

Despido como consecuencia de la incapacidad temporal

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El despido durante la situación de baja por incapacidad temporal no está prohibido, si bien requiere de una consideración especial. Este tipo de actuación puede ser considerada discriminatoria si, como en numerosas ocasiones ha interpretado el Tribunal Constitucional, se atiende a causas no explícitamente recogidas en el artículo 14 de la Constitución española. Tras la incorporación al artículo 4.2c del Estatuto de los Trabajadores de la expresa mención de la discapacidad como factor de discriminación, se suceden las controversias sobre si, técnicamente, enfermedad y discapacidad constituyen conceptos equiparables para avalar la calificación de la actuación empresarial como discriminatoria.

1. En diferentes ocasiones, el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse con demandas por discriminación basadas en el despido de trabajadores en situación de incapacidad temporal. Así, en su Sentencia 62/2008 y ante la posibilidad de calificar de nulo, por discriminatorio, el despido del trabajador que, con anterioridad a ser contratado, había sufrido múltiples bajas por incapacidad, asumiría la importancia de la cláusula general del artículo 14 de la Constitución española (CE). En dicho precepto «además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación... [que han situado] ... a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE» (FJ 5). Por esta razón, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el mencionado

artículo 14, bien en relación con alguno de ellos en particular, el Tribunal Constitucional ha venido declarando «la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE» (STC 39/2002, FJ 4).

De ahí que, cuando se cuestiona un factor no listado en el precepto constitucional como es el estado de salud del trabajador, procede determinar si la causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), «teniendo en cuenta que, como es sabido, no existe en el artículo 14 CE una intención tipificada cerrada» (SSTC 75/1983, FJ 3; 31/1984, FJ 10, y 37/2004, FJ 3). Bien es cierto que no todo criterio de diferenciación ni todo motivo

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución, pues lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado.

2. Pero el principio genérico de igualdad ha de ser matizado en el ámbito de las relaciones laborales por «la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral» (STC 197/2000, FJ 5). En la materia que se analiza, conviene precisar que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), introdujo en el artículo 4.2c del Estatuto de los Trabajadores un factor nuevo de discriminación en las relaciones laborales por cuanto se podrá considerar la discriminación de los trabajadores «por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

Ante esta expresa mención, el Tribunal Supremo viene afirmando que técnicamente los conceptos de enfermedad y discapacidad no son coincidentes ni equiparables. No extraña, por tanto, que la jurisprudencia social haya venido entendiendo que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los recogidos en el artículo 14 de la Constitución y encuadrable en la expresión genérica formulada en él sobre las otras circunstancias o condiciones personales o sociales. Ocurrirá así 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 apreciación que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Pero, cuando se despide al trabajador que permanece en incapacidad temporal, la empresa suele defender que no se despide al trabajador por estar enfermo ni por ningún perjuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por entender que ésta le incapacita para desarrollar su trabajo. Hasta tal punto prevalece esta advertencia que, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación, no habría procedido a efectuarla.

3. Desde hace tiempo, el Tribunal Supremo venía considerando que la enfermedad en sentido genérico —esto es, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo— no puede ser considerada *a priori* un motivo o factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo. Se trata de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Constituye, además, 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. 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 artículo 52d ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación» (STS de 29 de enero del 2001, Ar. 2069, FJ 2). Tal calificación sólo se admitiría en determinados supuestos, como el de la enfermedad derivada del embarazo por estar directamente relacionada con la condición de mujer, situándola en posición de desventaja respecto del hombre (STC 17/2007).

Tampoco admite el Tribunal Supremo la calificación de nulidad por vulneración del derecho a la protección a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución pues, en puridad, no constituye éste un derecho fundamental o libertad pública susceptible de la máxima protección constitucional. En tanto principio rector del orden social y económico cumple este derecho una función normativa diferente a la de los derechos fundamentales. Se trata de un principio que, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que le es propia, ha de ser

alegado y aplicado por medio de las normas legales de desarrollo, *ex artículo* 53.3 de la Constitución.

No se acepta, en esta misma línea, la comparación entre enfermedad y discapacidad. Como es de experiencia común, el colectivo de los trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. Sin embargo, la discapacidad define una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que altera de manera plena las condiciones de vida de la persona discapacitada. «En el ordenamiento laboral, la discapacidad es considerada como un “estatus” que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido». Por esta razón, la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurre en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y antes posible, mientras que 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» (STS de 30 de mayo del 2016, Ar. 2152, FJ 5).

4. Se sigue, de esta forma, la tesis avalada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos importantes pronunciamientos. Por un lado, en su Sentencia de 11 de julio del 2006 (as. C-13/2005, *Chacón Navas*), al entender que la Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación excluye la «equiparación» de ambos conceptos. Corresponde la discapacidad a supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo periodo, por lo que «una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78». A ello se añade que ninguna disposición del Tratado de la Unión Europea contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad y que

«no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia directiva (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)». Por esta razón, una persona que es despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no se halla incluida en el marco de la directiva. La enfermedad, en cuanto tal, no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros recogidos en la citada norma.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril del 2013 (ass. acum. C-335/2011 y 337/2011, *Ring*), subraya que el concepto de discapacidad no se define en la Directiva 2000/78, por lo que debe entenderse que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Por su parte, la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre del 2009, reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Son personas con discapacidad aquellas que «tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». No procede, pues, calificar de discapacidad la mera situación de incapacidad temporal.

5. Siguiendo estas indicaciones y en atención a lo expuesto, no considera discriminatorio el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de mayo del 2016 (Ar. 2152) el despido de cuatro trabajadoras (de un total de nueve) en situación de incapacidad temporal, adscritas todas ellas a una campaña concreta de la empresa. La empresa considera imprescindible su sustitución a fin de garantizar la productividad y la continuidad del servicio a sus clientes.

Entiende el Tribunal Supremo que no se trata de un supuesto en el que «el factor enfermedad es 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 sino, bien al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de incapacidad temporal 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. En consecuencia, al no existir un factor de discriminación en el despido de la recurrente, ni estar encuadrado en los supuestos que el Estatuto de los Trabajadores califica como despidos nulos, el mismo ha de merecer la calificación de despido improcedente» (FJ 3).

6. En conclusión y siempre que no exista una vinculación directa entre la enfermedad en cuanto discapacidad y el despido del trabajador, se impone un análisis detallado e individualizado sobre los factores considerados por la empresa para despedir. De esta forma, se requerirá acreditar que el móvil del despido ha sido otro distinto a la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil este último que podrá determinar, en su caso, la ilicitud e improcedencia del despido, pero no su nulidad por discriminación o lesión de derechos fundamentales. Esta última se derivará de una discapacidad, esto es, de aquellas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir una participación plena y efectiva del trabajador en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Por lo tanto, en principio se descarta la calificación como despido nulo, se impone la calificación de improcedente por las razones apuntadas, y podría tratarse de un despido procedente si se demostrara que existen causas ajenas y distintas a la falta de rendimiento producida por la incapacidad del trabajador.