de síntesis, las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona pretenden conocer si, desde la perspectiva del derecho europeo, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal puede incidir en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y si la decisión de la empresa de despedir a un trabajador que se encuentra en situación legal de incapacidad temporal (de duración incierta) podría estar o no comprendida dentro del concepto de discriminación directa o indirecta por discapacidad que ofrece la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad de trato en el empleo.

⁴⁵ El cual dispone lo siguiente: «*Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*».

⁴⁶ 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 (DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000).

3.3.2. Claves de la posición judicial respecto al despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal

Para poder analizar correctamente la posición del Alto Tribunal Europeo, debemos partir de lo que establece el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE: «*La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*». A este respecto, el art. 2.1 dispone lo siguiente: «*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1*».

Así pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de la mencionada directiva y ofrece una respuesta por partida doble.

De un lado, el Tribunal de Justicia se declara incompetente en lo relativo a la aplicación directa de los distintos derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por tanto, incompetente en relación al tratamiento de las cuatro primeras cuestiones prejudiciales.

De otro lado, aborda la quinta de las cuestiones antes expuestas, en la que venía a contemplar la posibilidad de considerar discriminatorio el despido de un trabajador por el solo hecho de estar en situación legal de incapacidad temporal. Sobre esta cuestión, considera que la definición⁴⁷ de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE debe comprender todas aquellas limitaciones de la capacidad que se puedan calificar como «duraderas».

En consecuencia, admite la posibilidad de que estos despidos puedan ser calificados como nulos, en el supuesto de que la incapacidad sea considerada como de carácter «duradero», ampliándose así el concepto de «discapacidad». Entre los indicios que permiten entender que la limitación es «duradera» figuran, «*en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio (despido), 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*»⁴⁸.

⁴⁷ El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013) también recoge una definición de discapacidad. A efectos del art. 2 de esta ley se entiende por discapacidad la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

⁴⁸ Según la sentencia objeto de análisis, para poder asimilar la incapacidad temporal del trabajador al concepto de discapacidad, el trabajador ha de «*padecer dolencias físicas, mentales o psíquicas*» que impliquen una limitación duradera para desempeñar el trabajo en condiciones de igualdad con el resto de trabajadores. En otras palabras, que la incapacidad del interesado «*no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*», cuestión que corresponde valorar al juez nacional.

También determina el Tribunal que el carácter duradero de una incapacidad temporal ha de ser comprobado por el Juzgado nacional valiéndose de todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, *«en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales»*.

Salta a la vista en la discordancia existente entre nuestra jurisprudencia interna y la del Alto Tribunal Europeo. La doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha venido delimitando la incapacidad temporal desde una perspectiva «estrictamente funcional de la capacidad para el trabajo», no calificable de factor discriminatorio prohibido en el sentido estricto del inciso final del art. 14 de la Constitución Española. Y la Directiva 2000/78 concibe la discapacidad en cuanto factor a preservar a efectos del principio de igualdad de trato en el empleo, y la define de forma más amplia al comprender aquellas limitaciones de la capacidad que puedan ser calificables como «duraderas».

¿Significa este pronunciamiento que, a partir de este momento, cualquier despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal puede ser declarado nulo? ¿Todas las situaciones de incapacidad temporal pueden ser equiparadas al concepto de discapacidad?

Podemos deducir, en primer lugar, que para declarar nulo un despido en estas circunstancias, debemos constatar que la limitación de la capacidad del trabajador tiene carácter duradero, es decir, que *«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»*. Por tanto, y en respuesta a la segunda pregunta, todas las situaciones de incapacidad temporal no podrán ser equiparadas al concepto de discapacidad que ofrece la Directiva, pues la equiparación no es total.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, podemos resumir la cuestión resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del modo siguiente:

- El carácter discriminatorio del despido tendrá lugar si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como duradera y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78.
- La sentencia del Alto Tribunal Europeo que se analiza *«obliga necesariamente a modificar»* la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que a partir de ahora *«deberá ceder, necesariamente, ante la prohibición de discriminación por discapacidad – directa e indirecta– establecida en la Directiva, como mínimo cuando tal “incapacidad” pueda devenir “duradera”»*.
- El carácter duradero debe observarse al momento de producirse el «acto presuntamente discriminatorio», es decir, al momento de producirse el despido del trabajador.
- Entre los indicios que permiten entender que la limitación es duradera» figuran, en concreto, la falta de una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o la prolongación significativa antes de que tenga ocasión el restablecimiento de la persona.

Es evidente la trascendencia mediática alcanzada por la sentencia de 1 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ofrece una solución que bien puede considerarse de sentido común, previsible por su elevada o alta razonabilidad. Como se ha visto anteriormente, esta sentencia clarifica una materia de enorme repercusión para numerosos trabajadores en toda la Unión Europea, y también redefine conceptos que creíamos hasta ahora consolidados y que se ponen en cuestión cada día.

No obstante, habrá que ver si la doctrina comunitaria es confirmada por la doctrina de los tribunales españoles.

3.4. La acogida de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la jurisprudencia española

3.4.1. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona

Días más tarde, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, una vez resuelta la cuestión prejudicial por parte del Alto Tribunal Europeo, aplica los criterios y dicta sentencia⁴⁹. Para ello, el juez acuerda citar a ambas partes para valorar la incidencia de la sentencia del Tribunal Europeo y para la práctica de prueba de interrogatorio, testifical, documental y pericial. Todo ello con el propósito de comprobar si la situación de baja del trabajador puede calificarse como una limitación «duradera» y, al mismo tiempo, configurarse como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78. En caso de que el despido se hubiese llevado a cabo en esta situación, se estaría ante un claro ejemplo de discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera.

Pues bien, a la vista de las pruebas practicadas, el juez estima que concurren motivos suficientes para declarar el despido nulo.

En primer lugar, se estudia la duración de la baja y se determina que, en virtud de las pruebas practicadas, la situación de baja del Sr. Daouidi puede entrar en la definición de «duradera», ya que en el mismo momento en que tuvo lugar el juicio el trabajador se encontraba todavía de baja, así como varios meses después, habiendo estado de baja durante diez meses. En este sentido, el juez también considera que la empresa ya conocía, en respuesta del trabajador a la pregunta del Jefe de Cocina a mediados de octubre de 2014, que su reincorporación iba a ser «a corto plazo».

En segundo lugar, se analiza si, aun pudiendo ser calificada la baja como de larga duración, el despido del trabajador puede ser considerado discriminatorio. El hecho de que la carta de despido sea «genérica e inconcreta», así como el propio panorama del caso (superación del periodo de prueba, ampliación de jornada, prórroga del contrato de trabajo...), llevan a la conclusión de que el «motivo real» del despido se basa en la prolongación de la baja del trabajador.

⁴⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 (AS 2016\1794).

Por tanto, en base a todo lo anterior y en aplicación de la Directiva 2000/78 y del art. 6.1 del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵⁰, el Juzgado concluye que concurren motivos suficientes para entender que la causa real del despido no fue el hecho del accidente laboral en cuanto tal, ni la inicial situación de incapacidad temporal del trabajador en sí misma (ya que ello hubiera determinado el despido inmediato), sino más bien la percepción empresarial de que tal incapacidad temporal *«se tornaba en “duradera”, sin “una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”*. Y es por ello que el despido impugnado debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad».

3.4.2. La postura del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto al despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal

A continuación se presenta un breve análisis de la reciente y extensa sentencia⁵¹ del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2017 que permitirá conocer el estado actual sobre la cuestión que se analiza en este trabajo: la nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal. Esta última sentencia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha revocado la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que, al amparo del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, había declarado discriminatorio y, por tanto, nulo, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal.

Pues bien, la empresa que había visto rechazadas todas y cada una de sus resistencias, ahora, nada de acuerdo con la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales (discriminación por discapacidad)⁵², decide interponer un recurso. En este recurso la empresa argumenta que el despido no tuvo nada que ver con *«la dolencia que sufría el trabajador, y menos aún, cuando la razón que denuncia de forma principal en su demanda para impugnar el despido, fue, según refiere, la presión que recibió de la empresa para que solicitase el alta médica»*. Por otro lado, la empresa añade en el recurso que la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el trabajador en el momento en que fue despedido no puede equipararse a una situación de discapacidad, ya que no se había podido probar que sus dolencias representaran un obstáculo para el desarrollo futuro de su profesión, susceptible de estigmatizarle.

Asimismo, alega la empresa que un despido de esta naturaleza no se recoge entre los supuestos de despido nulo que aparecen regulados en el Estatuto de los Trabajadores, y que tampoco puede considerarse la existencia de vulneración de otros derechos fundamentales del trabajador.

Este recurso presentado interpuesto por la empresa es resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2017. Las tres principales cuestiones que se plantea el Tribunal en esta sentencia son las que se muestra a continuación:

⁵⁰ Que establece: «La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo».

⁵¹ STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (réc. núm. 2310/2017).

⁵² Es decir, la empresa no estaba nada conforme con la citada sentencia del Juzgado Social nº 33 de Barcelona.

1. ¿Un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse a efectos del art. 14 Constitución Española, como discriminatorio por discapacidad, y por tanto nulo?
2. De no ser así, ¿puede declararse nulo por atentar contra el derecho del a la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 de la Constitución)?
3. Y por último, ¿podría ser igualmente calificado de nulo por ser un despido sin causa y por tanto, injustificado?

La cuestión más importante que se plantea el Tribunal es la primera de ellas, es decir, la que pretende conocer si un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse a efectos del art. 14 Constitución Española como discriminatorio por discapacidad y, por tanto, nulo. Para hallar una respuesta a la primera cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña procede al examen del derecho, así como de la doctrina jurisprudencial, constitucional y comunitaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acude, en primer lugar, a una sentencia⁵³ reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, y reproduce su contenido. Esta última se refiere a una trabajadora que recibe una comunicación escrita de despido disciplinario mientras se encuentra en una situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo⁵⁴. En ella, el Tribunal Supremo considera que la existencia de la enfermedad no es la causa del despido de la trabajadora, sino la incidencia de la misma en la productividad y continuidad del servicio. Por consiguiente, al no existir un factor de discriminación en el despido de la trabajadora, ni estar encuadrado en los supuestos recogidos por el Estatuto de los Trabajadores como despidos nulos, entiende que el mismo merece la calificación de despido improcedente.

⁵³ STS de 3 de mayo de 2016 (réc. núm. 3348/2014). Cabe destacar que esta sentencia se basa en otra anterior del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de julio de 2014 (réc. núm. 956/2014).

⁵⁴ En concreto, se dispone en la sentencia que la trabajadora en fecha de 1 de marzo del año 2013 sufrió un accidente de tráfico camino del trabajo, que le ocasionó un «latigazo cervical» del que fue asistida médicamente en la mutua de accidentes, y por el cual pasó a situación de incapacidad temporal que finalizó con alta médica el día 28 de marzo del mismo año. Diez días después del accidente, en fecha de 11 de marzo de 2013 y estando en situación de incapacidad temporal, la trabajadora recibió una comunicación escrita de despido disciplinario, con el siguiente tenor literal: «La Dirección de esta empresa le comunica por medio de la presente que en base a las facultades que a la misma le reconoce el art. 54 ET (RCL 2015, 1654), ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo, procediendo a su despido por la efectiva disminución en su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd en periodos anteriores, y transgresión buena fe contractual. Además, las continuas advertencias e intentos de corrección sobre su rendimiento nunca han sido tenidas en cuenta por Vd, haciendo caso omiso a las mismas. Así, y como ejemplo, en el último mes de trabajo su ratio ha sido en febrero de 0,82 cuando el ratio promedio del resto de sus compañeros de trabajo en este mes es de un 0,87, cuando el objetivo de la campaña es un 1,20. Lo que ratifica las manifestaciones antes realizadas respecto a su disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo y transgresión buena fe contractual. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el apartado 2.e) art. 54 ET, surtiendo efectos a partir de hoy 11.3.13».

En palabras del Tribunal Supremo, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede considerarse incluido sin más en la prohibición de discriminación que se establece en el art. 14 de la Constitución. La mera enfermedad no se encuentra entre los factores de discriminación que se enuncian en el referido precepto, ni puede incluirse en la cláusula final genérica de dicho artículo («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas.

En este sentido, resalta el Tribunal 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 (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar cuando se produce con frecuencia Inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa" (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación»*. Tras ello, hace hincapié en lo siguiente: *«sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad»*.

También se recoge en la doctrina del Tribunal Supremo que los conceptos de enfermedad y discapacidad no son equiparables o coincidentes, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, ya que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, puede ser entendida como una situación *«contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo»*.

Por el contrario, la discapacidad puede ser concebida como una situación *«permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido»*. En otras palabras, la enfermedad se refiere a una situación temporal de alteración de la salud de la persona, mientras que la discapacidad hace referencia a una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, entendida como un estatus resultante de una declaración administrativa⁵⁵.

⁵⁵ En base a todas estas indicaciones, el Tribunal Supremo considera que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas (...)

A la vista de estos fundamentos jurídicos –recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016–, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 12 de junio de 2017, ofrece una primera solución a la primera cuestión planteada y determina que la aplicación de dicha doctrina al supuesto enjuiciado, dado que en el momento en que el trabajador fue despedido, e incluso considerando lo ocurrido con posterioridad al mismo, tal y como se evidencia en los hechos probados, *«no nos permite albergar ninguna duda, que el despido no fue discriminatorio, ni vulnerador de ninguno de los derechos fundamentales, ni tampoco los no fundamentales que se citan, ni por tanto está viciado de nulidad. La situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor cuando fue despedido, al margen de cuál fuera la intencionalidad de la empresa, solo permite calificarla de despido improcedente, pues no nos encontramos ante un supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación, es más, ni el propio actor lo reconoció en su demanda. Parece entonces evidente, que habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo, que presumiblemente era leve, y que curó, en un plazo más que razonable, en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin secuelas, a la única conclusión que podemos alcanzar, en tanto que la sentencia ahora recurrida, no ha introducido ningún elemento diferenciador relevante, es la que recoge nuestra anterior sentencia, y la que describe la sentencia de la Sala IV del TS que la confirma, y en definitiva, en el presente caso, debemos señalar que a juicio de esta Sala, la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el 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»*.

Tras esta primera solución, y haciendo ya referencia a la sentencia de 1 de diciembre de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recuerda que el Juzgado de instancia planteó una cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulándole una serie de preguntas, que, a su juicio, no habían sido resueltas, ni por el Tribunal Supremo ni siquiera por el Tribunal Constitucional⁵⁶, en el asunto Chacó Navas, y Ring, para, después precisar lo que sigue: *«debemos advertir, que en lo que respecta a la sentencia del TC (62/08), en ningún momento se refirió a la posibilidad en estos casos de que se pudiera alcanzar por esta vía la nulidad, cabe recordar que señalaba que, en todo caso, se "podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria". De todas formas, sí que es cierto, como recoge la sentencia recurrida, que el TC no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión de la CDFUE (LCEur 2007, 2329), del Convenio 158 OIT, aunque sí lo hizo el Magistrado que hizo voto particular a dicha sentencia, por lo que de entrada todas esas cuestiones que pretende vincular la calificación del despido a otros derechos recogidas en normas comunitarias, o internacionales de obligada aplicación en nuestro ordenamiento interno habría que entender que también fueron rechazadas»*.

que se encuentran afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen por el contrario, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

⁵⁶ En su sentencia de 26 de mayo de 2008 (réc. núm. 3912/2005).

Seguidamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concluye que los considerandos 42 a 55 del caso Daouidi, si alguna cosa ponen en evidencia, por la relevancia que tienen en la resolución de *«este recurso, es que en principio el estado físico del trabajador accidentado es reversible (considerando 46); que "el concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (considerando 51); el régimen jurídico de la incapacidad "temporal", con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera", en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU (considerando 52); que el "carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (considerando 53); y por último, "Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter "duradero", ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico. (considerando 55)»*.

Basándose en todas las consideraciones previas, el Tribunal puede concluir que *«si comparamos los asuntos Navas, y Ring, con el actual, y los ponemos en relación con el supuesto enjuiciado, en aplicación de los términos estrictos a los que éste se contrae, la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión a que podemos llegar es que, al margen de la valoración que hace el Juzgado, y de la parte actora a través de su escrito de impugnación, es que se encontraba en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015. Es cierto, como se hace constar en el hecho noveno que el actor solicitó la incapacidad permanente el 14.9.2016, pero, ello no es suficiente para considerar que las limitaciones funcionales, a la luz de la doctrina de la sentencia que examinamos, pueda calificarse de duraderas, lo que significa, que en el supuesto enjuiciado, la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone dicha resolución ni tiene cabida a efectos de tutela, en la Directiva 2000/78, ni por consiguiente, la empresa pudo cometer con el despido por esta causa ningún tipo de discriminación»*. Tras este análisis, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que, ante la falta de causa discriminatoria acreditada, el despido del trabajador no puede calificarse como nulo, sino como improcedente.

Una vez resuelta la cuestión anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pretende hallar una respuesta a la segunda cuestión planteada y, por tanto, determinar si puede declararse nulo un despido por atentar contra el derecho a la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 de la Constitución Española).

Para responder a esta cuestión, el referido Tribunal se acoge a la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia. Conviene destacar que el Tribunal Supremo ya ha avalado en algunas ocasiones la calificación de nulidad de un despido cuando la empresa sustenta su decisión extintiva en una causa que comporta un grave riesgo para la salud del trabajador. Determinadas actuaciones u omisiones de la empresa podrían afectar al ámbito protegido por el art. 15 de la Constitución cuando tuvieran lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para

la salud, esto es, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o un peligro grave para la salud del trabajador. Pero en este supuesto concreto, no se ha probado tal aspecto. En concreto, se señala literalmente en el citado pronunciamiento que «no se le pasa por alto a la Sala, que la Sala IV del Tribunal Supremo en alguna ocasión. (véase la STS 828/2011), ha avalado la calificación de nulidad del despido cuando la decisión de la empresa de despedir al trabajador se fundamenta en causa que comporte un grave riesgo para la salud del trabajador. Señala esta resolución con cita de las SSTC 62 y 160/2007 (RTC 2007, 160) que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad persona" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", y precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora", en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Y, considera, que si el despido se produjo por la negativa del trabajador a abandonar el tratamiento médico que se le había prescrito, dicha amenaza constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada. Pero, a pesar de que dicha circunstancia fue alegada por el trabajador para impugnar el despido, nada sobre ello ha quedado probado. Por tanto, en este asunto, tampoco sería de aplicación la doctrina mencionada».

En relación a la tercera y última cuestión planteada, se concluye que un despido sin causa (y, por tanto, injustificado) o por fraude de ley no puede ser calificado como nulo. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal recuerda toda la doctrina existente en torno a esta materia concreta.

Por último, teniendo en consideración todas las razones que se han dado previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revoca la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 y, por tanto, califica de improcedente el despido que sufrió el trabajador el día 26 de noviembre de 2014 en cuanto la empresa no ha conseguido acreditar la causa que alegó para justificar su decisión.

En consecuencia, el Tribunal condena a la empresa a que ejerza el derecho de opción, dentro del plazo de cinco días computados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución, y decida, si quiere continuar con el contrato de trabajo del actor, con abono de los salarios que correspondan, o por el contrario, lo extingue definitivamente, con abono de una indemnización de 983,84€, sin salarios de trámite.

Como se puede comprobar, esta sentencia viene a confirmar la doctrina ya sentada en esta materia por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

De la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se desprende que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011 de 10 de octubre de 2011, sino improcedente. También se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo que los conceptos de enfermedad y discapacidad no son equiparables o coincidentes, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, ya que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, puede ser entendida como una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efimeros o de composición variable en el tiempo. Por el contrario, la discapacidad puede ser concebida como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi) ha suscitado la duda de si el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha de ser declarado nulo o, por el contrario, ha de calificarse como improcedente. El alto Tribunal Europeo concluye en esta sentencia que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como «duradera» y se configura como integrante del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. También concluye el alto Tribunal Europeo que el carácter duradero debe observarse al momento de producirse el acto presuntamente discriminatorio, es decir, al momento de producirse el despido del trabajador. Y que entre los indicios que permiten entender que la limitación es duradera figuran, en concreto, la falta de una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o la prolongación significativa antes de que tenga ocasión el restablecimiento de la persona.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo tanto, clarifica una materia de enorme repercusión para numerosos trabajadores en toda la Unión Europea, y redefine conceptos que creíamos hasta ahora consolidados y que se ponen en cuestión cada día.

Pero, a pesar del criterio mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado, en una reciente sentencia de 12 de junio de 2017, la doctrina ya sentada en esta materia por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Según el Tribunal Superior de Justicia, la enfermedad puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación semejante a los que expresamente se recogen en el art. 14 de la Constitución, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ahora bien, ello no significa que la enfermedad en «sentido genérico» deba ser considerada

como un motivo o factor discriminatorio. Por tanto, si no existe un factor de discriminación en el despido de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, ni está encuadrado en los supuestos que el Estatuto de los Trabajadores califica como despidos nulos, el despido ha de merecer la calificación de despido improcedente. También conviene destacar que el Tribunal Superior de Justicia defiende que una situación de incapacidad temporal no se puede equiparar en todo caso a una situación de discapacidad (desde una perspectiva jurídica, son dos situaciones distintas).

Queda claro, a la vista de las anteriores consideraciones, que la sentencia de 12 de junio de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña viene a confirmar y a aplicar la doctrina ya sentada en esta materia tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. Habrá que esperar, por tanto, a que el Tribunal Supremo clarifique la cuestión en un nuevo pronunciamiento.